

MARTÍN RISSO FERRAND

Tel/fax: (598) 29160040

ABOGADO

E-Mail: martinrisso@estudiorisso.com.uy

Juncal 1327 D esc.1901.

C.P. 10.000
Montevideo - Uruguay

Montevideo, 25 de octubre de 2021.

Señor Gustavo Prato

Mundo Pirotécnico

Presente.

De mi mayor consideración:

Me ha solicitado mi opinión sobre una serie de Decretos de Gobiernos Departamentales emitidos en el pasado reciente que prohíben o regulan en términos más o menos parecidos, la comercialización y uso de material de pirotecnia sonora. Concretamente me consulta sobre la regularidad jurídica de dichos decretos.

Debido a la urgencia con que solicita mi opinión, y según hemos acordado, procederé a realizar a continuación un pre-informe señalando los problemas jurídicos, básicamente constitucionales que presentan estas normas, reservando un análisis con mayor profundidad para otra oportunidad.

Para responder procederé de la siguiente forma:

En primer lugar, señalaré algunas de las normas que regulan esta materia a nivel departamental, procurando ver sus coincidencias y objetivos.

Cumplido lo anterior, se analizará la regularidad constitucional de estas disposiciones considerando, por un lado, el respeto del principio constitucional de legalidad o zona de reserva legal en materia de derechos humanos y, al mismo tiempo, si los gobiernos departamentales tienen competencias para regulaciones de este tipo.

En tercer lugar, y en términos generales, referiré a si la prohibición de comercialización de estos materiales, aun cuando se pueda superar la objeción mencionada en el párrafo anterior, podría ser ajustada a derecho. En este punto, se hará referencia a la sustancia de las prohibiciones.

Por último, referiré a la responsabilidad civil del Estado o personas jurídicas de derecho público que puede derivar de las prohibiciones mencionadas, así como cuáles podrían ser los caminos para recorrer.

Las disposiciones departamentales que le causan agravio

Veamos rápidamente las normas y sus principales características:

- A) El Gobierno Departamental de Paysandú ha aprobado un Decreto Departamental que en su artículo 1 dispone: Prohíbese el uso y comercialización en todo el territorio del departamento de Paysandú, de PIROTECNIA SONORA Y BOMBAS DE ESTRUENDO, ya sea con fines particulares o recreativos, o su utilización en espectáculos de cualquier naturaleza. Se regula luego el decomiso de materiales, sanciones y poderes jurídicos de contralor.

- B) El Gobierno Departamental de Río Negro, por Decreto 303/2020, dispuso: *Prohíbese la exposición y/o venta de material de pirotecnia sonora en todo el espacio público del departamento de Río Negro. Se establece que la existencia de material de pirotecnia sonora en locales comerciales con fines de exposición y venta deberá restringirse a un espacio exclusivo destinado para ello, el cual estará separado del resto de toda mercadería de cualquier tipo en un radio mayor a 2 (dos) metros cuadrados de distancia y deberá lucir una leyenda que exprese "El uso de pirotecnia sonora afecta de manera negativa a personas que padecen TEA y demás seres vivos".*
- C) El Gobierno Departamental de Lavalleja, por Decreto N°3640, dispuso la prohibición de la exposición y/o venta de material de pirotecnia sonora en todo espacio publico del Departamento de Lavalleja, sea urbano, suburbano o rural. Asimismo, se prohibió el uso de pirotecnia sonora en los espectáculos públicos en todo el departamento de Lavalleja.
- D) El Gobierno Departamental de Durazno, prohibió la exposición y/o venta de Material de Pirotecnia Sonora, en todo el departamento de Durazno, a partir del 1º de marzo de 2021 y el uso de Pirotecnia Sonora en los espacios públicos, en todo el Departamento de Durazno.
- E) El Gobierno Departamental de Colonia, en términos similares, prohibió la comercialización, venta, distribución y uso de pirotecnia sonora, previendo sanciones de hasta UR 300, cancelación de habilitación de locales comerciales, confiscaciones, etc.
- F) El Gobierno Departamental de Flores, por Decreto N° 01016, también prohibió en todo el territorio del departamento de Flores, la utilización de artículos pirotécnicos sonoros o artefactos de estruendo destinados al uso domiciliario, o para cualquier otra finalidad y prohibió la exposición y/o venta de material de pirotecnia sonora o artefactos de estruendo en todo espacio público del departamento de flores.
- G) El Gobierno Departamental de Salto, prohibió en todo el territorio del Departamento el uso de pirotecnia sonora o artefactos de estruendo ya sea en uso doméstico, espectáculos públicos, eventos privados o para cualquier

otra finalidad, así como la exposición o venta de artículos de pirotecnia sonora y artículos de estruendo en espacios públicos y comercios de todo el departamento.

H) El Gobierno Departamental de Artigas, prohibió la fabricación, comercialización, acopio, transporte, exposición, venta y/o uso de material de pirotecnia sonora en todo el departamento.

En síntesis, encontramos varios gobiernos departamentales que, mediante decreto con fuerza de ley en su jurisdicción, a) prohíben la exhibición y comercialización de material pirotécnico en sus territorios, y b) algunos prohíben además el uso de estos materiales. En estos dos aspectos me concentraré, sin perjuicio de otras irregularidades jurídicas que surgen del régimen de contralor y sanción, más algún otro caso particular.

Análisis jurídico de las dos prohibiciones mencionadas en el párrafo precedente

Las dos prohibiciones mencionadas resultan inconstitucionales en la medida que contravienen el principio de legalidad en materia de derechos humanos, violando el artículo 36 de la Constitución y, además, si estas prohibiciones se establecieran por ley, con lo que se eludirían los cuestionamientos formales, igualmente serían inconstitucionales por no cumplir con la exigencia de basarse en razones de interés general.

El principio de legalidad

Ingresando ahora en la forma en que ciertos derechos pueden ser privados o limitados, basta una rápida lectura de la Sección II de la Constitución para advertir que la Carta confiere tal prerrogativa a la *ley*. De esta comprobación se extraen algunas consecuencias de trascendencia. En primer lugar, solo la ley es apta para dicha limitación o privación. O, en otras palabras, mediante un acto inferior a la ley

no podrá establecerse una limitación o privación en los derechos fundamentales. Es a esto a lo que se denomina a veces *zona de reserva legal*¹, para referir justamente a la imposibilidad de que un acto de jerarquía inferior a la ley, disponga dicha limitación.

Pero en forma inmediata cabe preguntarse qué es la "ley"². El tema ha recibido más de un pronunciamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Por ejemplo, en la Opinión Consultiva 6/86, de 9 de mayo de 1986, solicitada por la República Oriental del Uruguay, la Corte señaló que:

- a) El artículo 30 de la Convención establece que *las restricciones permitidas, de acuerdo a la Convención, al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la misma, no pueden ser aplicadas sino conforme a las leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas*. Y esta norma, como todas, debe ser interpretada de buena fe, conforme al sentido corriente que ha de atribuirse a los términos empleados por el tratado en su contexto y teniendo en cuenta su objeto y fin.
- b) La protección de los derechos humanos parte de la afirmación de ciertos atributos inviolables de la persona humana que no pueden ser legítimamente menoscabados por el ejercicio del poder público.
- c) Por ello, los actos estatales que afecten la protección de los derechos humanos deben estar rodeados de un conjunto de garantías enderezadas a asegurar que no se vulneren los atributos esenciales de la persona, dentro de los cuales el más relevante refiere a que las limitaciones sean establecidas por ley adoptada por

1 De Vergottini, Giuseppe, *Diritto Cost ... cit.*, pág. 208 a 213, luego de señalar que históricamente hablar de la reserva a la ley, implicaba excluir algo de la esfera del monarca y reforzar la supremacía del Parlamento, distingue: a) reserva absoluta, cuando la regulación completa debe provenir de la ley, como por ejemplo el campo penal; b) reserva formal cuando se requiere del procedimiento ordinario para la expedición de las leyes sin posibilidad de la regulación por decretos con fuerza de ley; c) reserva absoluta implícita; d) reserva relativa. También señala la reserva reforzada cuando además de la ley formal hay otras condiciones como por ejemplo respetar las normas internacionales. También: Favoreu, Louis, *Droit Constitutionnel ... cit.*, pág. 805.

2 Aunque en ningún caso podrá dudarse en cuanto a qué significa el perfeccionamiento de la norma, que es lo que permite distinguir entre proyecto y ley, o entre inconstitucionalidad e inexistencia. Al respecto: Biscaretti, *op. Cit.*, pág. 571 y ss.

el Poder Legislativo, a través de un procedimiento que no sólo se inviste del asentimiento de la representación popular, sino que permite a las minorías expresar su inconformidad, proponer iniciativas distintas, participar en la formación de la voluntad política e influir sobre la opinión pública para evitar que la mayoría actúe arbitrariamente.

- d) La reserva a la ley para todos los actos de intervención en la esfera de libertad aparece como un elemento fundamental para que estos derechos sean debidamente protegidos y existan en la realidad. Ya el artículo 4 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 establecía que *la libertad consiste en poder hacer todo lo que no perjudica a otro; así el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre no tiene otros límites que los que garantizan a los demás miembros de la sociedad el goce de esos mismos derechos. Estos límites solo pueden ser determinados por la Ley.* Y desde entonces esto constituye un principio fundamental del desarrollo constitucional democrático³.

Se advierte entonces que esta reserva a la ley aparece como una garantía básica de los derechos fundamentales, en la medida que se restringen las posibilidades de insatisfacción a aquellos casos en que se expida un acto legislativo, con la consiguiente garantía democrática que ello implica⁴.

Corresponde ahora preguntarse qué significa para el Derecho Constitucional uruguayo la expresión *ley* utilizada con frecuencia en la Sección II de la Carta. La doctrina nacional ha destacado que cuando la Constitución utiliza esta expresión, se está refiriendo exclusivamente a los actos expedidos mediante el procedimiento constitucional para la sanción de las leyes (artículo 133 y ss. de la Carta), y también a los casos de procedimientos especiales: urgente consideración (artículo 168 numeral 7º) y leyes de presupuesto y de rendición de cuentas (artículo 214 y ss.)⁵. Lo

3 Al respecto: Gros Espiell, Héctor, *Algunas cuestiones ... cit.* pág. 351 y ss.

4 Ver: Sagüés, Néstor P., *Elementos ... cit.*, tomo II pág. 699 y ss.

5 Jiménez de Aréchaga, Justino, *La Constitución nacional cit.* tomo I, pág. 225 y ss. Korzeniak, José, *Derecho Constitucional 2º cit.* pág. 76 y ss., etc.

anterior no responde a un capricho doctrinal, sino que por el contrario surge de un análisis de la totalidad de las normas constitucionales, que demuestra que la Carta únicamente utiliza la expresión *ley* para referir a los actos mencionados. Ni siquiera serían válidas confusiones entre el concepto de *ley* y el de *ley constitucional*⁶.

En consecuencia, la expresión *ley* debe entenderse con un criterio orgánico formal⁷ atendiendo al procedimiento utilizado para el perfeccionamiento de dicho acto. Sin perjuicio de lo anterior, la Suprema Corte de Justicia, por ejemplo, en la sentencia N° 82 de 17 de julio de 1991⁸, ha señalado que cuando "... el constituyente alude a la "ley" sin más especificaciones, hay que entender que se refiere (tanto) a la ley nacional o ley formal como a la ley departamental, más propiamente decretos departamentales.

La jurisprudencia citada, contradictoria con la doctrina mayoritaria, recibió diversas críticas⁹ y al respecto parece razonable coincidir con Esteva Gallicchio en cuanto a que:

- a) La expresión constitucional *ley*, tanto en los momentos textuales como contextuales de interpretación, refiere solo al acto legislativo en sentido formal, y no a los decretos de los Gobiernos Departamentales con fuerza de ley en su jurisdicción.
- b) Incluso puede agregarse que tanto es así, que luego de decirse en el artículo 256 que las *leyes* pueden ser declaradas inconstitucionales mediante los procedimientos previstos en el artículo 258, la propia Carta agrega en el

6 Riso Ferrand, *Derecho Constitucional. Tomo I (Reimpresión)*.

7 Ver: Cajarville Peluffo, Juan P., *Apuntes ... cit.*

8 Publicada por ejemplo en *Revista de Derecho Público*, Año 1992, N° 2, pág. 139 y ss.

9 Por ejemplo: Esteva Gallicchio, Eduardo, *La jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia sobre los decretos de los Gobiernos Departamentales que tienen fuerza de ley ... cit.*, en "Revista Urug. de Derecho Constitucional y Político", Tomo IX, N° 49, pág. 79 y ss. Balarini, Pablo, *Un decreto de la Junta Departamental ¿puede limitar el ejercicio de derechos individuales?*, en *Revista de Derecho Público* Año 1992, N° 2, pág. 145 y ss. Aguirre Ramírez, Gonzalo, *Derecho Legislativo*, tomo I, pág. 133 y ss., FCU, Montevideo, 1997. También puede verse Esteva Gallicchio, Eduardo, *La jurisdicción constitucional en Uruguay ... cit.*, pág. 907 y ss.

artículo 260, que también los decretos de los Gobiernos Departamentales con fuerza de ley en su jurisdicción pueden ser objeto de dicha declaración. Es obvio que, si la expresión *ley* ya comprendiera a estos decretos, el artículo 260 sería totalmente innecesario y redundante. Esta constatación confirma que, dentro del concepto de *ley*, y conforme a la terminología constitucional, no cabe incluir a ningún otro tipo de acto, como ser los decretos de los Gobiernos Departamentales en análisis.

- c) Además, la utilización de un concepto material para determinar qué significa la palabra *ley*, no es admisible en la medida en que mediante el mismo habría otra cantidad de actos jurídicos que también son, con dicho criterio, actos regla, como es el caso de los reglamentos, acordadas, ordenanzas del Tribunal de Cuentas, etc.¹⁰
- d) Es más, la equiparación de ley a decreto de los gobiernos departamentales conduciría a que puedan aprobarse normas procesales o civiles o de familia o de cualquier clase por cada gobierno departamental, fragmentando la legislación en diecinueve. Imaginemos que el debido proceso tenga una regulación distinta en cada departamento. Inaceptable.

Por último, debe decirse que el derecho, y principio general, a la libertad,¹¹ está consagrado en los artículos 7 y 10 de la Constitución. El primero cuando confiere el derecho a los sujetos de derecho privado a ser protegidos, entre otros, en el goce de su derecho de libertad y el artículo 10 cuando establece que las acciones privadas de las personas que no afectan al orden público ni perjudican a terceros estarán exentas de la autoridad de los magistrados. De estos artículos se deriva la libertad contractual entre otras y la libertad de empresa con texto expreso en el artículo 36 de la Carta. La libertad de empresa implica la posibilidad de dedicarse a cualquier actividad lícita, dirigir su actividad y obtener las ganancias correspondientes¹².

10 Ver: Aguirre Ramírez, Gonzalo, *Derecho Legislativo ... cit.* tomo I, pág. 26.

11 Me remito a Risso, M. *Derecho Constitucional ... cit.*, pp. 468/472.

12 Me remito a Risso, M., *Derecho Constitucional tomo I, ... cit.*, pp. 715 y ss.

Esta libertad se encuentra claramente comprometida en la especie, en la medida que se prohíbe, con alguna variante, la fabricación, exhibición y comercialización de productos pirotécnicos que ha sido válida en el país desde siempre.

Ahora cabe preguntarse si la prohibición de fabricación, exhibición y comercialización de productos pirotécnicos puede ser establecida, desde el punto de vista formal por un acto de rango inferior a la ley. La respuesta negativa es evidente. Solo la ley está habilitada para prohibir una actividad que se considera lícita y las disposiciones departamentales en estudio violan inequívocamente el principio de legalidad y, abiertamente, el artículo 36 de la Carta que expresamente prevé que solo la ley es acto idóneo para establecer limitaciones a la libertad de comercio, industria, empresa, etc.

La ley 17.852, para la prevención, vigilancia y corrección de la contaminación acústica, en su artículo 7, establece como atribuciones de los gobiernos departamentales las de: establecer zonas de contaminación acústica, otorgar permisos, aplicar sanciones. De ninguna forma se habilita a los gobiernos departamentales a prohibir la fabricación, venta, exhibición o uso de material pirotécnico, y menos en todo el territorio departamental. Esto no surge de la ley. Asimismo, los gobiernos departamentales no pueden establecer criterios para ciertos productos y no para otros: por ejemplo, podría establecer máximos sonoros en una zona, pero no puede decir acá se habilitan motores, fiestas al aire libre, pero no otros ruidos. Si lo hiciera, además de no tener competencia, contrariaría el principio constitucional de igualdad. Mire como se mire la prohibición de actividades es una competencia nacional, conferida al Poder Legislativo.

Del artículo 262 de la Carta surge la existencia de tres materias normativas o de actuación estatal, la nacional, la departamental y la local. Así como no puede una ley ingresar en la materia que la Constitución garantiza como departamental y si lo hace habría una inconstitucionalidad, la inversa es muy clara. No puede un acto departamental inmiscuirse en temas que la Carta reserva a las autoridades nacionales. Recientemente la Corte Electoral siguió este criterio cuando se procuró por la vía de las autoridades locales alterar el trazado de una vía férrea (Ferrocarril Central).

Con lo anterior queda demostrada la inconstitucionalidad de estas disposiciones prohibitivas.

Razones de interés general

Aclarado lo anterior, pasemos a otra cuestión: una ley nacional (que superaría las objeciones anteriores) que estableciera esta prohibición ¿sería ajustada a la Constitución? La respuesta es negativa.

Al menos desde el siglo XIX surgió la preocupación de cómo evaluar, controlar y contener la actuación del Estado y sus funcionarios. En Estados Unidos las primeras manifestaciones se refirieron a la ley para trasladarse a las otras funciones estatales, mientras que en Alemania se comenzó con los poderes de policía para extenderse luego a todo el Estado. Al primer instrumento, se le llamó principio de razonabilidad y al segundo, principio de proporcionalidad.

El principio de razonabilidad estadounidense aparece íntimamente vinculado con el “debido proceso”. La garantía del debido proceso encuentra sus orígenes en las obras de Aristóteles y Cicerón¹³ y su más antiguo desarrollo normativo se encuentra en la Carta Magna de 1215, pasando luego de los Estados Unidos e incluyéndose en las constituciones de Maryland, Pensilvania y Massachusetts, para terminar en 1791 con la enmienda V a la Constitución federal y luego, con la enmienda XIV (la primera refiere al Estado federal y la segunda a los estados miembros).

La jurisprudencia norteamericana ha desarrollado dos variantes del debido proceso: (i) el debido proceso instrumental y (ii) el debido proceso sustantivo (luego llegó el debido proceso estructural, pero no resulta aplicable en este caso). El primero de ellos, como señala Chemerinsky, refiere a los procedimientos que el gobierno debe seguir para privar a un sujeto de ciertos derechos. Los temas centrales refieren a la forma de “noticia” que el gobierno debe dar y a la forma de audiencia

13 Serrano Geyls, Raúl, *Derecho Constitucional de Estados Unidos y Puerto Rico*, vol. II, Programa de Educación Continua. Universidad Interamericana de Puerto Rico. Facultad de Derecho, Segunda reimpresión, 2003, pág. 912

(proceso) que debe disponerse. El debido proceso sustantivo, por su parte, refiere a la **adecuada razón** del gobierno para limitar los derechos en juego o para hacer algo. En otras palabras, en este segundo debido proceso se requiere que el gobierno justifique debidamente su actuación.

Cianciardo señala que “el principio de razonabilidad”, en última instancia, viene a dar respuesta en todos los casos a una preocupación común: la necesidad de asegurar la supremacía del contenido de las normas relativas a derechos fundamentales frente a la necesaria regulación legislativa”. Y el punto de partida para analizar el principio de razonabilidad, se encuentra justamente en el “debido proceso sustantivo”, en el marco del cual se ha desarrollado principalmente¹⁴.

En nuestro país, hace más de medio siglo, Jiménez de Aréchaga señalaba que “[...] el interés general deberá ser apreciado según un juicio de razonabilidad. De todas maneras, conviene establecer que el juego de otras disposiciones constitucionales en cierta medida contiene o limita la noción de interés general y pone una valla a las normas que el legislador dicte en función de este concepto”¹⁵. También Korzeniak ha referido a la noción de razonabilidad, con expresa referencia a la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos, y postuló su utilización a los efectos de analizar la pertinencia de legislaciones especiales para ciertos grupos o categorías (en una perspectiva de principio de igualdad)¹⁶. La Suprema Corte de Justicia también ha utilizado la noción de “razonabilidad” al analizar la constitucionalidad de ciertas leyes respecto al principio de igualdad¹⁷ y también en alguna ocasión ha utilizado la noción de racionalidad en el mismo sentido¹⁸.

14 Juan Cianciardo, *El principio de razonabilidad. Del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad*, 31 y 32.

15 Jiménez de Aréchaga, *La Constitución Nacional*, I:226.

16 Korzeniak, *Curso de Derecho Constitucional 2o*, 84. Korzeniak, *Primer Curso de Derecho Público. Derecho Constitucional*, 328.

17 Los casos son muchos y a mero título de ejemplo puede mencionarse la sentencia N° 42, de 30 de setiembre de 1993 (publicada en *Revista Uruguaya de Derecho Constitucional y Político*, tomo X, N° 60, pág. 676 y ss. y también en LUU caso 12.777).

18 Por ejemplo, en la sentencia N° 163, de 16 de diciembre de 1991 (publicada en *Revista Uruguaya de Derecho Constitucional y Político*, tomo VIII, N° 48, pág. 444 y ss.).

En Alemania, con el mismo propósito con que en Estados Unidos se desarrolló el principio de razonabilidad, se recurrió al principio de proporcionalidad con base principal en la noción de Estado de Derecho¹⁹.

El principio de proporcionalidad requiere que, determinado el o los fines perseguidos por la Administración, la solución debe analizarse en un triple estudio: (i) en primer lugar, debe analizarse la "idoneidad" de la restricción para alcanzar el fin perseguido; (ii) en segundo lugar, debe repararse en la "necesariedad", esto es, si la medida elegida es la única forma de alcanzar el fin perseguido o si existen otras alternativas menos gravosas; y (iii) por último, corresponderá hacer una ponderación en sentido estricto que implica poner frente a frente las ventajas obtenidas por la restricción del derecho y los daños ocasionados, todo a los efectos de la ponderación. Los tres pasos deben poder sortearse pues si se falla en uno, la ley será inconstitucional por violar este principio²⁰.

En muchos casos se ha procedido a realizar un análisis conjunto de ambas nociones (proporcionalidad y razonabilidad) y muchas veces una se subsume en la otra desapareciendo las diferencias. Otras veces se utiliza una de las expresiones en un sentido amplio comprendiendo ambos conceptos.

Estos dos principios, o ambos fusionados, han tenido un extraordinario desarrollo en el mundo occidental, y hoy es sencillo encontrar que ellos son utilizados para analizar la regularidad de los actos legislativos, administrativos y jurisdiccionales. Todos estos deben ser razonables (no arbitrarios) y no ser desproporcionados. Como he señalado en trabajos anteriores²¹ y reiterado en múltiples ocasiones. Hay un triple fundamento para la aceptación del rango constitucional de estos dos principios (razonabilidad y proporcionalidad): (i) serían ambos consecuencia lógica e inevitable del Estado de Derecho que establece la Constitución nacional (no hay espacio

19 Schwabe, *Cincuenta años de jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán*, 94 y 95.

20 Alexy, *Teoría de los Derechos Fundamentales*.

21 Risso Ferrand, «Algunas reflexiones sobre el principio de igualdad en la jurisprudencia de la Suprema Corte de justicia del Uruguay»; Risso Ferrand, *Algunas garantías básicas de los derechos humanos*.

constitucional para la arbitrariedad o el obrar desproporcionado, como se desprende del propio artículo 7); (ii) son garantías (de los derechos humanos en cuanto limita la actuación de los Poderes de gobierno) inherentes a la persona humana por lo que ingresan a la Carta por la vía del artículo 72; y (iii) también aparecen como principios derivados de la forma republicana de gobierno, en tanto son límites para el obrar de las mayorías que no pueden avasallar los derechos humanos de un sujeto o de las minorías (también con base en el artículo 72). Esta posición ha sido tomada por la Suprema Corte de Justicia en la jurisprudencia que se señalará más adelante.

En lo que refiere a la recepción de este principio de proporcionalidad, por ejemplo, respecto a las leyes, debe tenerse presente que desde el año 2016, la Suprema Corte de Justicia, comenzó a utilizarlo señalándolo como la herramienta apropiada para determinar si el Estado actúa con base en razones de interés general (sentencias 79/2016 y las siguientes relativas a la llamada ley de medios). En la propia sentencia 138/2018, en la discordia del Dr. Chediak, también se relaciona expresamente las “razones de interés general” con la prueba de proporcionalidad, remitiendo a la sentencia de la Corporación 576/2017.

Si pasamos al análisis de la prohibición en estudio a la luz del principio de proporcionalidad fácilmente se aprecia que una prohibición total y tajante no puede superar este principio y que es un exceso incuestionable. En efecto, ¿cuál es el fin perseguido? El combate a la contaminación acústica o la protección de la salud de quienes pueden sufrir quemaduras por los fuegos artificiales. Sabido es que los fuegos se usan un par de veces por año y luego en ocasiones muy especiales, especialmente festivas para algún grupo o para toda la sociedad. La pregunta es ¿se va a prohibir la circulación en vehículos a motor que son mucho más sonoros que los fuegos artificiales, ocasionan daños mucho más severos a las personas y se les padece todo el año? El no poder contestar esta pregunta, sumado a que los fuegos artificiales como expresiones de júbilo, festejo, etc. se han usado siempre en nuestro país y en el extranjero, demuestra la violación de los principios de razonabilidad y proporcionalidad. Adviértase que no se ha prohibido totalmente el tabaco (mucho más peligroso para la salud) y se ha habilitado la comercialización de ciertas drogas.

Una prohibición tajante y total de la pirotecnia (una especie de ley seca en la materia) no puede superar la exigencia de razones de interés general. Una cosa es regular (se trata ya de una actividad regulada y sujeta a estrictos controles del Ministerio de Defensa Nacional) y otra prohibir, lo que sería inconstitucional.

Vías de defensa

La defensa contra estas disposiciones departamentales puede transitar por dos líneas de acción, que incluso pueden ser simultáneas. A saber:

- A) En primer lugar, se puede accionar ante la Suprema Corte de Justicia pidiendo la declaración de inconstitucionalidad de estas disposiciones (artículo 256 y ss. de la Constitución). La dificultad práctica se que serían proceso separados para cada Departamento, aunque luego podría procurarse que se le indemnizen los daños y costos que esto genere.
- B) En segundo lugar, el camino de la responsabilidad civil y pedir la indemnización por los daños que ocasiona la inconstitucional prohibición. Esto comprende los stocks que actualmente se tienen y no se pueden comercializar en ciertos departamentos, como los daños y perjuicios que derivan de no poder dedicarse a una actividad que, durante años, fue la fuente de sustento de mucha gente y en la que se logró una cierta especialización que requirió inversión de tiempo y trabajo.

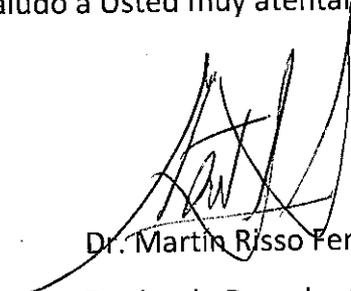
Conclusiones

En definitiva, es a mi entender muy claro que las disposiciones departamentales sobre las que me consulta resultan inconstitucionales y, a su vez, si la prohibición se

dispusiera por ley nacional, seguiría siendo inconstitucional por carecer de base en razones de interés general (principio de proporcionalidad).

Asimismo, es evidente que puede accionar por daños y perjuicios contra los gobiernos departamentales involucrados.

Sin otro particular saludo a Usted muy atentamente.



Dr. Martin Risso Ferrand

Profesor Titular de Derecho Constitucional

Universidad Católica del Uruguay

