

EXPTE. Nº 100.004 caratulados "POMETTI, HUGO C/PROVINCIA DE MENDOZA P/ ACCION DE AMPARO"

Mendoza, 25 de enero de 2017.

VISTOS: Los autos precedentemente individualizados, de los que;

RESULTA:

I- Que a fs. 39/55 comparece el Dr. Joaquín I. Faliti, en representación del Sr. Hugo Edgardo Pometti, y promueve formal acción de amparo contra la Provincia de Mendoza, con el objeto de que se anule el traslado de la chimpancé y ordene el mantenimiento de la misma en el Zoológico de Mendoza, a efectos de preservar el patrimonio natural, cultural y de la diversidad biológica.

Asimismo solicita como medida cautelar de no innovar se ordene a la demandada abstenerse de trasladar a la chimpancé Cecilia hasta tanto se dicte sentencia, limitando la misma a un plazo de seis meses, y a intentar alterar el estado actual de las especies existentes en el zoológico.

Señala que la Sra. Caram Directora de Ecoparque ha manifestado que la chimpancé Cecilia se encuentra en cuarentena, proceso que dura escaso tiempo, para luego ser trasladada. Expresa que ante esta situación, su parte peticiona la medida de no innovar a efectos de que se dicte una resolución judicial efectiva que resuelva el fondo, es decir que se mantenga la situación de hecho que actualmente existe y se ordene por seis meses que se mantenga a la chimpancé en el zoológico de Mendoza y a cualquier otra especie que se pretenda derivar a otro lugar.

En referencia al *fumus bonis iuris*, señala que debe preservarse la fauna existente y la diversidad biológica, por lo que no es posible trasladar a la única especie de chimpancé que habita el zoológico de Mendoza. Destaca lo expuesto en la Ley 24375 y la Ley 25675.

En relación al peligro en la demora, expresa que en este caso se da por "la existencia de la orden de cuarentena y los dichos publicados en prensa del Gobierno de Mendoza, con fines de su traslado, por lo que la feria judicial mediante y la tardanza del amparo que no podrá tramitarse ni finalizarse durante el mes de enero, permiten tener por configurado el grave daño irreparable a su mandante."

Aclara que dado que la chimpancé ha sido puesta en cuarentena para su traslado, lo que lleva escasos días por lo tanto será trasladada antes de que termine el mes de feria, la acción de amparo de su mandante carecerá de todo objeto, ya que será imposible lograr luego de su traslado a otro país soberano, ajeno a la jurisdicción argentina, el retorno de Cecilia al zoológico de Mendoza. Agrega que en nada se verá afectada la contraria con la cautelar cuyo plazo es de seis meses dado que la chimpancé hace 21 años que vive en Mendoza.

Por último menciona que el simio está humanizado como resultado del tiempo que ha sido cuidada y criada por hombres del zoológico, y por lo tanto carece de instintos y habilidades propias de un chimpancé común en su hábitat. Afirma que el desarraigo que padecerá en caso de traslado provocará efectos nocivos, dado que ella conoce sólo el zoológico y encontrarse en un lugar distinto y desconocido provocará daños irreversibles.

Por último, en referencia a la contracautela, ofrece fianza personal de su mandante o la contracautela que se determine. Ofrece pruebas.

A fs. 199/206 la Dra. María del Valle Nanclares, por la demandada Gobierno de la Provincia de Mendoza, contesta la vista de la medida cautelar solicitando se rechazo.

Señala que la medida peticionada resulta improcedente debido a que el traslado de la chimpancé ha sido dispuesto por una orden judicial (Habeas Corpus), dictada en fecha 3 de noviembre de 2016, careciendo la acción de amparo de virtualidad suficiente para hacer cesar una medida judicial que se encuentra firme.

Asimismo advierte que el objeto de la medida cautelar se superpone con el objeto de la acción de amparo, debido a que la pretensión de fondo consiste en que se anule el traslado de la chimpancé y ordene el mantenimiento de la misma en el zoológico de Mendoza.

Por otro lado resalta que no quedan acreditados los extremos legales para que proceda la medida cautelar solicitada.

Manifiesta que en cuanto a la verosimilitud del derecho, éste no se encuentra acreditado, debido a que la actora interpone alegaciones genéricas que son insuficientes para demostrarlo. Sostiene que no se advierte en forma notoria, palmaria que la conducta de su mandante adolezca de los vicios de ilegalidad o arbitrariedad achacados por la accionante, sino que el Poder Ejecutivo se ha ajustado en un todo a la legalidad vigente, adoptando las medidas necesarias para el cumplimiento de una orden judicial.

En referencia al peligro en la demora expresa que no se encuentra de modo alguno probado, y que en su lugar la actora otorga simples alegaciones relacionadas con su disenso respecto de la

decisión de la autoridad competente relacionada al traslado de la chimpancé Cecilia a Brasil, no acreditando dicho extremo.

A fs. 209/212 el Dr. Eliseo Joaquín Vidart, por Fiscalía de Estado, contesta la vista de la medida cautelar solicitando su rechazo.

Expresa que con relación a la medida cautelar de no innovar solicitada, la misma es manifiestamente improcedente por las razones invocadas por el apoderado de la accionada directa, fundamentalmente atendiendo que hay identidad de objeto entre lo que se peticiona en ésta y en el objeto del principal.

Por otro lado, asegura que no se ha acreditado ni someramente el *fumus bonis iuris* que exigen este tipo de medidas, así como tampoco el peligro en la demora ni se ha ofrecido contracautela.

A fs. 214 y vta. obra el auto de admisión de prueba de las medidas planteadas. A fs. 238/41vta. se encuentra glosada la prueba testimonial; según constancias de fs. 256 se encuentran recibidos los expedientes venidos A.E.V.; y a fs. 247/55 está agregado el informe solicitado a la Dirección de Ecoparque, quedando la causa en estado de resolver.

II- Que la medida de no innovar planteada tiene por objeto "impedir la modificación, mientras dura el juicio, de la situación de hecho o de derecho existente al momento de decretarse" (Martínez Botos, Raúl; "Medidas cautelares", Ed. Universidad, Bs. As., 1990, págs. 386/387).

Analizando el planteo traído a examen, adelanto mi decisión de rechazar las medidas solicitadas, por diversos motivos que a continuación se expondrán. - Inicialmente aclaro que por regla general en el caso de las cautelares accesorias a la acción de amparo, se entiende que no deben ser admitidas cuando su objeto coincida con el objeto material de la pretensión principal, ya que, de accederse a ello, el actor obtendría una anticipada recepción jurisdiccional de su pretensión al margen del debido proceso. Ha resuelto en tal sentido la jurisprudencia que "En principio, el contenido de la medida cautelar no puede superponerse, equivaler o significar exactamente lo mismo que se pretende lograr en la sentencia. Se exhibe en la especie absolutamente improcedente la cautelar en trato, sencillamente por aplicación del principio a tenor del cual tales medidas no deben admitirse si con ellas se logra el objeto material de la pretensión principal, agotando la cuestión en ella planteada. Ello importaría a todas luces una anticipada recepción jurisdiccional de aquella pretensión, obteniendo así el ahora apelante una resolución incuestionablemente prematura y al margen del debido proceso, con agravios a las garantías constitucionales de la igualdad y de la de

la defensa” (Expte.: 19237 - MARTÍN RAFAEL EN J: MARTÍN, RAFAEL E.M.S.E. P/MEDIDA DE NO INNOVAR; 4° CC; LA120-201).

Es así como en el caso en estudio el amparo se interpone “contra i) el inminente traslado de la misma (mona Cecilia) a un santuario de la República Federativa del Brasil, y ii) la Ley 8945 y, en subsidio, los arts. 2 ap. 2°, 10, 11 y 12 de la misma, publicada en el B.O. del 29/12/16; a fin de que al resolver V.S. anule el traslado de la chimpancé y ordene el mantenimiento de la misma en el Zoológico de Mendoza a efectos de preservar el patrimonio natural, cultural y de la diversidad biológica, y declare la inconstitucionalidad de la Ley 8945 o, en subsidio, de los artículos señalados, con costas.”

En tanto, el pretensor solicita se admitan las cautelares de no innovar a fin de que se conserve la situación de hecho que actualmente existe y se ordene, por seis meses, que se mantenga a la chimpancé en el Zoológico de Mendoza y a cualquier otra especie que se pretenda derivar a otro lugar (fs. 26).

Como se observa, una de las medidas peticionadas –la relativa al simio- coincide con uno de los objetos del amparo. Esta sola circunstancia bastaría para el rechazo de la pretensión cautelar, sin embargo existentes otros elementos que me llevan a idéntica solución.

- Cabe destacar, asimismo, que para que las medidas solicitadas tengan despacho favorable resultan necesarios: 1) la acreditación sumaria del derecho esgrimido por el pretendiente y que quiere se asegure a través de la cautelar; 2) que se fundamente el peligro en la demora o urgencia en la adopción de la medida; y 3) el ofrecimiento de contracautela (art.112 incs.1) 2) y 3) del CPC), pautas estas que resultan indudablemente aplicables en el caso en estudio.

Como es sabido, basta que no concurra uno solo de los recaudos procedimentales señalados para que proceda desestimar un pedido como el que se encuentra bajo estudio. Así se ha resuelto que “La procedencia de las medidas cautelares se halla supeditada - y encuentran allí su justificación - en la necesidad de mantener la igualdad de las partes en juicio y evitar que se convierta en ilusoria la sentencia que ponga fin al pleito. Están sujetas a presupuestos específicos, distintos de los requeridos para la acción, en procura de la declaración del derecho material. Los requisitos típicos son: verosimilitud del derecho invocado (*fumus bonus juris*); peligro en la demora (*periculum in mora*); y otorgamiento de una fianza o caución (contracautela). Estos se hallan relacionados entre sí, de tal modo que la omisión de uno o alguno de ellos, conspira contra la admisión de la medida solicitada” (Expte.: 24505 - INDUSTRIAS LENTINI S.R.L. LENTINI, JUAN BAUTISTA Y OTS. P/CUMP. DE CONT. ; 3° CC; LA090-101).

Tengo presente que la actora fundamenta su derecho en la necesidad de preservar la diversidad biológica, basándose en el art. 41CN, ley 24375 que aprueba el Convenio sobre la Diversidad Biológica y ley 25675 (arts. 1 y 2). Manifiesta que "...la norma constitucional es la que en forma directa impide que se traslade a un espécimen como Cecilia, ya que se extingue la especie de los chimpancé en Mendoza" (fs. 27).

Precisando los conceptos empleados, puede decirse que la diversidad biológica expresa el número de especies y abundancia relativa de las mismas en una comunidad. Cuando todos los individuos pertenecen a la misma especie, el índice es cero, significa que la diversidad es nula. Por lo contrario, altos valores del índice corresponden a una gran diversidad específica en la comunidad, cuando ocurren condiciones favorables del medio que permite la instalación de numerosas especies, como ocurre en el caso de una selva clímax (Fiorani, V.; "Diversidad biológica"; www.cricyt.edu.ar/enciclopedia/terminos/DiversBiol.htm).

Sin embargo entiendo que no está suficientemente acreditado el derecho invocado con una alusión genérica a la diversidad biológica (en este caso artificial por cuanto ha sido producida por la intervención del hombre), en contraposición al derecho de la chimpancé "a vivir en un medio ambiente y en las condiciones propias de su especie", según manifestara la Dra. Mauricio al resolver el Habeas Corpus antes referido. Considero en este estado del proceso (resolución de las medidas cautelares), no puede el derecho a la preservación de la diversidad biológica invocado prevalecer sobre el derecho de los animales de vivir en condiciones apropiadas a cada una de las especies afectadas. Poco provecho moral, espiritual, económico, social tendría la mentada diversidad biológica si por el entorno inadecuado siguen diezmándose los ejemplares existentes en el ex zoológico, como es de público conocimiento y surge de la prueba ofrecida por el actor (ver AEV 4, fs. 35, 46, 52/3 donde se hace referencia a la muerte de quince gamos. Dichos animales vivían en condiciones de hacinamiento, mezcla de especies por encontrarse los corrales destruidos, falta de limpieza de cierveras –exceso de guano, problemas con la calidad y cantidad del heno, falta de comederos y de refugios, etc., según surge de la pieza administrativa).

Esto más allá de entender que la diversidad biológica protegida legalmente es la autóctona, la originaria de nuestro hábitat provincial. Es esta otra de las razones por la que se impone el rechazo de las cautelares propuestas.

Aclaro que realizo estas apreciaciones de acuerdo a las pruebas rendidas en este estadio del proceso y al efecto de resolver las cuestiones precautorias planteadas, sin perjuicio de lo que en definitiva se decida. En efecto, esta causa, al finalizar la Feria Judicial Enero de 2017, será remitida a

la MECC para que la sortee entre los 28 jueces civiles a los fines de su radicación definitiva y resolución (ver resolutivo VII fs. 31 y vta.)

- Cabe igualmente recordar que, dada la presunción de legitimidad de la que gozan los actos de otros poderes del Estado, la admisión de medidas cautelares que tengan por finalidad suspender la aplicación de esos actos requiere por parte de los jueces una especial prudencia en la apreciación de los recaudos mentados (SCJMza, fallo publicado en Revista del Foro de Cuyo Nro. 38, pág. 239. Ver en el mismo sentido, entre muchos otros: C. FED. Mar del Plata, junio 17,999, "Asociación Mutual Mercantil Buenos Aires c/ Ministerio de Ec.", DJ y C.S, 721. XXXIX. ORIGINARIO - "Colgate Palmolive Argentina S.A. y otros c/ Buenos Aires, Provincia de s/ acción declarativa de inconstitucionalidad" - CSJN - 08/09/2003 (eIDial)).

Así también se ha sostenido que cuando este tipo de cautelares se interpone en la acción de amparo, atacando actos de la administración o de los poderes públicos que se ven acompañados de las presunciones de legitimidad y ejecutoriedad que les son propias, se requiere del juzgador la mayor estrictez y prudencia en la valoración de los recaudos de procedibilidad correspondientes, entre los que cuentan los genéricos establecidos por la ley procedimental y los específicos que les son propios de la acción principal a la que la cautelar accede (Peyrano, Jorge, Nueva afirmación de la doctrina judicial de la medida cautelar innovativa, LL 1986-C-344).

Vemos que en este caso, el traslado de la mona Cecilia surge como consecuencia del cumplimiento de una manda judicial, no de la sanción de la ley 8945. Lo mismo ocurre respecto al objeto de la otra medida cautelar –evitar la derivación de cualquier otro animal existente en el ex zoológico- como se verá.

- A propósito de lo expuesto en el punto inmediato anterior, no puede soslayarse que la orden de trasladar a Cecilia fuera del zoológico provincial emanó del Tercer Juzgado de Garantías de la 1° circunscripción judicial de Mendoza (Expte. N° P-72.254/15 "Presentación efectuada por A.F.A.D.A. respecto de "Chimpancé Cecilia"-Sujeto no humano" cita online AR/JUR/70794/2016), a cargo de la Dra. María Alejandra Mauricio. En esos obrados -resolutivo III- se ordena "Disponer el traslado del chimpancé Cecilia al Santuario de Sorocaba, ubicado en la República del Brasil el que deberá efectuarse antes del inicio del otoño, conforme lo acordado por las partes." Vale aclarar que tal destino fue consensuado entre el representante de la Asociación de Funcionarios y Abogados por los Derechos de los Animales –A.F.A.D.A.- (quien planteó el Habeas Corpus), la directora de la Administración de Parques y Zoológico, el Secretario de Ambiente y Ordenamiento territorial,

representantes de Fiscalía de Estado y el Jefe de Gabinete (según copia certificada del expte. penal referenciado agregado a fs. 75 de estos autos).

Igualmente en el resolutive V se dispone "Solicitar a los integrantes de la Honorable Legislatura de la Provincia de Mendoza proveer a las autoridades competentes de las herramientas legales necesarias para hacer cesar la grave situación de encierro en condiciones inapropiadas de animales del zoológico tales como el elefante africano, los elefantes asiáticos, leones, tigres, osos pardos, entre otros, y de todas aquellas especies exóticas que no pertenecen al ámbito geográfico y climático de la Provincia de Mendoza".

Partiendo de la base de que se pretende dejar sin efecto la orden de traslado dictada por otro tribunal, a través de las cautelares planteadas, se daría un des-equilibrio evidente a favor del peticionante de la medida precautoria, bajo la faz de una protección anticipada de un derecho en discusión. Y tal consecuencia resulta inaceptable, desde que es sabido que a través de la medida de no innovar no se puede llegar a interferir en la potestad jurisdiccional de otros magistrados ni, mucho menos, impedir la prosecución de procesos distintos a aquél en que se dicta. En tal sentido se ha resuelto que: "La medida de no innovar o medida innovativa, no es procedente para impedir el inicio de acciones de cualquier tipo, ni tampoco paralizar las ya promovidas, ya que el ejercicio de ocurrir ante la justicia, de naturaleza constitucional, no puede ser prohibido bajo pretexto de cautela" (3° CC; L.A. 67-159).

En idénticos términos, se ha dicho que "la prohibición de innovar no puede interferir el cumplimiento de pronunciamientos judiciales, tampoco puede ser utilizada para impedir el derecho de índole constitucional para hacer valer los reclamos que el acreedor entienda legítimos" (CNCiv, Sala A, L.L. 1983-B-640).

Surge entonces que ambos objetos de las medidas intentadas son consecuencia del cumplimiento de la orden (resolutive III) y de la exhortación (resolutive V) contenidas en la sentencia resolutoria del Habeas Corpus antes referido, cuya ejecución no puede ser impedida a través de medidas de no innovar peticionadas en el marco de un proceso de amparo (art. 6 del Dec.-Ley 2589/75).

- Por otra parte, vale recordar que el fundamento de las cautelares intentadas es el resguardo de la diversidad biológica. Sin embargo, la parte actora ofreció el testimonio del médico veterinario José Gassull a efectos de que diera su parecer sobre el denominado Santuario de Sorocaba (fs. 238/241 vta.). Es decir que a través de la testimonial se está pretendiendo cambiar la fundamentación de la medida: antes la diversidad biológica, luego la crítica al lugar de destino de la

chim-pancé, siendo que éste fue consensuado por las partes intervinientes en el habeas corpus y aceptado por la magistrada que resolvió el mismo.

Más allá del respeto que me merecen las opiniones y trayectoria laboral del testigo, entiendo que las primeras no deben ser consideradas en este momento de resolver las medidas. En efecto, sus dichos no resultan de la apreciación directa por parte del Dr. Gassull del Santuario de Sorocoba, sino que relata valoraciones de terceros sobre el mismo (2° preg.: “En San Pablo me llevaron hasta Sorocoba y no me dejaron entrar, está bien que era feriado, el dueño no estaba, pero no pude entrar...”; “...y acá estando en Mendoza contacté con el Dr. Villalba Macías un biólogo uruguayo director de tráfico internacional,... y con la profesora Alejandra Juárez, primatóloga de Córdoba...las opiniones fueron unánimes, que ese lugar no es un santuario, es un zoológico privado y las condiciones son de terror, más se parece a una cárcel,..., las dos personas que mencioné, más otros biólogos brasileros, más fotos que bajé de internet demuestran que ese famoso santuario no tiene un solo árbol...”; 3° repreg. se le consulta sobre cuál es la información en la que se basa para afirmar que Sorocoba no es un buen lugar para el traslado de la chimpancé, manifiesta: “Por lo hablado con la profesora Alejandra Juárez, por lo hablado con Villalba Macías, por todo lo que he leído y visto en internet, de las cuales muchas de estas fotos surgen de internet, y por los comentarios de biólogos y veterinarios de Brasil, pero fundamentalmente por lo que dicen las fotos, yo me guío por esto”). En tal sentido ha resuelto la jurisprudencia: “El testigo de dichos, indirecto o por comentarios, no es que carezca de valor probatorio, sino que debe ser valorado con mucha mayor rigurosidad, habida cuenta que se guía por lo que le transmiten terceras personas y no testimonia sobre hechos o actos que directamente han caído bajo sus propios sentidos” (Expte.: 28892 - ONOFRI AMELIA MARGARITA C/HETCH LIGORI OSCAR P/DAÑOS Y PERJUICIOS; 4° CC; LS181-048).

Recapitulo: los objetos de las medidas son: que conserve la situación de hecho que actualmente existe y se ordene, por seis meses, que se mantenga a la chimpancé en el Zoológico de Mendoza y a cualquier otra especie que se pretenda derivar a otro lugar, fundándose las mismas en la protección a la diversidad bio-lógica.

A mayor abundamiento, responde el experto al ser interrogado sobre si según sus conocimientos el Zoo de Mendoza es el mejor lugar donde pueda habitar la chimpancé Cecilia, “No es el mejor, desde ya, el hecho de que no sea mejor no significa que es bueno llevarla a un lugar que no es mejor, si hay un lugar mejor yo soy el primero en apoyar que se la lleve a un lugar mejor ...” (1° repreg.).

En definitiva, no advirtiendo prima facie en el caso una arbitrariedad o ilegalidad manifiesta por parte del Gobierno de la Provincia de Mendoza, el que actúa dando cumplimiento a una decisión judicial; no estando acreditado verosímilmente el derecho invocado; y teniendo en cuenta además la presunción de legalidad con la que cuentan los actos emanados de la Administración, debo decir que no encuentro acreditado los extremos necesarios a los fines de hacer lugar a las medidas solicitadas por el amparista, todo ello sin perjuicio del resultado final al que se arribe en la presente causa.

III- Atento a como ha quedado resuelta la cuestión corresponde imponer las costas al actor por resultar vencido (arts. 35 y 36 del C.P.C).

Por lo dicho y normas citadas;

RESUELVO:

I.- Rechazar las medidas cautelares solicitadas por el amparista.

II.- Imponer las costas al actor vencido (arts. 35 y 36 del C.P.C.).

III.- Diferir la regulación de honorarios hasta el momento del dictado de sentencia.

Regístrese. Notifíquese.