



## Inteligencia artificial, prevención de daños y acceso al consumo sustentable (\*)

*Demetrio Alejandro Chamatropulos*

**SUMARIO:** I. Introducción.— II. Prevención del daño e inteligencia artificial.— III. La inteligencia artificial y su aporte al cumplimiento del acceso al consumo sustentable.— IV. Conclusiones.

➔ Los propietarios de una IA que tenga aptitud para prevenir daños podrán ser legitimados pasivos de los planteos o acciones entabladas por aquellas personas que acrediten un interés razonable en la prevención del daño —conf. arts. 1710 y 1711, Cód. Civ. y Com.—. Naturalmente, dentro de ese elenco de sujetos que están legitimados activamente se encontrará el propio Estado e incluso las asociaciones de consumidores cuando se trate, verbigracia, de daños que puedan afectar intereses individuales homogéneos de los sujetos representados.

### I. Introducción

Desde hace un tiempo el mundo viene siendo testigo de una suerte de “explosión” de *papers* y noticias sobre bondades, ventajas, peligros y desafíos que trae aparejada la denominada Inteligencia Artificial (IA) en distintos campos científicos y, más concretamente, en la vida cotidiana. Este proceso se aceleró de una manera evidente en los últimos dos o tres años.

No es intención de este artículo desarrollar la utilidad demostrada por la IA en distintos campos y ámbitos (1). Solo diré que el abanico de aplicaciones es de lo más diverso y permite, p. ej., detectar el cáncer de piel (2), mejorar significativamente la predicción de terremotos, *tsunamis* y otros desastres naturales (3), conducir vehículos (4), pintar cuadros (con estilos de artistas célebres) (5), escribir guiones o historias (6), componer música (7), detectar enfermedades en cultivos con la finalidad de evitar su contagio (8),

reconocer emociones en fotografías (9) y en la voz humana (10), entre otras ilimitadas posibilidades que crecen día a día.

En lo atinente al mundo del derecho, seguramente lo que más interesa es la redacción “automática” de escritos jurídicos (11), y el ejercicio de la abogacía virtual en donde el trabajo lo realiza la IA y no el profesional (12).

Efectuada esta sintética presentación, el foco de este trabajo será mostrar algunas posibilidades de usar la IA tanto para prevenir daños [una de las finalidades principales del esquema de responsabilidad civil previsto en el Código Civil y Comercial —Cód. Civ. y Com.— (13)] como para colaborar en el acceso al consumo sustentable (principio que debe regir la aplicación e interpretación de las normas de defensa del consumidor) (14).

### II. Prevención del daño e inteligencia artificial

Con la sanción del Cód. Civ. y Com., la función preventiva del daño tuvo su estreno normativo en el esquema reparatorio de derecho privado en general. Incluso sus disposiciones se encuentran ubicadas en su texto antes que las atinentes a la reparación.

Concretamente, todo lo relativo a la función preventiva del derecho de daños está presente entre los arts. 1710 a 1715 [aunque los últimos dos se refieren, en rigor, a la finalidad punitiva y su eventual exceso (15)].

Se pondrá el foco en el art. 1710 Cód. Civ. y Com. (16) y su alcance. Su inc. a) está destinado fundamentalmente a quien ha causado un daño; en cambio, su inc. b) pareciera dirigirse a quien no lo ha producido pero puede “ayudar” en su prevención (17), aunque cierta doctrina resalta que quien tiene la obligación de prevenir puede ser el causante del perjuicio en cuestión (18).

Yendo a la estrecha vinculación entre prevención e IA, hay quienes proponen (desde la perspectiva del derecho penal) la utilización

de robots que permitan detectar delitos en el ciberespacio de una manera más eficaz que los mecanismos represivos (19).

En el ámbito del derecho de daños la pregunta que se impone es si, de acuerdo al art. 1710 Cód. Civ. y Com., quien ha desarrollado una IA determinada tiene un “deber legal” de prevenir daños causados por terceros, cuando tiene conocimiento (o lo debe tener) de que su herramienta es apta para evitarlos, mitigarlos o hacerlos cesar (20).

Intentando ser más claro la duda será: demostrada la utilidad de una herramienta determinada que funciona con IA, ¿existe una obligación legal de ponerla al servicio de la comunidad?

Comenzando a buscar respuestas, se puede decir que, ante posibles desastres naturales o propagación de enfermedades contagiosas, verbigracia, del texto legal surge con toda claridad que aquellos sujetos que hayan desarrollado herramientas que mediante IA permitan “predecir” o “controlar” esos eventos tendrán la obligación de poner su invención al servicio de la comunidad.

Asimismo, si los desarrolladores de vehículos sin conductor, a través de ese tipo de tecnologías, logran predecir (con alto grado de precisión) aquellos lugares y horarios en los cuales suele constatar una cantidad considerable de accidentes viales, difícilmente puedan guardarse para sí esa información sin incurrir en violaciones a preceptos como los mencionados.

Otro tanto sucederá con aquellas IA que permitan detectar (por medio de reconocimiento de imágenes o alguna otra variante, por ejemplo) que determinados alimentos (carnes, frutas, verduras u hortalizas, v.gr.) no se encuentran aptos para el consumo.

Lo dicho se funda en que el deber de prevención recaerá en todos aquellos sujetos que, material o jurídicamente, estén en con-

diciones de prevenir daños, siempre y cuando no se requiera un esfuerzo anormal o extraordinario (21). *A contrario sensu*, ante la ausencia de esa posibilidad, la obligación no se activa.

En una gran mayoría de situaciones, el funcionamiento ordinario de una IA en concreto permitirá sin “grandes esfuerzos” ayudar ostensiblemente a prevenir perjuicios. Fundamentalmente en todas aquellas herramientas que permitan elaborar “predicciones” con un alto grado de acierto, pues harán “ganar tiempo”, anticipando cursos de acción que se pueden activar mucho antes de que un daño se produzca efectivamente.

Desde esa óptica el lector podrá imaginarse lo útil que puede ser para el Estado contar con esas “primicias” y actuar en consecuencia. Así, si mediante estas herramientas se sabe cuándo y dónde se producen mayores accidentes viales, se pueden reforzar controles de tránsito o diseñar estrategias que apunten a reducir la siniestralidad.

En similar sentido, no es lo mismo tomar noticia de la existencia de un terremoto segundos antes de que se produzca que con la antelación de una semana. No resulta difícil advertir que una mejora en los sistemas de predicción reduce notablemente la potencialidad dañosa de un evento.

De lo dicho se desprende que, en muchísimos casos, la IA desarrollada por un particular (p. ej., una *startup*) se debe complementar forzosamente con un obrar estatal eficaz.

Dentro de ese esquema, en muchas situaciones, será el propio Estado el que deberá impulsar el desarrollo de estas herramientas, haciéndolas propias, pues funcionarán como parte nuclear de una adecuada estrategia preventiva de daños.

Asimismo, y dado que se trata de un deber jurídicamente exigible, corresponde una acción para reclamar su cumplimiento.

**DOCTRINA.** Inteligencia artificial, prevención de daños y acceso al consumo sustentable  
*Demetrio Alejandro Chamatropulos* ..... 1

**NOTA A FALLO.** El control de complementariedad en materia ambiental. Los presupuestos mínimos ambientales  
*José Alberto Esain* ..... 3

**JURISPRUDENCIA**  
AMBIENTE. Desmonte. Nulidad de resoluciones que autorizan la actividad. Disidencia parcial (CS) ..... 3

ABUSO SEXUAL AGRAVADO POR EL VÍNCULO. Padre e hijo menor de edad. Arbitrariedad de la absolución del imputado (CS) ..... 8

INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO. Responsabilidad parental. Medidas cautelares en los procesos de familia. Existencia de conflicto parental agravado. Escucha de las niñas. Derecho a la no revictimización (CCiv. y Com., Mar del Plata) ..... 9

Por ello, los propietarios de una IA que tenga aptitud para prevenir daños (sin requerirse esfuerzos desmesurados o extraordinarios) podrán ser legitimados pasivos de los planteos o acciones entabladas por aquellas personas que acrediten un interés razonable en la prevención del daño (conf. arts. 1710 y 1711 Cód. Civ. y Com.).

Naturalmente, dentro de ese elenco de sujetos que están legitimados activamente se encontrará el propio Estado e incluso las asociaciones de consumidores cuando se trate, verbigracia, de daños que puedan afectar intereses individuales homogéneos de los sujetos representados.

Por supuesto que la obligación en cabeza de quien desarrolla una IA determinada, además de no exigirle un accionar anormal o extraordinario, deberá tener presentes dos limitaciones de importante impacto práctico: la menor restricción posible de derechos del sujeto en cuestión y la exigencia de que lo que se le peticiona constituya

el medio más idóneo para lograr el objetivo preventivo (conf. art. 1713, Cód. Civ. y Com.). De lo contrario, resulta claro que el deber legal de prevenir no podría nacer.

### III. La inteligencia artificial y su aporte al cumplimiento del acceso al consumo sustentable

El acceso al consumo es una prerrogativa primaria de los consumidores que, si no es garantizado a los distintos sectores de la población, torna ilusorios todos los demás derechos y garantías (22).

Evidenciando esa importancia, era natural y esperable su inclusión en el art. 1094, Cód. Civ. y Com. (agregándole el término “sustentable”), como uno de los dos principios cardinales que deben guiar la aplicación e interpretación de las normas de defensa del consumidor (junto al principio protectorio).

Uno de los objetivos de establecer una noción de acceso al consumo sustentable

es lograr que el consumidor esté dispuesto incluso a pagar mayores sumas por un producto más seguro o amistoso con el ambiente (23). Es decir, lo que se busca es “orientar la demanda hacia un mejoramiento de la calidad y seguridad en materia de alimentos” (24). Sin embargo, muchas veces se constata que el propio consumidor opta por pagar menos, a cambio de una reducción de seguridad (25). Finalmente, cabe hacer notar que esa noción de seguridad es dinámica y cambiante: lo que hoy se considera seguro mañana puede no serlo (o viceversa) (26).

Es bajo este contexto donde la provisión de bienes y servicios destinados a consumidores, al incorporar diversas aplicaciones de IA, tienen una grandísima oportunidad de garantizar mayor calidad y seguridad, cobrando, paradójicamente, precios más bajos.

En tal sentido se puede observar a diario cómo se ha reconfigurado la prestación de determinados servicios. Poniendo un ejemplo concreto: la experiencia de mirar una

película o escuchar música en la actualidad mediante novedosas plataformas digitales ha dado un salto de calidad gigantesco, disminuyendo notablemente el precio por el cual se accede a ellas (27). Si se piensa en la provisión de servicios de diagnóstico médico, la utilización de IA debería redundar en una baja considerable de su costo (y por lo tanto de su precio —a menos que existan distorsiones graves de mercado—) y en una mejor y más precisa prestación.

Así vistas las cosas, las distintas derivaciones de IA permiten a los proveedores existentes bajar significativamente costos que otrora eran mucho más altos y, en paralelo, dar nacimiento (casi a diario) a “nuevos proveedores” que, explorando aquel mundo, encuentran servicios originales y útiles para consumidores que están dispuestos a pagar por ellos. Esa dinámica de mercado con aparición de nuevos jugadores que ofrecen algo distinto contribuye indudablemente a lograr el acceso al consumo de una manera sustentable (28).

## { NOTAS }

### Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(\*) Sobre la base de la ponencia presentada por el autor en las XXVI Jornadas de Derecho Civil, celebradas en La Plata, los días 28, 29 y 30 de septiembre de 2017.

(1) Sobre el punto es recomendable la lectura de CORVALÁN, Juan G., “La primera inteligencia artificial predictiva al servicio de la Justicia. Prometea”, en LA LEY del 29/09/2017, p. 1.

(2) Los miembros del Laboratorio de Inteligencia Artificial de la Universidad de Stanford desarrollaron recientemente un algoritmo (todavía en “versión de prueba”) que permite diagnosticar, con un grado muy alto de precisión, el cáncer de piel. Esto se logró mediante un trabajo realizado sobre 130 mil fotos de lesiones cutáneas causadas por aproximadamente dos mil enfermedades. Para ello se utilizó una red neuronal cuya funcionalidad es reconocer determinados elementos que pueden surgir de esas imágenes. A partir de allí, es posible distinguir si se está frente a casos de cáncer o ante meros lunares, p. ej., <http://news.stanford.edu/2017/01/25/artificial-intelligence-used-identify-skin-cancer/> (fecha de consulta: 29/09/2017).

(3) Recientemente, un equipo de investigadores del Laboratorio Nacional Los Álamos en Nuevo México (EE.UU.) logró una mejora notable en los tiempos de capacidad predictiva frente a sismos mediante un patrón acústico que permite determinar cuándo se producirán, aunque esto se aplica por el momento sólo dentro de laboratorios, no siendo trasladable aún la experiencia a situaciones fácticas reales. Para lograrlo, se utilizó lo que se conoce como minería de datos o *data mining*. Sobre el tema ver: ROUET-LEDUC, Bertrand *et al.*, “Machine Learning Predicts Laboratory Earthquakes”, <https://arxiv.org/ftp/arxiv/papers/1702/1702.05774.pdf> (fecha de consulta: 29/09/2017).

(4) Si bien existen distintas experiencias al respecto, cabe destacar que Google ha lanzado su propia compañía de vehículos inteligentes (sin conductor), denominada Waymo. <https://waymo.com/> (fecha de consulta: 29/09/2017).

(5) En un sorprendente trabajo, investigadores del *Bethge Lab* de Alemania plantearon que un algoritmo permite aprender estilos artísticos para luego aplicarlos en otras imágenes, incluso cuando se trate de “imitar el pulso” de celebridades como Vincent van Gogh (que fue utilizado en el *paper* como caso de estudio). Sobre el tema ver: GATYS, Leon A. - ECKER, Alexander S. - BETHGE, Matthias, “A Neural Algorithm of Artistic Style”, <https://arxiv.org/pdf/1508.06576v1.pdf> (fecha de consulta: 29/09/2017).

(6) Aquí se destaca especialmente lo que se conoce como el primer guión escrito por una IA. Se trató del cortometraje titulado “*Sunspring*”, realizado por el director de cine Oscar Sharp y el investigador de la Universidad de Nueva York, Ross Goodwin. El film fue presentado en 2016 en el Festival de Cine *Sci Fi London* y utilizó como “materia prima” extractos de películas de ciencia ficción de las últimas décadas del siglo XX, de donde se obtenían los textos sobre los cuales el *software* luego trabajaba de manera autónoma creando el guión. La película está disponible en: <http://rossgoodwin.com/> (fecha de consulta: 29/09/2017).

(7) Sobre esto es muy conocida *JukeDeck*, una compañía inglesa que permite (mediante IA) crear piezas musicales originales sin intervención humana. <https://www.jukedeck.com> (fecha de consulta: 29/09/2017).

(8) Investigadores de la Universidad de Pennsylvania (EE.UU.) y de la Escuela Politécnica Federal de Lausana (Suiza) idearon un *software* que, con base en técnicas de

reconocimiento de imágenes, permite advertir enfermedades en una planta antes de que se contagien otras. HUGHES, David P. - SALATHÉ, Marcel, “An open access repository of images on plant health to enable the development of mobile disease diagnostics”, <https://arxiv.org/ftp/arxiv/papers/1511/1511.08060.pdf> (fecha de consulta: 29/09/2017).

(9) *Emotion API* (Microsoft Azure) confronta una imagen con determinadas emociones típicas (p. ej., miedo, felicidad, asco, etc.). Así, una vez cargada una imagen, la herramienta devuelve “la emoción” que corresponde a ella con un grado de probabilidad determinado, resultado al que llega mediante el uso de IA. <https://azure.microsoft.com/es-es/services/cognitive-services/emotion/> (fecha de consulta: 29/09/2017).

(10) *Beyond Verbal* es una *start-up* israelí creada en 2012 que desarrolló una herramienta que permite detectar emociones sobre la base de trabajos de IA realizados sobre los tonos de voz de las personas. <http://www.beyondverbal.com/> (fecha de consulta: 29/09/2017).

(11) Si bien existen diferentes experiencias en diversas partes del mundo, es oportuno destacar a “Prometea”, una IA desarrollada en el ámbito del Ministerio Público Fiscal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. A través de ella, una persona puede “redactar” en pocos pasos un dictamen mediante un asistente de voz o a través de *chat*. Sobre el punto, se pueden ver los siguientes trabajos de Juan Gustavo Corvalán, quien viene trabajando activamente en el desarrollo de esta IA logrando grandes resultados. Ver: CORVALÁN, Juan G., “La primera inteligencia artificial predictiva al servicio de la Justicia. Prometea”, en LA LEY del 29/09/2017, p. 1.; “Inteligencia Artificial y derechos humanos (Parte I)”, *Diario DPI Cuántico, Diario Constitucional y Derechos Humanos*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2017, nro. 156, 03/07/2017, [http://dpicuatico.com/area\\_diario/doctrina-en-dos-paginas-diario-constitucional-y-derechos-humanos-nro-156-03-07-2017/](http://dpicuatico.com/area_diario/doctrina-en-dos-paginas-diario-constitucional-y-derechos-humanos-nro-156-03-07-2017/) (fecha de consulta: 29/09/2017) e “Inteligencia Artificial y derechos humanos” (Parte II), *Diario DPI Cuántico, Diario Constitucional y Derechos Humanos*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2017, nro. 157, 10/07/2017, [http://dpicuatico.com/area\\_diario/doctrina-en-dos-paginas-diario-constitucional-y-derechos-humanos-nro-157-10-07-2017/](http://dpicuatico.com/area_diario/doctrina-en-dos-paginas-diario-constitucional-y-derechos-humanos-nro-157-10-07-2017/) (fecha de consulta: 29/09/2017).

(12) Aquí se encuentra, v.gr., *Ross*, un “abogado virtual” creado por IBM a través de *Watson*, su conocida plataforma de IA. *Ross* interactúa con su interlocutor sugiriendo cursos de acción jurídicos ante preguntas o planteos que se le realizan. Tanto las preguntas como las respuestas reconocen el llamado “lenguaje natural”, lo cual maximiza la utilidad de la herramienta. <http://rossintelligence.com/> (fecha de consulta: 29/09/2017).

(13) Art. 1708, Cód. Civ. y Com.: “Funciones de la responsabilidad. Las disposiciones de este Título son aplicables a la prevención del daño y a su reparación”.

(14) Art. 1094, Cód. Civ. y Com.: “Interpretación y prelación normativa. Las normas que regulan las relaciones de consumo deben ser aplicadas e interpretadas conforme al principio de protección del consumidor y el de *acceso al consumo sustentable*. En caso de duda sobre la interpretación de este Código o las leyes especiales, prevalece la más favorable al consumidor” (el destacado me pertenece).

(15) Se ha puesto de resalto que la función sancionatoria de la responsabilidad civil no se encuentra excluida, sino que simplemente “las disposiciones del Título del

Cód. Civ. y Com. en el que se regula la responsabilidad civil versan respecto de la función preventiva y la resarcitoria, lo cual no implica afirmar que estas dos sean las únicas”. OSSOLA, Federico - AZAR, Aldo M., “Funciones de la responsabilidad civil. Función preventiva y función sancionatoria” en SÁNCHEZ HERRERO, Andrés (Director) y SÁNCHEZ HERRERO, Pedro (Coordinador), *Tratado de Derecho Civil y Comercial*, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2016, t. III, p. 453.

(16) Art. 1710, Cód. Civ. y Com. “Deber de prevención del daño. Toda persona tiene el deber, en cuanto de ella dependa, de: a) evitar causar un daño no justificado; b) adoptar, de buena fe y conforme a las circunstancias, las medidas razonables para evitar que se produzca un daño, o disminuir su magnitud; si tales medidas evitan o disminuyen la magnitud de un daño del cual un tercero sería responsable, tiene derecho a que éste le reembolse el valor de los gastos en que incurrió, conforme a las reglas del enriquecimiento sin causa; c) no agravar el daño, si ya se produjo”.

(17) LÓPEZ HERRERA, Edgardo, “Comentario al art. 1710” en CURÁ, José M. (Director), *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2014, t. IV, p. 658.

(18) OSSOLA, Federico - AZAR, Aldo M., “Funciones de la responsabilidad civil. Función preventiva y función sancionatoria”, cit. en SÁNCHEZ HERRERO, Andrés (Director) y SÁNCHEZ HERRERO, Pedro (Coordinador), ob. cit., Ed. La Ley, Buenos Aires, 2016, t. III, p. 466.

(19) VALLS PRIETO, Javier, “Fighting cybercrime and protecting privacy”, en: CRUZ-CUNHA, María Manuela - PORTELA, Irene, *Handbook of Research on Digital Crime, Cyberspace Security, and Information Assurance*, Hershey PA, IGI Global, 2015, p. 147, citado por CASTILLO ARA, Alejandra, “La sistemática general de los delitos cibernéticos y los delitos cibernéticos propios en el derecho penal alemán: la necesidad de una regulación diferenciada”, *DPyC 2017* (agosto), 32.

(20) También hay que advertir cierta preocupación exhibida hoy en día (fundamentalmente en Europa) sobre los daños o la responsabilidad civil que se puede derivar de los perjuicios causados mediante el propio uso de IA. En tal sentido, el 27/01/2017 la Comisión de Asuntos Jurídicos (JURI) del Parlamento Europeo presentó un informe con recomendaciones a la Comisión Europea sobre aspectos de Derecho civil y Éticos de la robótica. Mediante este informe se solicita a la Unión Europea (UE): 1. La creación un registro de robots a cargo de una agencia especializada en robótica e IA. 2. El establecimiento de principios de responsabilidad civil por los daños causados por robots que podrían ser de matriz objetiva o basados en un enfoque de gestión de riesgos. 3. La instauración de un sistema de responsabilidad que sea proporcional al nivel de instrucciones dadas al robot y al grado de autonomía con el que actúe. 4. La complementación de lo anterior con un sistema de seguro obligatorio para usuarios de robots y un fondo para indemnizaciones que cubra casos de riesgos no abarcados en la póliza. 5. La redacción de Códigos de Ética para ingenieros robóticos y para comités de ética de la investigación. El informe *in extenso* se puede leer en el siguiente link: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=REPORT&mode=XML&reference=A8-2017-0005&language=EN> (fecha de consulta 29/09/2017).

(21) ALFERILLO, Pascual A. “Comentario al art. 1710” en ALTERINI, Jorge H. (Director) y ALTERINI, Ignacio

E. (Coordinador), *Código Civil y Comercial Comentado. Tratado Exegético*, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2016, 2ª ed. actualizada y aumentada, t. VII, p. 19.

(22) STIGLITZ, Rubén S. - STIGLITZ, Gabriel A., “Contratos por adhesión, cláusulas abusivas y protección al consumidor”, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2012, p. 47. En sentido coincidente, Laura Pérez Bustamante señala que el acceso al consumo es el derecho fundamental del consumidor, pues de él dependen los restantes. PÉREZ BUSTAMANTE, Laura, “Derechos del Consumidor”, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2004, ps. 49, 81 y ss. Bolivia, por su parte, incluye de modo expreso el derecho a la alimentación como el primer derecho enumerado a favor de los consumidores en su ley 453/2013 (arts. 10 a 12). Sobre el derecho de acceso al consumo es interesante resaltar la existencia de normas referidas a la necesidad de que existan ciertos servicios universales. Así, en materia de telecomunicaciones, la normativa de la Unión Europea (UE) busca garantizar la disponibilidad de un conjunto mínimo de servicios de buena calidad accesibles a todos los usuarios a un precio asequible y sin falsear la competencia. Para lograr ello, se establecen obligaciones en cuanto a la prestación de una serie de servicios obligatorios, como el suministro al público de líneas arrendadas. También los derechos de los usuarios finales y las obligaciones correspondientes de las empresas que suministran redes y servicios de comunicaciones electrónicas disponibles para el público. Ver: directiva 2002/22/CE, 07/03/2002, relativa al servicio universal y los derechos de los usuarios en relación con las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas.

(23) TAMBUSI, Carlos A., “Régimen de Defensa del Consumidor (II): Instituciones del Derecho de Consumidores y Usuarios” en SÁNCHEZ HERRERO, Andrés (Director) y SÁNCHEZ HERRERO, Pedro (Coordinador), ob. cit., t. II, p. 953.

(24) STIGLITZ, Gabriel, “El principio de acceso al consumo sustentable”, en STIGLITZ, Gabriel y HERNÁNDEZ, Carlos A. (Directores), *Tratado de Derecho del Consumidor*, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2015, t. I, p. 325.

(25) OSSOLA, Federico - AZARA, Aldo M., “Funciones de la responsabilidad civil. Función preventiva y función sancionatoria”, cit. en SÁNCHEZ HERRERO, Andrés (Director) y SÁNCHEZ HERRERO, Pedro (Coordinador), ob. cit., t. III, p. 460.

(26) SOZZO, Gonzalo “La prevención de daños al consumidor”, en STIGLITZ, Gabriel y HERNÁNDEZ, Carlos A. (Directores), ob. cit., t. III, p. 325.

(27) Por supuesto que no se desconoce aquí que ese “bajo precio” en dinero se complementa con otro precio (en sentido amplio) que también se “paga” al permitirse el uso de nuestros datos personales a dichos proveedores, debate que merece un artículo independiente y que incluso puede tener entidad para afectar el concepto mismo de “consumo sustentable”.

(28) Facilitar el acceso al consumo resulta fundamental para allanar el acceso al mercado a nuevos proveedores, pues contribuye a enriquecer el menú de opciones del consumidor. En muchas ocasiones ello trae consigo una mejora en la calidad de los bienes o servicios, en sus precios, o incluso en ambas. CARAMELO, Gustavo, “La constitucionalización de los derechos del consumidor”, en PICASSO, Sebastián y VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A. (Directores), *Ley de Defensa del Consumidor Comentada y Anotada*, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2011, t. III, p. 63.

## IV. Conclusiones

De lo dicho se desprenden las siguientes conclusiones:

1. Las diversas aplicaciones y usos de IA ocupan hoy un rol central en la vida comunitaria, evidenciándose una clara tendencia hacia un incremento de ese protagonismo.

2. Esas herramientas tienen un importante rol que cumplir para prevenir daños, lo que genera que en muchas situaciones el sujeto que las desarrolló tenga la obligación legal de

actuar con base en los arts. 1710 y ss., Cód. Civ. y Com.

3. La colaboración que la IA puede prestar en materia preventiva tiene que ser necesariamente complementada por el Estado, diseñando y ejecutando acciones sobre la base del aporte de la IA (fundamentalmente el predictivo).

4. En muchas situaciones será conveniente que el propio Estado desarrolle sus propias aplicaciones de IA, para cumplir sus fines con mayor eficacia.

5. El acceso al consumo sustentable constituye un presupuesto que, sólo una vez cumplido, permite activar los diferentes derechos de los que gozan los consumidores.

6. Es frecuente que el consumidor pague más para obtener productos más seguros o amigables (ambientalmente hablando).

7. La incorporación de IA en la provisión de diversos bienes y servicios puede impactar positivamente en lo que se le ofrece a los consumidores, incrementando calidad y seguridad a un precio sensi-

blemente menor al que se pagaría de no utilizársela.

8. La IA, al “reinventar” prestaciones actuales de proveedores existentes en el mercado e incorporar jugadores que ofrecen nuevos servicios, contribuye a mejorar la dinámica del mercado, incrementando la cantidad de opciones disponibles para el consumidor, que encuentra diferentes alternativas para lograr el acceso a un consumo sustentable. ●

Cita on line: AR/DOC/2550/2017



## NOTA A FALLO

## Ambiente

## Desmote. Nulidad de resoluciones que autorizan la actividad. Disidencia parcial.

**Hechos:** Las resoluciones 271/2007 y 239/2009 de la Dirección Provincial de Políticas Ambientales y Recursos Naturales de la Provincia de Jujuy autorizaron el desmote de 1470 hectáreas. El Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Jujuy, por mayoría, revocó la sentencia que había declarado la nulidad de las normas. Contra esa decisión, se interpuso recurso extraordinario y la queja ante su denegación. La

Corte Suprema de Justicia de la Nación, por mayoría y en uso de sus facultades, declaró la nulidad de las resoluciones cuestionadas.

1.- Las resoluciones 271/2007 y 239/2009 de la Dirección Provincial de Políticas Ambientales y Recursos Naturales de la Provincia de Jujuy que autorizaron el desmote de 1470 hectáreas son nulas, en tanto el procedimiento de evaluación de impacto ambiental fue irregular, ya que se inspeccionó menos del 50% de la zona y no surge de las constancias de la causa que se hayan celebrado las audiencias públicas requeridas por las leyes provincial y nacional.

2.- La sentencia que revocó el fallo que declaró la nulidad de las resoluciones 271/2007 y 239/2009 de la Dirección Provincial de Políticas Ambientales y Recursos Naturales de la Provincia de Jujuy, que autorizaron el desmote de 1470 hectáreas, debe ser dejada sin efecto, pues el juzgador dio motivos para refutar las consideraciones que sirvieron de sustento al pronunciamiento de primera instancia, pero nada dijo sobre el principal argumento de la demanda para solicitar la nulidad de los actos administrativos, esto es, la nula implementación de algún mecanismo de participación de la comunidad afectada cuando era un re-

quisito legal (del voto en disidencia parcial de Dr. Rosenkrantz).

120.464 — CS, 05/09/2017. - Mamani, Agustín P. y otros c. Estado Provincial - Dirección Provincial de Políticas Ambientales y Recursos Naturales y Empresa Cram SA s/ recurso.

[Cita online: AR/JUR/58492/2017]

[El fallo *in extenso* puede consultarse en el Diario LA LEY del 21/09/2017, p. 7, Atención al Cliente, [www.laleyonline.com.ar](http://www.laleyonline.com.ar) o en Proview]

# El control de complementariedad en materia ambiental

## LOS PRESUPUESTOS MÍNIMOS AMBIENTALES

José Alberto Esain

**SUMARIO:** I. Introducción.— II. Los presupuestos mínimos de protección ambiental conteniendo derecho federal susceptible de revisión en instancia extraordinaria federal.— III. El control de complementariedad.— IV. Los aspectos que la Corte considera básicos y compuestos de intereses federales.— V. Conclusiones.

## I. Introducción

Slavoj Žižek explica en tres niveles de complejidad la relación entre la interpretación y la obra artística. Dice que el modernismo como el posmodernismo conciben a la primera como inherente a su objeto: sin ella no tenemos acceso a la obra de arte. El paraíso tradicional en el que todos podían disfrutar de la obra de arte, con independencia de su aptitud para el artificio de la interpretación, está irreparablemente perdido. La ruptura entre el modernismo y el posmodernismo tiene, entonces, que ubicarse en el seno de esta relación intrínseca del texto con su comentario. Una obra de arte moderna es “incomprensible” por definición, funciona como un *shock*, como la irrupción de un trauma que socaba la complacencia de nuestra rutina cotidiana y se resiste a la integración en el universo simbólico de la ideología prevaleciente; después de este primer encuentro, la interpretación entra en escena y nos permite integrar ese *shock*: digamos que nos informa que ese trauma registra y señala la depravación chocante de nuestras vidas cotidianas muy “normales”. Cuenta el crítico eslavo que “lo

que hace el posmodernismo es exactamente lo contrario: sus objetos por excelencia son productos con un especial atractivo para las masas y es el que los interpreta quien habrá de detectar en ellos una ejemplificación de los refinamientos más esotéricos de Lacan, Derrida o Foucault (1).

En el derecho hay material interesante para cotejar la tesis; material como el presente caso admite aplicar los tres niveles de consideración.

Hecha la introducción, pasemos a revisar el fallo.

Los hechos suceden en la Provincia de Jujuy, donde la Dirección Provincial de Políticas Ambientales y Recursos Naturales mediante resoluciones 271/2007 y 239/2009 en su momento autorizó el desmote de 1470 hectáreas en la Finca *La Gran Largada*, de la localidad de Palma Sola. El actor inicia amparo fundado en defectos graves en la tramitación de dichas autorizaciones, básicamente porque los procedimientos de evaluación de impacto ambiental no habían contemplado

el acceso a la información, ni la participación ciudadana, conforme lo disponen la Ley General del Ambiente Nacional N° 25.675 (LGA en adelante), la Ley Nacional de Bosques Nativos N° 26.331 (LBN en adelante) ambas de presupuestos mínimos y, la Ley provincial General del Ambiente N° 5063, entre otros aspectos.

El devenir de la causa tiene —de lo que se desprende del dictamen del procurador (2)— en el ámbito provincial el primer paso con la sentencia de grado que declara la nulidad de las mencionadas resoluciones. Los demandados —Estado provincial y la firma CRAM SA— interponen recursos de inconstitucionalidad y llevan la discusión al Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Jujuy, que hace lugar a los recursos dejando sin efecto la sentencia de grado y, en consecuencia, permitiendo el desmote. Ante la denegatoria del recurso extraordinario federal, la actora ocurre por vía directa ante la Corte federal, queja que provoca la resolución que comentamos, la que es dada por voto concurrente de Ricardo Lorenzetti, Elena Highton de Nolasco, Horacio Rosatti, Juan Carlos Maqueda, mientras Carlos Fernando Rosenkrantz se pronuncia en disidencia.

### II. Los presupuestos mínimos de protección ambiental conteniendo derecho federal susceptible de revisión en instancia extraordinaria federal

Este punto reviste novedad en el caso “Mamani”. Lo ubicamos en el consid. 3º. Allí se define por primera vez en la jurisprudencia

de nuestra Corte federal la configuración jurídica de las normas de *presupuestos mínimos de protección ambiental* (PMPA, en adelante) (tercer párrafo del art. 41, Const. Nac.). Es verdad que el PMPA es una categoría normativa nueva, así lo ha dicho el constituyente en el tercer párrafo del art. 41, Const. Nac., al dotarlo de un *nomen iuris* particular. Lo mismo se puede decir del art. 6º LGA que los conceptualiza; pero no había sido motivo de sentencias en el ámbito de la Corte, sólo referencias tangenciales. En esto “Mamani” es una novedad.

Dice este consid. 3º: “Que aun cuando el juzgamiento del caso imponga al Tribunal la reconsideración de puntos de hecho o de derecho local ajenos a la jurisdicción extraordinaria, en el caso ello no es óbice a la procedencia del recurso interpuesto, porque resulta necesario *para no desconocer el derecho federal aplicable* cuya frustración sería de otra manera inevitable (conf. doctrina de Fallos: 192:104)” (el destacado nos pertenece). El caso se funda en aspectos neurálgicos que reglan la LGA y LBN con relación a la EIA en materia de bosque nativo (3). De allí la trascendencia de la frase.

La importancia de este considerando radica en que por primera vez se define que algunos aspectos contenidos en las leyes de PMPA (LGA, LBN), tales como el procedimiento de evaluación de impacto ambiental, la participación ciudadana, el acceso a la información sin ser *derecho federal en sentido estricto* (4) contienen “aditamentos” regados

## { NOTAS }

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(1) ŽIŽEK, Slavoj, “Todo lo que usted siempre quiso saber sobre Lacan y nunca se atrevió a preguntarle a Hitchcock”, Ed. Manantial, Buenos Aires, 2008, ps. 7/8.

(2) Dictamen 04/11/2016 firmado por el Dr. Víctor Abramovich.

(3) El bosque del que trata la sentencia ha sido clasificado como categoría III en la norma de ordenamiento lo-

cal, es decir, la que posee el nivel más bajo de protección, porque admite la deforestación. Esto es importante, porque equipara el análisis al territorio ordinario en donde las actividades son permitidas bajo el paradigma de la

utilización racional, mediante licencia ambiental ejecutable por EIA. Esto quiere decir que la lógica de “Mamani” es homologable a emprendimientos industriales, usos intensivos, etc.

por “intereses federales relevantes” que habilitan la intervención de la Corte por vía de revisión extraordinaria (recurso).

En “Mamani” la Corte entiende que a pesar de que los hechos y el derecho del caso están compuestos en su mayoría por derecho público provincial ambiental (se trata de dos resoluciones de la autoridad ambiental de la Provincia de Jujuy por desmonte), dado que en ellas se desconocen instituciones básicas incluidas en los PMPA, esto permite abrir la instancia de revisión extraordinaria de la Corte en defensa de *contenidos axiales de la materia* a los que califica como “derecho federal aplicable” (esas tres palabras son la novedad).

La Corte ya había casado una sentencia colmada de referencias al derecho ambiental local en el caso “Martínez” (5), por minería en Catamarca. En esa oportunidad consideraron ilegales —por no complementarias ni congruentes— normas provinciales que no respetaban los presupuestos mínimos en materia de evaluación de impacto ambiental. La diferencia es que mientras en “Martínez” se habilita la instancia extraordinaria federal con base en la doctrina de la arbitrariedad (6), en “Mamani” se dice expresamente que se ingresa para salvaguardar “derecho federal aplicable” en una clara reconfiguración de los PMPA, que pasan a ser *normas que contienen derecho federal* susceptible de revisión por la vía reglada en el art. 14, ley 48.

Siendo que el tercer párrafo del art. 41, Const. Nac., al reglar la competencia de legislación concurrente complementaria (donde crea la categoría de PMPA) utiliza la misma frase que en el art. 75.12 para el derecho común (“sin que alteren las jurisdicciones locales”), muchos podíamos entender que los PMPA eran una categoría normativa asimilable al derecho de fondo y por lo tanto no susceptible de recurso extraordinario federal, feneciendo su interpretación en la órbita local. Sólo en algún conflicto como “Martínez” si la Corte consideraba arbitraria la sentencia local, revisaba el caso. Con “Mamani” la Corte se aleja de esta interpretación, entiende que —por lo menos en algunos contenidos— los PMPA son *derecho federal en sentido estricto*, es decir, con suficiente capacidad para justificar la revisión extraordinaria, incluso en un caso en que abunda el material local.

Derivado de esta reinterpretación de la configuración de los PMPA se puede pensar que la Corte ha asumido una nueva función en el federalismo ambiental, una función que hasta la fecha no estaba prevista expresamente: *la interpretación final de los PMPA*. Esto sucedía con el *derecho federal en sentido estricto*, el que tenía como intérprete final al *máximo órgano del orden jurídico central*. El *derecho de fondo* (civil comercial, penal, de minería y de seguridad social) no es susceptible de recurso extraordinario y su interpretación fenecía en el ámbito provincial (art. 15 ley 48). Con “Mamani” la Corte corre esta frontera y deja establecido que existen *intereses federales* en los PMPA, los que, a pesar de que no los hace derecho federal a efectos de la competencia

de los tribunales (la competencia general es local), sí obliga a reconsiderar la posibilidad de ingresar su revisión ante la Corte como última instancia de interpretación de estos aspectos, los que no pueden fenecer en sede provincial. Estos intereses federales alojados en los PMPA son las columnas que por detrás de las normas expresan estos componentes: —por ejemplo— EIA como procedimiento, participación ciudadana, acceso a la información, declaración de impacto ambiental que puede tener sólo dos versiones: estimativa o desestimativa. Casi todos estos aspectos que hemos mencionado emergen detrás de los arts. 11/13, 16, 19/21 LGA. Junto a otros aspectos, son la base del derecho ambiental argentino.

Siendo este un piso compuesto por las instituciones que trae la LGA, obligatorio para las provincias (esto ya lo había adelantado en “Martínez”), el que disciplina los complementos locales, deben existir mecanismos procesales para hacer efectiva la *supremacía federal* (art. 31, Const. Nac.) expresada en el *complemento* y la *congruencia* (tercer párrafo del art. 41, Const. Nac.). Traducido a “Mamani”, si en el *iter* procesal para la adopción de una resolución administrativa ambiental local no se siguen las recetas mínimas, si se violan esos contenidos que hacen al derecho constitucional al ambiente (art. 41, Const. Nac.), si esa decisión adolece de vicios que la colocan por fuera de la estructura de legalidad y constitucionalidad ambiental, entonces debe existir algún mecanismo que permita la anulación por el máximo órgano de la Nación como garante último de estas normas. Porque si los tribunales locales no lo hacen, la defensa de los PMPA no puede quedar librada a los órdenes jurídicos cuando en la uniformidad pretendida por el constituyente existen intereses de la Nación toda. Esto es lo que habilita a la Corte a casar la sentencia e incluso —como en “Mamani”— no sólo revocarla sino asegurarse el modo en que se debe corregir el derecho local, anulando las resoluciones administrativas provinciales también.

Existen —dice la Corte— *intereses federales* en algunos componentes de las leyes de PMPA que justifican la intervención del Máximo Tribunal de la Nación en vía extraordinaria. En este sentido deberá velarse por la protección de estos contenidos mínimos axiales, que componen el derecho al ambiente reglado en la cláusula constitucional (art. 41, Const. Nac.). Lo que se desprende de “Mamani” es que la Corte considera a los PMPA *derecho federal en sentido estricto*, aunque sólo a efectos de la revisión extraordinaria federal prevista en el art. 14, ley 48. No los considera a efectos de la competencia judicial. Si hubiera considerado los PMPA como derecho federal estricto en el segundo componente, serían por regla general susceptibles de la intervención de los tribunales federales (ingresando en el concepto de leyes de la Nación del art. 116, Const. Nac.) y esto no es así. Las causas en que está en juego la materia ambiental, tal como lo dice el tercer párrafo del art. 41, Const. Nac., y el art. 7º LGA son locales por regla general y sólo admiten por

excepción la competencia judicial federal. En esto los PMPA se asimilan al derecho de fondo. Este aspecto estaba, hasta la fecha, claro. De hecho durante los últimos 15 años (desde 1994, por influencia del art. 41, Const. Nac., pero sobre todo desde 2002, con la sanción del art. 7º LGA) hemos asistido a una copiosa jurisprudencia que ha venido dilucidando el modo en que funciona la competencia judicial y en este sentido siempre asimiló los PMPA al derecho de fondo. La novedad de “Mamani” es que ingresa en un tema no tratado: los PMPA y el recurso extraordinario federal. Considera la Corte que existen en ellos contenidos básicos que expresan “intereses federales”, los que se pueden suponer de “materia constitucional”, que justifican la interpretación final por el Alto Tribunal, para evitar que se frustren intereses básicos de la estructura de legalidad ambiental nacional.

Hasta podríamos decir que con “Mamani” la Corte ha redefinido los PMPA como normas de bisoña configuración jurídica, a la que podríamos describir como ambivalente o bipolar: son derecho asimilable al de fondo en cuanto a la competencia judicial, pero a efectos de la interpretación no dejan de contener intereses federales que habilitan —*ex post*— la revisión extraordinaria por la vía del art. 14 ley 48.

Terminada esta explicación básica, nos proponemos dar una explicación más detallada del punto. Ingresamos en la que hemos denominado “interpretación moderna”, en terminología de Žižek.

El gran maestro del derecho constitucional argentino Germán Bidart Campos decía que “la estructura federal de nuestro Estado ha dado curso a la expresión “derecho federal”. En el derecho comparado y en el derecho argentino dicha denominación suele usarse lamente para mencionar al *derecho emanado por el Estado federal a través del gobierno federal*. Sin embargo hay que saber que dentro de este concepto amplio de derecho federal hay que desglosar el llamado “derecho común” que, a fines tan importantes como su “aplicación” (art. 75.12 CN) y como su “interpretación” (dentro del marco del recurso extraordinario), se distingue del derecho “estrictamente” federal. Hecha esta salvedad, decimos que el derecho común es federal en cuanto emana del gobierno federal, y prevalece sobre el derecho provincial (art. 31, Const. Nac.), pero no es federal para los fines de su aplicación (por tribunales provinciales) ni para su “interpretación” por la Corte mediante recurso extraordinario (7).

Buteler explica que la delegación por las provincias de la atribución para el dictado de los códigos de fondo tuvo como contrapeso la reserva de la potestad de aplicarlo (arts. 75.12 en consonancia con el art. 116, Const. Nac.), facultad que trae implícita la de “interpretación”. Así, en cada provincia se adapta la legislación común a las particularidades locales, con base en la interpretación de los jueces de cada gobierno local. El federalismo —como dice el autor cordobés— es más compatible con la diversidad que con la

homogeneidad; y ese es el fundamento de la disposición de la parte final del art. 15 de la ley 48, que expresamente excluye del recurso extraordinario por la causal del inc. 2º del art. 14 a aquellos casos en los que se cuestiona “la interpretación que los tribunales de provincia hicieren de los códigos de fondo (art. 75.12, Const. Nac.)” (8).

En resumen, desde la teoría general el *derecho federal* se compone de derecho común (códigos Civil, Comercial, Penal, de Minería y Seguridad Social) y derecho federal estricto (el resto de los incisos del art. 75, Const. Nac.). Ambas categorías son federales por origen (Congreso nacional), pero se diferencian en dos aspectos: a) la competencia judicial y b) la interpretación. En cuanto al primer aspecto, el derecho de fondo se diferencia del derecho federal estricto, porque el primero es de competencia local o federal “según que las cosas o las personas cayeren bajo sus respectivas jurisdicciones”, mientras que el derecho federal estricto es siempre de competencia federal en razón de la materia (conforme art. 116, Const. Nac.). En cuanto a la interpretación, el derecho común feneca en su interpretación en sede local, mientras que el derecho federal es susceptible de recurso extraordinario federal, siendo la Corte el intérprete final de esta porción de normas.

En materia ambiental en la Argentina el sistema original fue trastocado por la reforma constitucional de 1994, lo que ha hecho que varios autores consideremos a este fenómeno *federalismo ambiental* (9). Así la legislación ambiental es concurrente a ambos órdenes jurídicos parciales (central y locales), en tanto y en cuanto al central (Nación) le corresponde dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección; mientras a las provincias, una competencia *complementaria*, que las habilita para legislar sobre las mismas cosas y relaciones siempre que sus normas prevean un mayor grado de protección que las normas nacionales (conforme tercer párrafo, art. 41, Const. Nac.) (10).

La pregunta clave que nos hiciéramos en su momento y que regresa ahora es, dada esta tipología inédita de normas nacionales, llamadas *presupuestos mínimos de protección ambiental*: ¿ellas son derecho de fondo o derecho federal en sentido estricto?

La pregunta tiene relevancia, porque —como hemos visto— en nuestro sistema la respuesta incide en dos cuestiones: a) la competencia de los tribunales y b) la interpretación de las normas. De este brete ha sido la competencia judicial el aspecto atendido en primer lugar por la doctrina y la jurisprudencia (11), quizá porque se vincula con un tema de mucha importancia como el conocer el órgano judicial que debe tramitar las causas ambientales. El segundo punto fue poco atendido, al punto que se dio por sobreentendido que ambas cuestiones iban de la mano, como sucede con la legislación de fondo o el derecho federal estricto. De allí la trascendencia de la resolución “Mamani” que cambia la lógica hasta la fecha, pues pone la cuestión en un punto intermedio.

## { NOTAS }

(4) Veremos a continuación una descripción pormenorizada del concepto “derecho estrictamente federal”, pero adelantamos que seguimos en este punto al maestro BIDART CAMPOS, Germán, “Tratado elemental de derecho constitucional argentino”, Ed. Ediar, Buenos Aires, 2000, t. I-A, ps. 648/9.

(5) CS 1314/2012 (48-M)/CSI recurso de hecho “Martínez, Sergio R. c. Agua Rica LLC Suco Argentina y su propietaria Yamana Gold Inc. y otros si acción de amparo” sentencia del 02/03/2016, publicado en con nota ESAIN, José A., “La Corte y el conflicto por la minería en Catamarca. Principio de congruencia e imperatividad de los presupuestos mínimos de protección ambiental”, LA LEY 6/04/2016, p. 6.

(6) La Corte ha revisado sentencias de tribunales de

provincia en materias regidas por derecho común o local apoyada en la doctrina de la sentencia arbitraria y sin siquiera considerar si estos aspectos aparecen previstos en la ley que regula el recurso. La larga cadena tiene un primer eslabón en el precedente “Rey c. Rocha” de 1909 (Fallos: 112:384) y se consolida a partir de 1956 (Fallos: 234:82; 234:310; 237:438; 288:265; 298:317 entre otros). Para profundizar se puede ver SPOTA, Alberto A., “Recurso extraordinario”, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2001.

(7) BIDART CAMPOS, Germán, “Tratado...”, op. cit. ps. 638/649.

(8) BARRERA BUTELER, Guillermo, “Justicia y federalismo”, en *Justicia y transparencia, justicia y división de poderes, justicia y federalismo, justicia y desarrollo humano*, ROSATTI, Horacio (et. al), Asociación Ar-

gentina de Derecho Constitucional, Resistencia, 2017, ps. 244/246.

(9) La original denominación la debemos a QUIROGA LAVIÉ, Humberto, “El Estado ecológico de derecho en la Constitución Nacional”, LA LEY, 1996-B, 950, publicado también en CAFFERATTA, Néstor, “Tratado jurisprudencial y doctrinario de derecho ambiental”, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2012, t. II: textos completos, ps. 535/6. Siguiendo estos conceptos se puede consultar SABSAY, Daniel A. - LÓPEZ ALFONSÍN, Marcelo, “Leyes reglamentarias de la reforma constitucional. Pautas y sugerencias fundamentales”, en *Cuadernos de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, 1996, ps. 145 y ss.; ESAIN, José A., “El federalismo ambiental. Reparto de competencias legislativas en ma-

teria ambiental en la Constitución Nacional y la ley General del Ambiente 25.675”, en rev. *Lexis Nexis*, nro. del 07/01/2004, ps. 3/30 o ESAIN, José A., “Competencias ambientales”, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2008.

(10) ESAIN, José A., “Competencias ambientales”, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2008; ESAIN, José A., “El Federalismo argentino y el derecho ambiental como disciplina autónoma”, en *Calidad ambiental, una responsabilidad compartida. Informe sobre desarrollo humano en la Provincia de Buenos Aires, 2008-2009*, Eudeba y Fundación Banco Provincia, Buenos Aires, 2009, p. 21.

(11) Repasemos la respuesta que ensayara la doctrina nacional respecto a si los PMPA son derecho común o derecho federal en sentido estricto: I.- *Tesis de PMPA como derecho federal estricto*. Ella es encabezada por Tomás

De nuestra parte sin embargo, desde nuestra primera aproximación siempre nos referimos a ambos temas, tanto la competencia judicial como la interpretación. La primera respuesta al intrínquilis nos pareció que provenía del tercer párrafo del art. 41, Const. Nac., cuando repetía una frase similar —“sin que aquéllas alteren las jurisdicciones locales”— a la que dispone el art. 75.12, Const. Nac., para el derecho de fondo (12). Decíamos en aquel momento que estas normas son leyes que componen —junto a las leyes provinciales complementarias— el sistema de legalidad ambiental, derecho sustantivo que se debe equiparar a los códigos de fondo. Ello implica dos efectos: 1. En cuanto a la aplicación judicial, serán entonces de competencia provincial. 2. En cuanto al recurso extraordinario, serán susceptibles de ser revisadas por la instancia extraordinaria del art. 14 de la ley 48 ante la Corte. Detectábamos normas en las leyes autodenominadas de PMPA, que eran federales en sentido estricto como mandatos hacia las autoridades nacionales. En estos casos: a) no se admite complemento; b) la competencia judicial es federal; c) serán susceptibles de recurso extraordinario federal si se dan los supuestos del art. 14 ley 48 (13).

Estos ejemplos —que poníamos en ese momento— eran derecho federal estricto. El tema es el resto de las normas de PMPA, por ejemplo los arts. 11/13, referidos a EIA, o los arts. 19/21 de participación ciudadana, normas que admiten complemento: ¿son esas normas derecho de fondo o derecho federal estricto? Entendimos en aquel momento que eran asimilables al derecho de fondo, y por lo tanto: a) de competencia de los jueces provinciales; y b) no susceptibles de recurso extraordinario federal, feneciendo su interpretación en sede local.

La Corte interpretó la configuración jurídica de los PMPA a poco de la reforma constitucional de 1994, adoptando una tesis literal. Lo hizo en el *leading case* “Roca Magdalena” de 1995, asimilándolos al derecho de fondo, disponiendo que la competencia en la materia es de las autoridades locales, (competencia judicial y administrativa) (14). El legislador en el año 2002, al dictar el art. 7º LGA entendió que los PMPA *en general* eran normas respecto de las cuales siempre correspondía la intervención de los tribunales provinciales, es decir, asimilables al derecho de fondo, siguiendo la tesis “Roca”, aunque creando un supuesto —la jurisprudencia lo había hecho antes (15)— de intervención de la justicia federal en razón de la materia ambiental, cuando exista efectiva degradación de recursos interjurisdiccionales (con base en el art. 75.13, Const. Nac.) (16).

Continuando con la configuración de los PMPA, la Corte se refirió al tema nuevamente en otro caso de enorme trascendencia: “Salas”, en el año 2011. En el consid. 9º dice: “Que, por otro lado, la Ley General del Ambiente, 25.675, ha instaurado un régimen jurídico *integrado por disposiciones sustanciales y procesales*, y ha consagrado principios ordenatorios y procesales aplicables al caso, y que deben ser estrictamente cumplidos, resguardando y concretando así la vigencia del principio de legalidad que impone a ciudadanos y autoridades la total sujeción de sus actos a las previsiones contenidas en la ley” (17).

De la reseña que hemos hecho podemos concluir que, a la fecha, la jurisprudencia del Alto Tribunal federal se ha abocado a analizar los PMPA sólo atendiendo el aspecto de la competencia judicial, sin ingresar en el tema de la interpretación. Por este motivo ha considerado los PMPA como “derecho común”, resolviendo la competencia judicial de los tribunales provinciales; y sólo en supuestos en que se activa el segundo párrafo del art. 7º LGA, la intervención del fuero de excepción. Y cuando la Corte ingresa por recurso extraordinario al análisis de temas locales, lo hace por la vía de la arbitrariedad de sentencias.

En esto la sentencia “Martínez” (18) es muy representativa. En ella la Corte ingresa mediante recurso extraordinario federal al estudio de temas de derecho *ambiental provincial complementario*, pero lo hace por la vía de la arbitrariedad de la sentencia (19). En dicha oportunidad se hacen imperativos los PMPA para anular derecho provincial “no complementario”, al que hemos llamado “desnaturalizante” (20)—. Las dianas en aquella ocasión estaban puestas en la resolución 35/2009 de la Secretaría de Estado de Minería de la Provincia de Catamarca, que prevé las llamadas “declaraciones de impacto ambiental condicionadas” (una tercera vía creada por algunas provincias que según el Alto Tribunal federal relativiza el piso de protección del art. 12 LGA, que sólo trae dos especies de DIA: la estimativa y la desestimativa). Posicionados en nuestro tema, esta sentencia es muy similar a “Mamani”, aunque la autopista que se utiliza para ingresar en la instancia extraordinaria federal es la arbitrariedad, no el resguardo de intereses federales.

En perspectiva, entre “Martínez” y “Mamani” la Corte avanza en su tesis varios pasos, es por ello que verificamos similitudes y también diferencias. Entre las primeras: 1. Se analizan complementos provinciales; 2. Se los considera desde los pisos normativos dictados por la Nación en la LGA y una norma sectorial; 3. Se verifican en el ambi-

to local evaluaciones de impacto ambiental sin participación ciudadana, sin acceso a la información; 4. se verifica un estado fáctico ambientalmente complejo (informes técnicos advierten daños al ambiente en ambos). Entre las segundas: 1. en uno se ingresa al recurso extraordinario vía la doctrina de la arbitrariedad, en el otro por haber derecho federal comprometido; 2. en el primero la sentencia “deja sin efecto la sentencia apelada” y reenvía el caso para que el tribunal local readapte su decisión mientras que en el segundo sólo “hace lugar a la queja, se declara formalmente procedente el recurso extraordinario, y se declara la nulidad de las resoluciones DPPAyRN 271/2007 y DPPAyRN 239/2009 de la Dirección Provincial de Políticas Ambientales y Recursos Naturales de la Provincia de Jujuy”, es decir, no hay reenvío a la sede local sino que se soluciona el conflicto por la propia Corte evitando la intermediación del Tribunal superior local.

Si tenemos que cotejar la importancia de estos aspectos, la primera primicia de “Mamani” se verifica en el modo en que considera la vía extraordinaria ante un caso eminentemente local. En esto reinterpretará la configuración normativa de los PMPA considerando que dentro de estos existen “intereses federales” que justifican la revisión posterior por vía del recurso extraordinario federal, exista o no arbitrariedad en la sentencia local casada. Pareciera que desde esta resolución los PMPA son “derecho federal en sentido estricto” a los efectos de la interpretación, aunque para la competencia judicial sigan considerándose derecho común. No era sencillo considerar intereses federales dentro de las normas nacionales ambientales sin provocar con ello la competencia judicial federal. Es que, si los PMPA fueran “derecho federal en sentido estricto” el caso “Mamani” y todo aquel en que haya implicado alguna de esas normas, habría sido susceptible de competencia de la justicia federal *ab initio* y no —como expresamente lo dice la sentencia— un caso *compuesto de derecho local*, sólo de revisión extraordinaria federal. La explicación entonces está en otro lugar.

La Corte crea una *categoría normativa nueva*, un híbrido que contiene intereses federales pero que no es “derecho federal en sentido estricto”. Siguiendo esta inteligencia los PMPA son:

—A efectos de la competencia judicial derecho común porque son equiparables a las normas del art. 75.12, Const. Nac., y por lo tanto quedan excepcionados de la competencia federal conforme la letra del art. 116, Const. Nac. (recordemos que dicho artículo dispone que serán de competencia del fuero de excep-

ción las “causas que versen sobre puntos regidos...por las leyes de la Nación, con la reserva hecha en el inc. 12 del art. 75”). Cobra relevancia aquí la frase “sin que alteren las jurisdicciones locales”.

—A los efectos de su interpretación derecho federal en sentido estricto: la Corte desde “Mamani” admite que en las normas nacionales mínimas existen *intereses federales* que requieren la garantía de la revisión en la Alta Corte de la Nación como intérprete final, vía recurso dispuesto en art. 14 ley 48; no quedando esta parte de las normas alcanzada por el art. 15 de la ley 48, cuando dice que “la interpretación o aplicación que los tribunales de provincia hicieren de los Códigos Civil, Penal, Comercial y de Minería, no dará ocasión al recurso extraordinario federal por el hecho de ser leyes del Congreso, en virtud de lo dispuesto en el inc. 12, art. 75 de la Constitución”. Se podría decir que se hace pie en una interpretación literal de este art. 15, ley 48, que no menciona el art. 41, Const. Nac..

Alguien a esta altura podría preguntarse ¿porqué una categoría híbrida? ¿qué necesidad hay de crear esta entelequia? Existe una *necesitatis* que lleva a este punto.

Los PMPA deben ser tratados como derecho común en su competencia judicial, porque ellos, como material normativo, aparecen en los casos junto al derecho provincial ambiental complementario conformando ambos el *derecho ambiental sustantivo*. En la relación complementaria los PMPA se terminan de delinear con el complemento provincial. Por este motivo decimos que el *derecho sustantivo ambiental* se compone de un *complejo de normas*, de *fuentes diversas*: por un lado el mínimo nacional y por el otro el complemento provincial. Por este motivo, no se puede *ab initio* declarar a los PMPA derecho federal en sentido estricto, porque la simple aparición de éstos suscita que muchos conflictos en donde lo principal es el derecho local complementario, temas puntuales, divisibles, terminen siendo de competencia federal por la sola presencia de estas normas. De todos modos, en esos conflictos el juez local desde “Mamani” sabe que debe analizar esta relación complementaria y que por presencia de derecho federal en los PMPA, este análisis terminará siendo revisado en instancia final por la Corte.

Lo veremos en el apartado que sigue, pero esta tesis tiene su razón de ser en el resguardo de los intereses federales que pueden estar presentes en ese núcleo mínimo que gobierna la relación *concurrente complementaria*. La forma de salvar la inter-

## { NOTAS }

Hutchinson, quien ubica los PMPA como derecho federal (en sentido estricto) dando como fundamento una lectura literal ya que el art. 116, Const. Nac., sólo excluye de la competencia judicial federal las causas que originadas en leyes de la Nación se encuentren incluidas en la reserva hecha en el art. 75, inc. 12, Const. Nac.. No estando los presupuestos mínimos regulados en el inc. 12 del art. 75 sino en el tercer párrafo del art. 41, Const. Nac., corresponde aplicarles la regla del art. 116, Const. Nac.. En consecuencia, para Tomás Hutchinson las leyes de presupuestos mínimos no son derecho común, sino ley federal en sentido estricto (“Responsabilidad pública”, en MOSSET ITURRASPE - HUTCHINSON - DONNA, “Daño ambiental”, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1999, p. 280). Juan Carlos Cassagne —otro autor enrolado en esta tesis— agrega que la frase “sin que aquellas alteren las jurisdicciones locales” no significa más que “sin que la legislación básica avance sobre las facultades de los órganos provinciales para fiscalizar y aplicar la legislación ambiental que dictan las provincias” (“Sobre la protección ambiental”, LA LEY 04/12/1995); 2. *Tesis de PMPA como derecho común*. Del otro lado tenemos la tesis de Germán Bidart Campos, para quien los PMPA son equiparables al derecho común y no al derecho federal, por aplicación análoga del mecanismo del art. 75.12,

Const. Nac., al que el art. 41, Const. Nac., hace referencia expresa en su tercer párrafo cuando dispone la reserva de las jurisdicciones locales (“Tratado elemental de derecho constitucional argentino”, Ediar, Buenos Aires, 2001, t. I-B, ps. 243/4). En esta misma línea, Horacio Rosatti expresa que la “coordinación” Nación-provincias buscada por el constituyente se compagina mejor con la consideración de ley común a la fijación congressional de los “presupuestos mínimos de protección”. Ello no supone excluir definitivamente la discusión del tema en la instancia jurisdiccional federal, sino limitarla como última instancia jurisdiccional posible, vía control de constitucionalidad (“Derecho ambiental constitucional”, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2004, ps. 119/120). Otros autores que se expresan en esta línea son Miguel EKMEKDJIAN (“Tratado de Derecho Constitucional”, Ed. Depalma, 1993, t. III, p. 650), y Néstor CAFFERATTA (CAFFERATTA, Néstor, LORENZETTI, Pablo, RINALDI, Gustavo, ZONIS, Federico, en Néstor, CAFFERATTA [Director], *Tratado jurisprudencial y doctrinario de derecho ambiental*, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2012, t. I p. 78); otro autor que sigue esta tesis es Aníbal FALBO (“Derecho ambiental”, Ed. Platense, La Plata, 2009, ps. 97/99), pero, dada la trascendencia de este aporte, lo dejaremos para otros apartados en que nos referiremos al mismo.

(12) ESAIN, José A., “Competencias”, ob. cit., ps. 306/7.

(13) Se puede verificar nuestro primer análisis del tema en ESAIN, José A., “Competencias” cit., ps. 738/9.

(14) En el consid. 7º la Corte dice “Que ello trae aparejado que sean las autoridades administrativas y judiciales del Estado de la Provincia de Buenos Aires las encargadas de valorar si la obra proyectada afecta aspectos tan propios del derecho provincial, como lo es todo lo concerniente a la protección del medio ambiente. En efecto, corresponde reconocer en las autoridades locales la facultad de aplicar los criterios de protección ambiental que consideren conducentes para el bienestar de la comunidad para la que gobiernan, como asimismo valorar y juzgar si los actos que llevan a cabo sus autoridades, en ejercicio de poderes propios, afectan el bienestar perseguido. Tal conclusión cabe extraerla de la propia Constitución, la que, si bien establece que le cabe a la Nación ‘dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección’, reconoce expresamente las jurisdicciones locales en la materia, las que no pueden ser alteradas (art. 41, tercer párrafo, CN)” (CSR 13. XXVIII. Originario “Roca, Magdalena c. Buenos Aires, Provincia de s/ inconstitucionalidad”, 16/05/1995).

(15) Al respecto se puede ver CFed. Mar del Plata en

autos “Fundación Fauna Argentina c. Ministerio de la Producción de la Provincia de Buenos Aires s/ amparo”, resolución del 29/10/1998; CFed. Bahía Blanca, Sala 1ª, Secretaría N° 1, expediente 61937 de la secretaria N° 1 caratulado “Werneke, Adolfo G. y otros c. Ministerio de Asuntos Agrarios y Producción de la Provincia de Buenos Aires s/ amparo - med. cautelar”, sentencia del 13/09/2004, y un desarrollo de los mismos en ESAIN, José A., “Competencias...”, ob. cit., ps. 778/780.

(16) Para un desarrollo respecto a la interpretación de esta norma se puede consultar ESAIN, José A., “La competencia judicial ambiental en el art. 7º de la Ley General del Ambiente”, publicado en CAFFERATTA Néstor (Director) *Revista de Derecho Ambiental* nro. 31, Ed. Abeledo Perrot, julio-noviembre, 2012, número especial a los diez años de la ley 25.675.

(17) S. 1144. XLIV. Originario “Salas, Dino y otros c. Salta, Provincia de y Estado Nacional s/ amparo”, 13 de diciembre de 2011.

(18) CS 1314/2012 (48-M)/CS1 Recurso de hecho “Martínez, Sergio R. c. Agua Rica LLC Suco Argentina y su propietaria Yamana Gold Inc. y otros si acción de amparo”, sentencia del 02/03/2016.

(19) Dice al respecto el consid. 5º que “asimismo, corresponde habilitar el remedio federal, pues se verifica

pretación uniforme de ese núcleo nacional es reconocer que allí se alojan intereses federales relevantes respecto de los cuales las provincias no pueden poseer la última palabra. Por este motivo, a los efectos de la interpretación, los PMPA —en esa porción— son derecho federal en sentido estricto y, por lo tanto, susceptible —en ese material— de recurso extraordinario federal. Permitir esta revisión sobre el modo de cotejar la relación entre PMPA y derecho provincial es considerar una suerte de proceso de control de constitucionalidad federal dentro del proceso ambiental, con el objeto de analizar esa relación de complementación. Nace así el control de complementariedad que veremos a continuación, pero con el objeto de dar efectividad a la necesidad de que los complementos locales siempre sean de mayor nivel de protección.

Este cambio tiene una explicación estructural, la que detenta nombre y apellido: *Estado ambiental de derecho*. Hemos dicho que la Corte ha inaugurado un período en que considera estamos ante esta tipología (21). Hemos aprovechado esta mención para comenzar a contar las cuentas de un collar al que el Alto Tribunal ha hecho referencia en una sola oportunidad pero que no podemos soslayar, porque permite vislumbrar una lógica estructurante de varias de sus resoluciones (22).

En conclusión, desde “Mamani” los PMPA contienen derecho federal detrás, porque tienen un lazo que los une en su materia con la Constitución nacional, porque son la expresión directa del derecho al ambiente reglado por el art. 41, Const. Nac., lo que lo hace un híbrido, porque serán como el derecho de fondo en cuanto a la competencia judicial (de intervención de los jueces provinciales), pero derecho federal a efectos de la interpretación (porque la palabra final, mediante recurso extraordinario federal la tiene la Corte federal, conf. arts. 14 y 15 —a contrario sensu—, ley 48).

### III. El control de complementariedad

Ingresamos aquí en una interpretación de “Mamani” que podíamos inscribir en la posición “posmoderna” en terminología de Slavoj Žižek, porque encontraremos elementos, aparentemente ordinarios, refinamientos de enorme trascendencia. En el mundo jurídico actual estamos acostumbrados a voces como “control de constitucionalidad” (23), “control de convencionalidad” (24). La Corte en autos “Mamani” ha consolidado un mecanismo nuevo: el *control de complementariedad*. Lo había inaugurado de modo incipiente el 17 de abril de 2007 en autos “Villivar, Silvana N. c. Provincia del Chubut y otros”, pero en la sentencia en comentario se ha terminado de arraigar.

Se parece a los dos controles que enumeramos, pero con matices que los trascienden. Estamos ante una herramienta que se aplica sólo en materia ambiental.

Para comprender el valor de este artificio debemos recordar el propio del control de constitucionalidad cuando se ejercita mediante el recurso extraordinario federal. En este aspecto, recordamos que por su mediación se garantiza la supremacía dispuesta en el art. 31, Const. Nac., del derecho federal sobre el derecho provincial. Es verdad que sobre el producto derivado de esta competencia existe control de constitucionalidad doble. Primero en el ámbito local, por las autoridades de cada provincia que pueden instaurar mecanismos mediante los cuales el Poder Judicial provincial controle el producto de la actividad de los poderes constituidos locales con relación a las reglas de la Constitución local. En varias provincias se establecen fórmulas de control de constitucionalidad local particulares que en el orden federal no están previstas en otras; acciones de inconstitucionalidad diferentes de las federales. De todos modos, el doble orden normativo impone que también exista un control de constitucionalidad respecto a la

producción local, con relación a las reglas de la Constitución nacional y la supremacía del derecho federal. El mismo es llevado adelante por cada juez —provincial o federal— en cada caso concreto, pero, vale la pena recordar, nuestra federación —mediante recurso extraordinario (art. 14 ley 48)— resguarda en estos casos que sea el Máximo Tribunal de la Nación el último interprete de la trilogía federal, sobre todo en casos en que se haya puesto en crisis ese derecho federal frente al ordenamiento local.

En materia ambiental la supremacía del derecho federal sobre el derecho provincial (derivada del art. 31, Const. Nac.) se compone de una nueva relación: la *complementariedad*. Ambos órdenes jurídicos parciales legislan sobre la misma materia —protección ambiental— de modo que las provincias pueden disponer sus políticas propias en resguardo de sus particularidades espaciales siempre que sus normas dispongan un nivel de protección mayor que aquel que expresen las normas nacionales de PMPA. Es lo que se ha dado en llamar *complementariedad, optimización, maximización* (25). Pues bien, este mandato concluye con una estructura de legalidad ambiental que se compone de leyes (y demás normas) nacionales, por un lado, y leyes (y demás normas) provinciales, por el otro. En cada caso concreto el operador jurídico verificará la existencia de normas nacionales o provinciales aplicables; y deberá ejercitar el *control de complementariedad* verificando, si la norma local prevé un nivel de protección más alto o más bajo que la norma nacional. En el primer caso aplica la norma provincial, previa declaración de complementariedad (dispondrá que es complementaria); en el segundo, la desaplicará pudiendo declararla nula [así lo ha hecho la SCBA en autos “Rodoni”] (26) o la Corte federal, en autos “Martínez” de modo indirecto (27) o en “Mamani”, de modo directo (28).

Aníbal Falbo (29) ya trabajó esta intrincada relación (la llama “mecánica para la aplica-

ción local de los PMPA y las normas complementarias”) clasificando las posibilidades en tres: a) inexistencia de complemento provincial; b) inexistencia de PMPA; c) concurrencia del ejercicio legislativo nacional (PMPA) y provincial (complemento). En el primer supuesto, existe PMPA; y ante la inexistencia de complemento, se aplica directamente la norma nacional. En el segundo supuesto, la norma local se puede dictar libremente porque el vacío de PMPA deja mayor margen de normación a la provincia, aunque la norma debe prever que si en el futuro se dicta la ley nacional, deberá adaptarse a ese piso. En el tercer caso, se pueden dar dos situaciones: por un lado, normas provinciales que hayan optimizado las nacionales de PMPA o bien que lo hayan hecho por debajo del piso de los PMPA. Si la norma local, para dar algunos ejemplos, se dicta reduciendo la protección, limitando las formas o mecanismos de tutela, limitando o ignorando los requisitos o existencias impuestas por PMPA o desconociendo u oponiéndose a los principios de esas normas, entre muchos supuestos semejantes de no-adequación, el resultado será que la norma local será ineficaz y carente de vigencia y, a la vez, ese espacio normativo lo cubrirá el PMPA nacional, que será de aplicación directa y excluyente, sin necesidad de declarar la inconstitucionalidad de la norma local (30). Falbo y varios autores (Cafferatta, Bidart Campos) no consideran el *control de complementariedad*, porque mientras los PMPA fueran asimilables al derecho de fondo, si no poseían intereses federales que habilitaran revisión federal extraordinaria, si la interpretación de la complementariedad fenecía en el ámbito local (como sucede con los Código de fondo) (31), no se podía consolidar el concepto de *control de complementariedad* como modo de tornarlo eficaz. Desde “Mamani” esto ha cambiado; y por este motivo consideramos clave esta resolución. Ella ha tornado la *relación de complementariedad*, que hasta la fecha era cuasi-teórica, en un elemento de control efectivo. Antes sólo era analizada en el marco de la arbitrariedad de sentencia, instancia

### { NOTAS }

una excepción a la regla dispuesta por esta Corte según la cual los pronunciamientos por los que los superiores tribunales provinciales deciden acerca de los recursos de orden local no son, en principio, susceptibles de revisión por medio de la apelación federal, por revestir carácter netamente procesal. En tal sentido, procede la excepción cuando lo resuelto por los órganos de justicia locales no constituye una derivación razonada del derecho vigente con arreglo a las circunstancias de la causa (Fallos: 330:4930 y 333:1273), o se realiza un examen de los requisitos que debe reunir la apelación con inusitado rigor formal que lesiona garantías constitucionales (Fallos: 322:702; 329:5556; 330:2836) (CS 1314/2012 [48-M]/CS1 Recurso de hecho “Martínez, Sergio R. c. Agua Rica LLC Suco Argentina y su propietaria Yamana Gold Inc. y otros si acción de amparo”, sentencia del 02/03/2016).

(20) ESAIN, José A., “La Corte y el conflicto por la minería en Catamarca. Principio de congruencia e imperatividad de los presupuestos mínimos de protección ambiental”, LA LEY, 6/04/2016, p. 6.

(21) Lo hemos dicho guiados por la propia letra de la resolución en la causa “Asociación de Abogados Ambientalistas de la Patagonia”, donde se dice: “Estamos en nuestro caso ante las puertas de lo que es un *Estado ambiental de derecho*. La Constitución Nacional tutela al ambiente de modo claro y contundente y esta Corte Suprema ha desarrollado esa cláusula de un modo que permite admitir la existencia de un *componente ambiental del estado de derecho*” (el destacado nos pertenece) (CS 5258/2014 Originario “Asociación Argentina de Abogados Ambientalistas de la Patagonia c. Santa Cruz, Provincia de y otro s/ amparo ambiental” resolución del 26/04/2016). Hemos sostenido la tesis en la nota a este fallo ESAIN, José A., “El Estado de Derecho ambiental y la necesidad de consolidar una hermenéutica”, Diario La Ley del 11/04/2017, ps. 4/9.

(22) ESAIN, José A., “El estado ambiental de derecho”, en CAFFERATTA, Néstor (Director) *Revista de derecho ambiental de Abeledo Perrot*, Nro. 50 (abril junio 2017), ps. 23/49; ESAIN, José A., “El Estado ambiental de derecho”, en revista *Juris Plenum Direito Adminis-*

*trativo*, Plenum, Año IV, nro. 13 (jan./mar. 2017), Caxias do Sul, RS: Editora Plenum, 2017 o el más reciente aún ESAIN, José A., “La Corte Suprema, el principio de desarrollo sostenible y el estado ambiental de derecho” en *Justicia y transparencia, justicia y división de poderes, justicia y federalismo, justicia y desarrollo humano*, Rosatti Horacio (et. al), Asociación Argentina de derecho constitucional, Resistencia, 2017, ps. 457/484. Asimismo, la Conferencia “Estado ambiental de derecho” a cargo de Esain José A. el 6 de octubre de 2016, en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba (organizada por el Instituto de Derecho Ambiental y de los Recursos Naturales; y la Universidad Nacional de Córdoba, Facultad de Derecho, Secretaría de Extensión).

(23) Recordemos que desde la sentencia del 24/02/1803 de la Corte de los Estados Unidos en autos “Marbury c. Madison”, dictada por el *Chief of Justice* John Marshall, se habilita la posibilidad de que los jueces examinen la constitucionalidad de las leyes. Para conocer un copioso desarrollo del fallo se puede consultar —entre otros— el trabajo específico de ETO CRUZ, Gerardo, “El fallo ‘Marbury c. Madison’ y el derecho procesal constitucional”, en MANILI, Pablo L. (Director), *Tratado de derecho procesal constitucional*, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2010, ps. 189/215.

(24) Como sostienen Néstor y Sofía Sagüés, la partida de nacimiento literal del “control de convencionalidad” como criterio mayoritario de la Corte IDH puede encontrarse en la sentencia dictada el 26 de septiembre de 2006 en la causa “Almonacid Arellano y otros c. Gobierno de Chile” (“Los tratados internacionales de derechos humanos en su proyección sobre el derecho federal argentino”, en PALACIO de CAEIRO, Silvia [Directora], *Tratado de derecho federal y leyes especiales*, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2013, ps. 25/57), donde se deja claro que “el Poder Judicial debe ejercer una especie de control de convencionalidad entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la

Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana” (Corte IDH Caso “Almonacid Arellano y otros c. Chile”, Excepcionales Preliminares, Fondo Reparaciones y Costas, Sentencia del 26 de septiembre de 2006 serie C nro. 154 párr. 123).

(25) Sobre esta relación se puede consultar ESAIN, José A., “Competencias...”, ob. cit., cap. 2 “Competencia para legislar”, especialmente en ps. 211/391; ESAIN, José A., “El federalismo ambiental. Reparto de competencias legislativas en materia ambiental en la Constitución Nacional y la ley General del Ambiente 25.675”, en *rev. Lexis Nexis*, nro. del 07/01/2004, ps. 3/30; QUIROGA LAVIÉ, Humberto, “La Protección del ambiente en la reforma de la Constitución Nacional”, LA LEY, 18/03/1996, p. 2 y “El estado ecológico de derecho en la constitución Nacional”, LA LEY, 16/04/1996, p. 3; BIDART CAMPOS, Germán, “Tratado Elemental de Derecho Constitucional”, Ediar, Buenos Aires, 2001, t. I-B, ps. 238 y ss.; DÍAZ ARAUJO, Mercedes, “El art. 41 de la Constitución Nacional la Jurisdicción local y Federal en materia Ambiental”, LA LEY, 31/12/2001, p. 4; ROSATTI, Horacio, “Derecho ambiental constitucional”, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1ª ed., 2004.

(26) Dice el resolutorio de “Rodoni”: “declarando la nulidad de los actos administrativos vinculados al llamado a licitación pública N° 400 para la ejecución de la obra “Construcción de Puente Vehicular sobre Arroyo Napostá en calle Fuerte Argentino” (Boletín Oficial de la Provincia de fecha 07/05/2005) y ordenando a la Municipalidad de Bahía Blanca que, con carácter previo a la adopción de cualquier medida vinculada a la ejecución, lleve a cabo una evaluación de impacto ambiental que garantice la efectiva participación ciudadana y culmine con la, en el caso, necesaria Declaración de Impacto Ambiental” (SCBA causa A. 68.965, “Rodoni, Juan Pablo y otros c. Municipalidad de Bahía Blanca. Amparo. Recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley”, 03/03/2010).

(27) En “Martínez” (caso que hemos citado) en el amparo en sede local se había solicitado —resena la Corte en el consid. 1º— solicitó la declaración de nulidad de la

resolución 35/2009 de la Secretaría de Estado de Minería de la Provincia de Catamarca, mediante la cual se emitió la Declaración de Impacto Ambiental en forma condicionada. Y en consecuencia, en el consid. 9º previo al resolutorio la Corte dispone “Que, en tales condiciones, la decisión de la Corte local de no considerar los fundamentos de la actora tendientes a demostrar que la resolución 35/2009 —en cuanto aprobó el Informe de Impacto Ambiental en forma condicionada— era manifiestamente ilegal y arbitraria, y que, en consecuencia, el amparo resultaba ser la vía idónea para cuestionar este aspecto de la pretensión y evitar así un daño inminente al medio ambiente, no constituye un acto jurisdiccional válido con arreglo a la doctrina de esta Corte en materia de arbitrariedad de sentencias, por lo que corresponde su descalificación”. Pero como suele suceder, la Corte no va más allá de ese paso y solicita al tribunal local que adapte su resolución al modo en que ella indica.

(28) En la sentencia en comentario “se declara la nulidad de las resoluciones DPPAyRN 271/2007 y DPPAyRN 239/2009 de la Dirección Provincial de Políticas Ambientales y Recursos Naturales de la Provincia de Jujuy (art. 16, segunda parte, de la ley 48)”; una novedad, pues la Corte federal dispone la nulidad de actos de autoridades provinciales de modo directo, sin indicar al tribunal local que adapte su decisión sobre el punto.

(29) La tesis se consolida en el monolítico trabajo FALBO, Aníbal, “Derecho ambiental”, cit. ps. 96/99 [aunque el trabajo tiene antecedente en FALBO, Aníbal, “Mecánica de aplicación de los presupuestos mínimos Nacionales en los procedimientos administrativos (ambientales) locales”, *RAP-Provincia de Buenos Aires*, Diciembre 2003, año I, nro. 9, trabajo al que vale la pena rendirle homenaje en estos momentos porque da base a la tesis que propugnamos].

(30) FALBO, Aníbal, “Derecho ambiental”, cit., p. 98.

(31) Falbo dice que la consecuencia de la no adecuación del complemento será que la norma local será ineficaz, como carente de vigencia y, a la vez, ese espacio normativo lo cubrirá el PMPA nacional, que será de aplicación directa y excluyente, sin necesidad de declarar la

mucho más discrecional<sup>(32)</sup>. Hoy se admiten intereses federales, sujetos a revisión en última instancia por la Corte federal, por lo que queda inaugurado un *procedimiento de control de la relación federal de concurrencia complementaria* dispuesta por los arts. 41 (tercer párrafo) y 31, Const. Nac..

Sobre esta relación de *complementariedad* hemos tenido muchas resoluciones de tribunales locales. En la Provincia de Buenos Aires varias sentencias han aplicado normas de PMPA<sup>(33)</sup>. Pero para que el *control de complementariedad* quede instaurado se necesitaba asegurar el acceso al más alto nivel federal, porque de este modo queda fortalecida la posibilidad de que la Corte en última instancia sea el tribunal que controlará la relación entre las normas nacionales mínimas y las provinciales complementarias.

Hay antecedentes en los cuales la Corte había realizado el *escrutinio de complemento*. Dos resolutorios muy conocidos podemos citar: “Villivar”<sup>(34)</sup>, “Martínez”<sup>(35)</sup>. En “Villivar” se analiza en la autorización de un emprendimiento minero en la Provincia del Chubut, si el requisito de la audiencia pública contenido en la norma local era válido. La justicia local había resuelto en favor de la validez de las normas provinciales. La Corte sólo confirmó la resolución local, rechazando el recurso extraordinario federal de queja. Como vemos, no se llega al ejercicio pleno del control del órgano federal sobre el derecho provincial no complementario (control de complemento estimativo). En “Martínez” el caso nuevamente es la licencia ambiental de un emprendimiento minero, ahora en la Provincia de Catamarca, el que fuera autorizado por una norma local, pero que la Corte verifica como no complementaria (recordemos es una DIA condicionada, categoría que se considera desnaturaliza los mínimos nacionales de la LGA y el Código de Minería). Así, por primera vez el 02/02/2016 la Corte ejercita un *control de complementariedad estimativo*, donde decide que la norma local no es complementaria, ordenándose al máximo tribunal catamarqueño que amolde su resolución al control ejercitado. En ambas resoluciones, la vía a través de la que se ingresa al *control de complementariedad* por la Corte federal es la arbitrariedad de sentencia. Esta es la gran diferencia con “Mamani”, donde se considera que entre *el material sometido a control de complementariedad* existe *derecho federal relevante*, lo que obliga a tener como última instancia de ese expediente a la Corte Federal. “Mamani” al asegurarse la avenida del recurso extraordinario como control federal de la relación de complementariedad ha consolidado un aspecto hasta ahora inédito para nuestro derecho: *el control de complementariedad*.

El *control de complementariedad* impone al juez (provincial o federal) que en cada causa<sup>(36)</sup> ambiental [propia o impropia<sup>(37)</sup>] que

le toque resolver considere la relación entre la norma nacional de PMPA y la norma provincial, y desaplique la última en caso de que verifique que no resulta “complementaria” del primero.

Otro tema que impone Mamani y el *control de complementariedad* es la consolidación de la *fuerza normativa de los presupuestos mínimos de protección ambiental*. El advenimiento del *control de complementariedad* en la sentencia en comentario, desde que implica considerar intereses federales detrás de las normas básicas nacionales habilita el desembarco de la *tesis de la fuerza normativa*<sup>(38)</sup> aplicable a los PMPA. Hasta el momento la relación de complementariedad servía como invitación a las autonomías locales para dictar normas de mayor protección que las nacionales (a esto lo hemos llamado *el aspecto positivo de la relación de complementariedad*)<sup>(39)</sup>. En “Martínez” y “Mamani” hemos verificado que se anula una norma local por perforar el mínimo nacional<sup>(40)</sup>. Se debe pensar una característica nueva en los PMPA: su fuerza normativa, que sirve para fulminar normas provinciales no complementarias.

Konrad Hesse entiende que la fuerza normativa de la Constitución se vincula con el vigor jurídico y sociológico de la Constitución y su aptitud para disciplinar la vida política y el comportamiento global de una sociedad<sup>(41)</sup>.

Si examinamos la fuerza normativa de los PMPA, ella se relaciona con la capacidad que tienen estas normas para disciplinar las complementarias, de modo que si ellas no se han adaptado al piso normativo nacional, pueden ser anuladas mediante el procedimiento que inaugura “Mamani”. Entenderemos que el *control de complementariedad* es un sistema que torna eficaz la relación legislativa del federalismo ambiental, mostrándose como *un mecanismo externo que impone y asegura la exigibilidad de los PMPA en la relación federal*.

La fuerza normativa de los PMPA se puede fundar en estos aspectos: a) *principio de supremacía federal y complementariedad* (arts. 31 y 41, Const. Nac.); b) *principio de congruencia*<sup>(42)</sup>, que exige la adecuación del derecho local, por ser inferior en la relación de supremacía federal, lo que no implica que sea idéntico pero sí que sea —cuando legisla sobre la misma cuestión que el PMPA— *complementario*, bajo aperebimiento de prevalencia de los PMPA.

Las normas provinciales no complementarias, opuestas a los PMPA pero aún no declaradas “no complementarias”, no son inválidas. Es la propia Constitución y la LGA las que han programado la estructura. Mientras la norma no sea declarada no complementaria por este mecanismo creado por la Corte, esas normas no serán nulas *ab initio*. Son “anulables”. La fuerza normativa de los

PMPA nos dicen que lo son, pero el sistema tiene previsto este inconveniente también. No se debilita la complementariedad por la presencia de estas normas potencialmente anulables, pero lo que queda claro es que desde “Mamani” el sistema prevé un instrumental para sanearlo. Pero hasta este momento, también el propio sistema lo tenía previsto.

#### IV. Los aspectos que la Corte considera básicos y compuestos de intereses federales

La pregunta en este punto es, ¿qué contenidos son éstos que la Corte considera intereses federales ambientales? La respuesta presenta una serie de aspectos que para el Alto Tribunal son de tanta trascendencia que si fueran alterados por normativa local, se habilita la vía extraordinaria para revisarlos. Esto se encuadra en el consid. 6º de “Mamani”, donde se explica que no procederá como en general revocando la sentencia apelada y devolviendo los autos para que se dicte un nuevo pronunciamiento, sino que son tan graves las violaciones a los pisos mínimos federales, que se hará uso de la facultad que le confiere el art. 16, segunda parte, de la ley 48, para declarar la nulidad de las resoluciones locales cuestionadas (ver consid. 6º). La sentencia describe las irregularidades del procedimiento de evaluación de impacto ambiental del pedido de desmonte como de tanta gravedad, que justifican la nulidad de las autorizaciones (consider. 7º). En esto “Mamani” solidifica los contenidos de la disciplina, porque describe los contenidos axiales que detentan en el derecho argentino dos instituciones:

— la evaluación de impacto ambiental y

— el debido proceso legal ambiental (que se compone de participación ciudadana —audiencia pública— y acceso a la información).

Para ello, la Corte considera los aspectos de la LGA que describen estos contenidos como básicos, indisponibles y regados por intereses federales, los que sólo pueden ser mejorados pero no desconocidos en sede local. Esta consideración implica que en cualquier rincón del país donde se ejecute una autorización o licencia ambiental por EIA, debe hacerse conforme los arts. 11/13, 16, 19/21 LGA. Si ello no es así, el largo brazo de la Corte y su mecanismo de saneamiento federal lo alcanzará para anularlo, para hacer efectivo mediante recurso extraordinario federal la complementariedad ambiental.

Dotar a los PMPA de fuerza normativa (hasta ahora eran sólo “operativos”)<sup>(43)</sup> implica que: a) son normas directamente aplicables por los operadores ambientales (jueces también) en los conflictos y en su gestión; b) son normas que fulminan normas locales que dispongan niveles de protección menor, al autorizar a la Corte como última instancia

de revisión a hacer efectiva esta fuerza, saneando la relación federal complementaria.

#### V. Conclusiones

Spota explicaba que los tres incisos del art. 14 ley 48 —traducidos de las normas análogas de la *Judiciary Act*— muestran que esa institución fue pensada, creada y desarrollada para mantener —como está enunciado— la unión nacional de los Estados que se acababan de constituir como Federación, frente al fracaso de la Confederación. Para ello instituyeron el instrumento de contralor de la vigencia de la distribución de competencias otorgadas al Estado federal, dando esa función esencial para la dinámica operativa del sistema político total, a la cabeza del Poder Judicial. Jamás la instancia extraordinaria fue pensada para hacer justicia. Menos como tercera instancia de tribunal de derecho. El recurso extraordinario es un instrumento con finalidades políticas que aparece vestido jurídicamente<sup>(44)</sup>.

Y en la relación complementaria dispuesta por los constituyentes, los pisos mínimos nacionales, como lo ha dicho el legislador en el art. 6º LGA, tienen una vocación de uniformizar todo el territorio nacional. Estos aspectos no pueden interpretarse por cada provincia, porque ellas ya han tenido la posibilidad de disponer sus particularidades a través de la normativa de complemento. Ésta es una diferencia importante con el derecho común, en el que las provincias tienen la última palabra en su interpretación (art. 15 ley 48), pues así se les garantiza la posibilidad de expresar las particularidades locales. En el caso de los PMPA no existe esta necesidad desde que las normas complementarias permiten ingresar las políticas locales. Pero sí es necesario vigilar que las reglas locales no sean desnaturalizantes, no prevean niveles de protección normativa menor que el piso nacional, porque ello violenta, parcializa la unidad nacional. Esta teoría de la complementariedad permitiría calificar una norma local como no complementaria, pero con eso el sistema no se había saneado. Restaba dotar de fuerza normativa a las normas nacionales, calificarlas en ese mínimo uniforme como de interés federal y, de ese modo, prever la revisión final ante la Corte por recurso extraordinario.

En esta particular lógica se inscribe —en clave de federalismo ambiental— “Mamani”, porque los efectos de la sentencia se esparcen por fuera y dentro del ámbito judicial:

1. *Para el ámbito judicial*: los efectos se expresan, porque se reconduce la relación entre PMPA y complemento. En la teoría del control de “complementariedad” las Provincias —como ya se dijo en “Villivar”<sup>(45)</sup> y “Martínez”— no pueden desconocer el piso, bajo aperebimiento de que esas normas al no ser complementarias y congruentes sean

#### { NOTAS }

inconstitucionalidad de la norma local (FALBO, Anfbal, “Derecho ambiental” cit., p. 98).

(32) Para conocer los pormenores del recurso extraordinario federal por arbitrariedad, ver SPOTA, Alberto A., “Recurso extraordinario...”, cit., donde se explica la evolución de la jurisprudencia de la Corte desde “Rey c. Rocha” de 1909 (Fallos: 112:384) en adelante.

(33) SCBA causa C. 94.669, “Álvarez, Avelino y otra c. El Trincante SA y otros s/ daños y perjuicios” sentencia del 25 de septiembre de 2013; “Granda, Anfbal y otros c. Edelap SA. Amparo” sentencia del 2 de Noviembre de 2005; “Dougherty, Cristian y otros c. Municipalidad de La Plata”, sentencia del 31/03/2004; causa A. 68.965, “Rodoni, Juan Pablo y otros c. Municipalidad de Bahía Blanca. Amparo/ recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley” 03/03/2010.

(34) CS, sentencia del 17/04/2007 en autos “Villivar, Silvana N. c. Provincia del Chubut y otros s/ amparo”.

(35) CS 1314/2012 (48-M)/CS1 Recurso de hecho, “Martínez, Sergio R. c. Agua Rica LLC Suco Argentina y su propietaria Yamana Gold Inc. y otros s/ acción de

amparo” sentencia del 02/03/2016.

(36) En esto el ejercicio del control judicial de complementariedad se parece al control de constitucionalidad, pues exige para su ejercicio de una causa en los términos del art. 116, Const. Nac., y la jurisprudencia que ha desarrollado la Corte al respecto (ver al respecto PALACIO de CAEIRO, Silvia, “La competencia federal, la causa judicial o el caso contencioso o controvertido”, en PALACIO de CAEIRO, Silvia [Directora], “Competencia federal”, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2012, ps. 81/158.

(37) Ver FALBO, Anfbal, “Derecho ambiental”, cit., ps. 171/181.

(38) De los enorme aportes sobre este tema reflejamos tres: HESSE, Konrad - HÄBERLE, Peter; FERRER, Mac-GREGOR, Eduardo (presentación); “Estudios sobre la jurisdicción constitucional: con especial referencia al Tribunal Constitucional Alemán”, Ed. Porrúa, Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, México, 2005, BRAGE CAMAZANO, Joaquín, traducción y estudio introductorio; SAGÜÉS, Néstor P., “La interpretación judicial de la constitución”, Ed. Lexis Nexis, Buenos Ai-

res, 2006, en especial el cap. II (“La ‘fuerza normativa’ de la constitución y la actividad jurisdiccional”); BIDART CAMPOS, Germán, “El derecho de la Constitución y su fuerza normativa”, Ediar, Buenos Aires, 1995.

(39) Al respecto tenemos dos trabajos en que hemos analizado ambas relaciones: ESAIN, José A. “Competencias ambientales y federalismo. La complementariedad maximizante ha llegado a la justicia”, en CAFFERRATTA, Néstor (Director) *Revista de Derecho Ambiental, Lexis Nexis*, nro. 6, abril/junio de 2006, Buenos Aires, ps. 191/207.

(40) A esto lo denominamos “El principio de congruencia y la imperatividad disciplinante de los presupuestos mínimos de protección en el federalismo ambiental argentino” (ESAIN, José A., “La Corte y el conflicto por la minería en Catamarca...” cit.).

(41) HESSE, Konrad - HÄBERLE, Peter, cit.

(42) Que en el art. 4º LGA es descripto así: “la legislación provincial y municipal referida a lo ambiental deberá ser adecuada a los principios y normas fijadas en la presente ley; en caso de que así no fuere, éste prevalece-

rará sobre toda otra norma que se le oponga”.

(43) Conforme el dec. 2413/2002 de promulgación ha sido observada la palabra “operativos” del art. 3º LGA, aunque nunca ha sido considerada de este modo la LGA, que en todo el país, y sobre todo por la Corte, ha sido utilizada en materia ambiental constantemente.

(44) SPOTA, Alberto A., “Recurso extraordinario”, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2001, ps. 21/22.

(45) CS, sentencia del 17/04/2007 en autos “Villivar, Silvana N. c. Provincia del Chubut y otros s/ amparo” con notas de José A. ESAIN, “La Corte define el conflicto minero en Esquel: ‘no todo lo que brilla es oro’”; y ZEBALLOS de SISTO, María Cristina, “Nuevos pasos hacia la construcción del derecho ambiental minero”, publicado todo en la RDAMB. nro. 11, Néstor, CAFFERRATTA (Director), octubre/diciembre de 2007, Ed. Lexis Nexis, ps. 179/250, y en *Revista de Derecho Administrativo* 62, Ed. Lexis Nexis, Buenos Aires, 2007, con nota de Maximiliano TORRICELLI, “Distintos caminos que conducen hacia la misma meta (comentario al fallo ‘Villivar’)”, ps. 1132/1142.

nulas. Pero no sólo el plano de la teoría, porque “Mamani” avanza en dar efectividad a esos contenidos teóricos, porque dispone que el material, aunque sea provincial, si no es complementario ni congruente, puede ser revisado por la Corte en vía extraordinaria. Esto amplía el espectro de control que tiene el Alto Tribunal sobre el derecho local en defensa de los PMPA. Incluso la Corte desempolvó el segundo párrafo del art. 16, ley 48 y no sólo revoca la sentencia casada, sino que anula las resoluciones de la autoridad provin-

cial motivo de amparo. El recurso extraordinario federal se transforma en un arma de control y defensa desde el orden federal hacia las provincias de las normas que violen el piso mínimo uniforme (PMPA conforme art. 6º, LGA).

2. *En el plano legislativo:* la sentencia “Mamani” invita a incluir en las futuras leyes de PMPA mecanismos que ensanchen las facultades de defensa de los pisos mínimos uniformes, pero en el plano de la gestión. El Congre-

so tiene base competencial para dar este tipo de normas: el art. 75.32 de poderes implícitos y el principio derivado del art. 41 segundo párrafo, que dota a la autoridad legislativa de poderes de coordinación de los dos órdenes llamados a concurrir de modo complementario.

3. *En el Poder Ejecutivo:* para la autoridad ambiental nacional, dos frentes: por un lado, en los proyectos de leyes ambientales que en el futuro componga desde su ámbito debería incluir estos mecanismos de defensa de

los PMPA con relación a los complementos “desnaturalizantes”. Lo mismo respecto a las competencias que actualmente tiene como autoridad de aplicación de las leyes de PMPA vigentes. Esto quizá habilita normas internas —de la propia autoridad— para permitir mecanizar la defensa de los mínimos ante normas locales que intenten fraguarlos. ●

Cita on line: AR/DOC/2581/2017



## JURISPRUDENCIA

### Abuso sexual agravado por el vínculo

**Padre e hijo menor de edad. Arbitrariedad de la absolución del imputado.**

**Hechos:** La defensa del imputado por el delito de abuso sexual agravado por el vínculo, al ser el padre del niño, impugnó el fallo condenatorio mediante el recurso de casación. La Cámara Federal de Casación anuló la sentencia al considerar que el relato del pequeño podría ser inducido. Interpuesto recurso extraordinario y la queja ante su denegación, la Corte Suprema de Justicia de la Nación dejó sin efecto el pronunciamiento.

La nulidad de la condena al imputado por el delito de abuso sexual agravado por el vínculo, al ser el padre del niño, es arbitraria, atento a la verosimilitud del relato del niño y su conducta sexualizada posterior al intentar replicar la vivencia, sustentada en el diagnóstico coincidente de los peritos oficiales (del dictamen del procurador fiscal que la Corte hace suyo).

120.465 — CS, 19/09/2017. - R., M. A. y otros s/ querrela.

[Cita online: AR/JUR/63703/2017]

#### Dictamen del Procurador Fiscal

- I -

De las constancias de la causa, y de la sentencia cuya copia se adjunta al presente, surge que el Tribunal Oral en lo Criminal n° 15, de esta ciudad, condenó a M. A. R. a la pena de tres años de prisión de ejecución en suspenso, por considerarlo autor del delito de abuso sexual de un menor de trece años agravado por el vínculo (artículo 119, primer y último párrafo, en función del cuarto párrafo, inciso “b”, del Código Penal).

Para así decidir, el tribunal de juicio tuvo por acreditado que “el 9 de enero de 2009, en horas de la tarde, M. A. R. le besó el pene —al menos en una oportunidad— a su hijo P. R. S. —de 4 años de edad en ese momento—” (Hecho 1). Los magistrados consideraron debidamente probado que el suceso aconteció en la casa del imputado y en las siguientes circunstancias: “mientras el niño se hallaba tomando Coca-Cola el padre le bajó el pantalón y el calzoncillo y realizó la acción mencionada” (fs. 178 de la sentencia, a la que me referiré en lo que sigue).

Tras analizar la totalidad de la prueba incorporada al debate, el tribunal concluyó que no concurría en el caso ni un solo elemento serio que permitiera dudar de la existencia del suceso que, en lo sustancial, el niño había relatado de manera conteste y mediante referencias acordes a su edad, tanto ante sus allegados como ante los distintos profesionales de la sa-

lud que lo habían entrevistado. Por el contrario, al decir del tribunal, “la hipótesis acusatoria ha[b]ía quedado suficientemente corroborada y, además, [había] logr[ado] desacreditar las hipótesis alternativas o críticas que planteó la defensa” (fs. 205).

Sin perjuicio de ello, en lo relativo al episodio que el requerimiento de juicio ubica entre el mes de octubre del 2008 y el 9 de enero de 2009, y que habría consistido en que, encontrándose P. en casa del imputado éste lo habría acompañado al baño y una vez allí le habría besado el pene, al tiempo que su hermanastro F. —de seis años de edad en ese entonces— le habría introducido un dedo en el ano mientras orinaba (Hecho 2), los magistrados absolvieron a R. en los siguientes términos: “[N]o hay dudas que el suceso aconteció, no sólo por lo que refiere el niño sino porque la misma madre observó a P. con la zona anal irritada, lo que motivó que se comunicara con R. [...]. No obstante ello, no es posible establecer qué hizo el padre en el marco del suceso. Obsérvese que P. dice que el padre no hizo nada y que por eso él lo retó al padre. Advértase que también dice que su padre lo retó a F. Ahora bien, también es correcto observar que en un tramo de su declaración pareció decir que en ese contexto el padre le dio un beso en el pene, aunque a I. [esposo de la madre] le había dicho que lo acontecido el 9 de enero había sido la primera vez que pasaba y que allí le dio dos besos. En suma, el principio *in dubio pro reo* impide considerar tanto que en octubre R. besó al niño, como que en enero le dio más de un beso, quedando sólo confirmado el hecho que se refirió como acreditado en el apartado anterior” (fs. 188).

Contra el pronunciamiento condenatorio, la defensa interpuso recurso de casación que, esencialmente, fundó en la doctrina de la arbitrariedad de sentencias. En particular, la asistencia técnica de R. se agravó por la manera en que los jueces descartaron la hipótesis de que se trató de un relato inducido por la madre del menor, y por la dureza con la que, a su entender, juzgaron la actuación de los peritos de la defensa y ponderaron la prueba de descargo en general.

El recurrente sostuvo también que la decisión impugnada había sido dictada en violación al principio de inocencia toda vez que, en el debate, no se había podido arribar a la certeza requerida para condenar. Por último, postuló la atipicidad del hecho tras considerar que carecía de la connotación sexual que reclama la figura de abuso.

Al conocer en esa impugnación, la Sala III de la Cámara Federal de Casación Penal resolvió, por mayoría, hacer lugar al recurso, anular la sentencia y absolver a R. en orden al delito por el que había sido condenado en la instancia anterior.

Disconformes, tanto la señora Fiscal General como la querrela interpusieron sendos recursos extraordinarios que, denegados, dieron lugar a la formación de este legajo de queja y el que tramita como expediente CCC 1820/2009/TO1/1/RH1, ambos materia de análisis en este dictamen.

- II -

En sus respectivas apelaciones federales, los recurrentes tachan de arbitraria la resolución de la Sala III en el entendimiento de que sus argumentos resultan sólo aparentes. Concretamente, refieren que los jueces que conformaron mayoría no lograron desvirtuar los extremos en virtud de los cuales el tribunal de juicio tuvo por probado el hecho, sino que tan sólo se limitaron a sostener una supuesta contradicción en los fundamentos del fallo condenatorio sobre la base de una interpretación carente de toda lógica y sustento real.

Por otra parte, aducen que el estado de incertidumbre, en virtud del cual la cámara fundó la absolución, se apoya en una mera subjetividad y no en la racional y objetiva valoración unívoca de las constancias del proceso.

- III -

Si bien, por vía de principio, las cuestiones que se suscitan acerca de la apreciación de las pruebas constituyen facultad de los jueces de la causa y no son susceptibles de revisión en la instancia extraordinaria, así se trate de la de presunciones, la Corte puede conocer en los casos cuyas particularidades hacen excepción a ese principio con base en la doctrina de la arbitrariedad (Fallos: 319:2959; 321:1909; 326:1877), toda vez que con ésta se procura asegurar las garantías constitucionales de la defensa en juicio y del debido proceso, que también amparan a este Ministerio Público (doctrina de Fallos: 199:617; 237:158; 299:17; 308:1557), exigiendo que las sentencias sean fundadas y constituyan una derivación razonada del derecho vigente con aplicación de las constancias efectivamente comprobadas en la causa (Fallos: 311:948 y 2547; 313:559; 315:29 y 321:1909).

A mi modo de ver, el *sub examine* es uno de esos supuestos de excepción, pues frente a las pruebas e indicios reseñados por el tribunal de juicio para tener por acreditado el abuso sexual por el cual R. fue condenado, la conclusión adoptada por la cámara sólo fue posible merced a una consideración aislada de tales elementos, que presta al fallo fundamentos sólo aparentes y, por consiguiente, lo descalifican como acto jurisdiccional válido (Fallos: 312:2507; 314:833; 316:937; 320:1551; entre otros).

Pienso que ello es así, pues la lectura de la resolución apelada revela que, por un lado, el *a quo* evaluó que la prueba producida en el proceso no permitía descartar la posibilidad de que el relato del menor fuera inducido y que la conflictividad que evidenciaba —según los informes psicológicos— tuviera origen en otros factores. Por el otro, juzgó como autocontradictorio que, con base en la declaración del niño, se condenara a R. por el hecho identificado como número uno y, a la vez, se lo absolviera por duda en el hecho dos.

Sin embargo —y en esto radica la arbitrariedad que, a mi juicio, vicia la sentencia en examen—, la referencia aislada a ciertos pasajes de los informes y declaraciones de los peritos oficiales, sobre cuya base el *a quo* restó credibilidad al relato de P. y fundó la contradicción

que denuncia, no son lógicamente adecuados para justificar racionalmente sus conclusiones.

En efecto, como habitualmente ocurre en supuestos como el de autos, la principal prueba de cargo es el relato de la víctima. En virtud de las dificultades probatorias características de este tipo de delitos, especialmente cuando se cometen en perjuicio de menores y en un contexto intrafamiliar, determinar si la declaración del niño en cámara Gesell es verosímil o no resulta esencial para el esclarecimiento del caso.

A tal fin, observo que el tribunal de juicio ponderó especialmente los informes y apreciaciones de los peritos del Cuerpo Médico Forense —las psicólogas M. y H. y la médica legista y psiquiatra de niños B.— que de manera conteste afirmaron que “el niño efectuó una narración acorde a su edad y a su compromiso psíquico, [...] que se hallaba afectado fuertemente por factores emocionales, que dichas perturbaciones emergían con fuerza al narrar lo que le había acontecido, y que la figura masculina/paterna aparec[ía] en la psiquis del niño como amenazante y destructiva” (fs. 189).

Asimismo, el tribunal destacó que las mencionadas profesionales atribuyeron “credibilidad integral al testimonio de P.”, percibieron “indicadores propios [aunque inespecíficos] de abuso sexual” y negaron la existencia de “elementos que puedan hacer presumir la influencia de terceros en su relato”, así como de “rasgos de irrealidad, fantasía o sobrecarga imaginaria” (fs. 72/81 y 189/192).

Más allá de la verosimilitud apreciada por los peritos, a través de la invariable repetición del relato del menor en lo que concierne al episodio del 9 de enero, advierto que la convicción del tribunal acerca de que el hecho sexual que relata el niño lo ha vivido y que ha sido su propio padre el autor, se encuentra también respaldada en la “total compatibilidad” entre lo narrado por P. sobre el contexto y lo manifestado por su madre —P. S.— en la instancia de debate acerca de las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que el niño se encontró con su padre el día del suceso (fs. 183), y en la conducta sexualizada que, según el relato materno —coincidente con el de I.—, evidenció su hijo al día siguiente al hecho, consistente en el control de la modificación de su órgano sexual y su intento de reproducir la conducta sufrida en la pareja de su madre, así como su anuncio de que la repetiría sobre sí mismo y sobre otros cuando fuera grande (fs. 184/185).

Asimismo, observo que el tribunal también consideró, aunque en menor medida, el testimonio de la licenciada F., quien atiende desde el año 2009 al niño, en cuanto refiere que P. presenta dificultades en la esfera vinculada a lo sexual y a la figura paterna y que, tras un año de tratamiento, se muestra más espontáneo y flexible (fs. 195/196), y el informe psicológico aportado por E. S., ex pareja de R. y madre de F., no cuestionado en su autenticidad por la defensa, en el que la psicóloga B. señala que ese niño recién en agosto de 2013 comenzó a relatar acciones inapropiadas y de contenido sexual que habría efectuado el imputado también con su hermano P. (fs. 185).

Sin embargo, ninguno de los elementos mencionados fueron debidamente analizados por el *a quo*. En efecto, su pronunciamiento no se compadece con la inexcusable valoración unívoca de la prueba indiciaria a la que V.E. ha hecho alusión en reiterados precedentes (Fallos: 312:2507, 314:833, 316:937, 320:1551, entre otros). Por el contrario, la cámara sólo se refirió a algunos de esos extremos al aludir a declaraciones descontextualizadas de los peritos oficiales y al insistir en hipótesis desincriminantes ensayadas en la audiencia de debate, relativas a la posibilidad de que el relato del menor fuera inducido o que la conflictividad que evidenciaba tuviera origen en otros factores, conjeturas sustentadas exclusivamente en la actuación de los peritos de parte que, cabe aclarar, en el marco de la intermediación que rige el debate oral, el tribunal descalificó —entre otras cosas— por la escasa solidez y precisión con la que explicaron las disidencias que declararon tener con los peritos del Cuerpo Médico Forense, pese a haber suscripto originalmente sus informes (fs. 196/202).

Así, por ejemplo, el *a quo* puso en duda la espontaneidad del relato del menor con base en una expresión aislada contenida en el informe de la licenciada M. en la que refiere: “[E]l modo en que el niño aborda el tema, así, sin que se le pregunte nada, evidencia a qué viene y qué tiene que decir”, sugiriendo con ello la inducción del relato pero sin siquiera considerar lo declarado sobre tal afirmación por la perito H., cuyo testimonio, sin embargo, el tribunal de juicio tuvo en cuenta para desestimar —junto a otras constancias del proceso— esta hipótesis de la defensa.

Obsérvese que a preguntas del tribunal sobre esa manifestación de la licenciada que entrevistó al menor en cámara Gesell, H. explicó que “si bien la expresión inmediata y espontánea del niño de la situación de abuso apenas ingresa a la entrevista puede ser un indicador de inducción, ello no aconteció en este caso”. Sobre ese punto señaló que en el *sub lite* “no e[ra] un relato espontáneo porque no fue desde el vamos que el chiquito que entró en la cámara Gesell pudo dar cuenta de todo esto”, y aclaró que en ese sentido se expresó M. al plasmar en su informe “que el niño hizo referencia al hecho pero no de manera espontánea” (fs. 192).

Cabe subrayar que para descartar la posible inducción alegada por la defensa, el tribunal además ponderó que la propia perito B. había dedicado gran parte de su entrevista con P. a establecer dicha circunstancia y que al ser expresamente interrogada en el debate sobre si detectó un posible adoctrinamiento respondió: “no me pareció”. Sobre ese aspecto, el tribunal también tuvo en cuenta que en su declaración testimonial la profesional indicó que “al preguntarle por su papá M. el niño se escondió y que después ante esta dificultad consideró justificado hacer alguna pregunta más indicativa, aunque lo más abiertamente posible. Así, lo interrogó sobre ‘si algo no le gustó, o algo le molestó, o si la mamá le dijo algo, [pues] esa era una manera de intentar ver si el niño decía ‘bueno, mamá me dijo que te contara eso o tal cosa’, pero él sin embargo dice ‘no, me besó el pitulín (sic)’” (fs. 192).

Como dije, ninguna de estas circunstancias, en cuya valoración conjunta con el resto de los elementos probatorios se apoyó el tribunal de juicio para desestimar la tesis del adoctrinamiento fueron consideradas por el *a quo*. Antes bien, advierto que, pese a que el tribunal sostuvo que aun aceptando que P. S. tuviera “características de personalidad con rasgos de manipulación, sobreactuación, impulsividad e histrionismo”, como alegaba la defensa, la situación no cambiaba de ninguna forma en virtud de la contundencia del relato del menor y de los informes de los peritos oficiales (fs. 202), el *a quo* planteó dudas sobre una posible inducción incluso cuando el propio imputado la descartó en su declaración. En efecto, tal como señalan los magistrados en la sentencia condenatoria, al referirse al testimonio de S., R. y manifestó

que al escucharla se dio cuenta de que estaba totalmente convencida de eso y que lo hizo para proteger a P. (fs. 17 y 202).

Igual déficit de fundamentación observo en el pronunciamiento en cuanto, en consonancia con lo alegado por la defensa, se afirmó que no había sido suficientemente acreditado en autos que el relato del menor no obedeciera a otras situaciones de conflicto ajenas al abuso sexual tales como mudanza de vivienda, cambio de colegio y embarazo de su madre. Y es que, una vez más, mediante una ponderación fragmentada de lo expresado por la perito B., en cuanto a que los síntomas de abuso sexual no son unívocos y que pueden responder a otros factores diferentes, la Cámara derivó la existencia de una situación de duda que, sin embargo, carece de entidad suficiente para descalificar la certeza subjetiva en que los jueces del debate basaron el fallo condenatorio.

Cierto es, en efecto, que en su declaración la mencionada profesional señaló que la sintomatología de P. no era unívoca de abuso sexual, pero también lo es el hecho de que el *a quo* no podía desconocer que, tal como lo consignó el tribunal en la sentencia, B. a continuación aseveró: “[E]l abuso sexual no posee ningún indicador específico pero cuando hay una conducta reiterada de esa naturaleza [enuresis, conducta sexualizada, alteraciones del sueño y desconfianza relacional], realmente es muy llamativo”. Y aseveró: “[S]i se da verosimilitud al relato y se integran estos indicadores, de alguna manera se puede decir que pueden ser efecto de esa situación, pero como son inespecíficos, uno se tiene que centrar predominantemente en el relato, porque a veces hay niños asintomáticos y, sin embargo, han pasado por un abuso” (fs. 191).

A la luz de esa afirmación, la arbitrariedad en la que incurrió el *a quo* deviene evidente pues, como se dijo a lo largo de este dictamen, precisamente en la verosimilitud del relato del niño —sustentada en el diagnóstico coincidente de los peritos oficiales y demás elementos probatorios *supra* señalados— el tribunal descartó que la conflictividad y sintomatología de P. pudieran tener origen en otros factores y, por consiguiente, tuvo por acreditado tanto el episodio de abuso ocurrido el 9 de enero como la autoría de su padre (fs. 187/192).

En ese sentido, en la sentencia condenatoria se mencionó como una pauta del impacto negativo que el acto de referencia habría tenido en el niño, el hecho de que el mayor desajuste en su conducta se exteriorizara inmediatamente después del 9 de enero de 2009, y que precisamente al día siguiente, P. refiriera que lo ocurrido con su padre —al menos en lo que hace al suceso que se tiene por acreditado— había acontecido “ayer” pues, al decir de los magistrados que integraron el tribunal, “[p]ara un niño de esa edad es razonable considerar que su relato de temporalidad pueda no ser demasiado preciso en la medida en que el suceso que reseña se aleja de su presente. Sin embargo, el concepto de ‘ayer’ sí es de comprensión para un niño, máxime cuando coincide que ese día 9 de enero había estado en la casa de su padre, tal como lo afirma S. y lo reconoce R.” (fs. 194).

Por lo demás, estimo que esta última referencia del tribunal desacredita la pretendida autocontradicción con la que el *a quo* descalificó la sentencia condenatoria, pues permite comprender por qué razón no aparece con la misma claridad en el relato del niño la participación que le cupo a R. en el otro acontecimiento de connotación sexual que habría tenido lugar en el mes de octubre del año anterior.

De allí pues que, en mi opinión, asiste razón a los recurrentes en cuanto sostienen que no está vedado al tribunal acotar la imputación a los tramos fácticos que el niño mantuvo con firmeza durante el tiempo —y que se correlacionan con otros elementos de la causa— y desechar, a la vez, el tramo que se refiere a otro hecho si, respecto de éste, tal como se reseñara en el

acápito 1, se considera que, sin perjuicio de la veracidad del testimonio del niño, no aparece con claridad la participación que efectivamente le cupo al imputado en él.

De tal suerte, tampoco en este punto advierto que las objeciones del *a quo* tengan atinencia lógica, pues lejos de erigirse como contradictorio, el fallo del tribunal de juicio revela una valoración consciente de los elementos de convicción arrimados a la causa y, en particular, un adecuado análisis del relato de quien, con tan escasa edad, debe narrar vivencias personales que sin duda desconocía —y aún hoy desconoce— en sus alcances.

En tales condiciones, aciertan los apelantes al tachar de arbitraria la sentencia recurrida pues, la duda acerca de la ocurrencia del hecho que esgrime el *a quo* carece de fundamentos suficientes, en tanto se respalda en un examen parcial e inadecuado del plexo probatorio, lo que autoriza la descalificación del pronunciamiento como acto jurisdiccional válido (Fallos: 312:1953; 316:1205; 317:1155; 322:963, entre muchos otros).

Pienso que ello es así, toda vez que V.E. tiene reiteradamente dicho que la invocación del principio *in dubio pro reo* no puede sustentarse en una pura subjetividad ya que, si bien es cierto que éste presupone un especial ánimo del juez según el cual, en este estadio procesal, está obligado a descartar la hipótesis acusatoria si es que no tiene certeza sobre los hechos materia de imputación, no lo es menos que dicho estado debe derivar racional y objetivamente de la valoración de las constancias del proceso (Fallos: 307:1456; 312:2507; 321:2990 y 3423), circunstancia que, a la luz de los argumentos puestos de manifiesto en los párrafos precedentes, estimo que no concurre en el pronunciamiento impugnado (Fallos: 311:948).

- IV -

Por estas razones, y las expuestas por la señora Fiscal General, mantengo la presente queja. Buenos Aires, 6 de agosto de 2015. - *Eduardo E. Casal*.

Buenos Aires, septiembre 19 de 2017.

*Considerando:*

Que esta Corte comparte y hace suyos los fundamentos y conclusiones del dictamen del señor Procurador Fiscal, a cuyos términos corresponde remitirse en razón de brevedad.

Por ello, y lo concordemente dictaminado, se hace lugar a la queja, se declara procedente el recurso extraordinario y se deja sin efecto la sentencia apelada. Vuelvan los autos al tribunal de origen para que, por quien corresponda, se dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo al presente. Notifíquese, agréguese la queja al principal y devuélvase. *Ricardo L. Lorenzetti. — Elena I. Highton de Nolasco. — Juan C. Maqueda. — Horacio D. Rosatti.*

## Interés superior del niño

**Responsabilidad parental. Medidas cautelares en los procesos de familia. Existencia de conflicto parental agravado. Escucha de las niñas. Derecho a la no revictimización.**

**Hechos:** *La madre de dos niñas solicitó la modificación y la limitación de la medida de interdicción de salida de la ciudad donde residían. El juez rechazó el pedido. Disconforme, la perdidosa apeló la decisión. La Cámara rechazó el remedio intentado y confirmó la sentencia atacada.*

1.- La medida cautelar de interdicción de salida de una ciudad de dos niñas debe mantenerse, dado que el conflicto parental que ha motivado el dictado de aquella se ha incrementado y hasta tanto se resuelva mediante sentencia definitiva la autorización judicial de cambio de residencia solicitada por su progenitora y consecuentemente el cuidado personal de las menores; más aún cuando tal decisión no resulta prematura, no provoca perjuicio irreparable alguno ni implica un castigo para la reclamante o para las niñas, ni vulnera derechos constitucionales como el libre desplazamiento.

2.- Una nueva escucha de las niñas en el marco de un proceso de tipo cautelar constituiría una revictimización absolutamente innecesaria, por cuanto existe un altísimo grado de conflictividad entre los adultos responsables y se observó por parte de su madre presión y/o hostigamiento con temáticas vinculadas al objeto del proceso.

120.466 — CCiv. y Com., Mar del Plata, sala II, 06/06/2017. - M. F. A. c. D. N. P. s/ medidas precautorias (art. 232 del CPCC).

[Cita online: AR/JUR/36791/2017]

**COSTAS**

Se imponen al vencido.

2ª Instancia.- Mar del Plata, junio 6 de 2017.

*Considerando:* I. En el auto cuestionado la Sra. Juez *a quo* dispone el rechazo del pedido de modificación y limitación de la medida de interdicción de salida de la ciudad de las niñas J. y L.

Sostiene la colega de la instancia previa que la demandada, no ha aportado nuevos elementos de juicio que ameriten la improcedencia del mantenimiento de la medida cautelar o la conveniencia para su modificación; y que por otra parte, como la propia accionada lo ha manifestado, no tiene intenciones de cambiar por decisión unilateral el lugar de residencia de sus hijas. Atento ello, considera que la medida dictada no le genera perjuicio alguno, pudiendo, tal como se ha venido produciendo, solicitar el consentimiento del otro progenitor para viajar con las niñas fuera de la ciudad.

II. En los fundamentos obrantes a fs. 401/404 la apelante alega que la Sra. Juez de origen no ha tenido en consideración los nuevos elementos de juicio que su parte ha considerado a los fines de reeditar el planteo: esto es, que el impedimento para salir de paseo fuera de la ciudad y compartir acontecimientos importantes para la vida de relación y familiar de las niñas, importan una limitación arbitraria e irrazonable de la libertad física y del derecho de aquellas a tener relaciones fluidas con toda su familia.

Relata que estaba dispuesta a aceptar la incomodidad de exponer periódicamente los movimientos que realizaba con las niñas, requiriendo las autorizaciones pertinentes para peticionar el levantamiento de la medida y teniendo en miras su superior interés, pero que dicha situación llegó al límite de su tolerancia cuando, al solicitar autorización para concurrir al festejo de cumpleaños de una prima de aquellas, el Sr. M. se opuso infundadamente, la Sra. Asesora de Incapaces solicitó se acreditara la excepcionalidad del pedido y la Sra. Juez de primera instancia dispuso que, aclarados dichos extremos, se proveería lo requerido. Sostiene que se ha privilegiado el ejercicio antifuncional abusivo de la responsabilidad parental por parte del actor, errándose en el “objeto de protección que son J. y L.” (sic) —v. fs. 402vta—.

Señala que no existe relación entre la sentencia atacada y el objetivo que allí se plasma —“asegurar el cumplimiento de una eventual

sentencia de mérito a dictarse en proceso de conocimiento”, por cuanto el *statu quo* de las niñas, está garantizado con las restantes cautelares dictadas: medida de no innovar respecto de la residencia y de la institución educativa.

Y en virtud de ello, reprocha como por demás abusiva la limitación a la libertad ambulatoria amparada constitucionalmente.

III. A fs. 406/417 contesta el accionante el traslado de dicho memorial ordenado a fs. 405, solicitando se declare la deserción del recurso interpuesto por considerar que la apelante solo se limitó a formular meras manifestaciones de disconformidad con la decisión atacada.

Sin perjuicio de lo anterior, contesta aquella pieza indicando que no es cierto que haya modificación de las circunstancias que ameriten la petición de la Sra. D.; que la nombrada, en su intención de llevarse a sus hijas por todo medio, (...) no tiene límite alguno en su objetivo de concretar su deseo alienante, aún si para ello, debe destruir psicológicamente y emocionalmente (...) a las menores, (...) poniendo en juego la manipulación mental y todos y cada uno de los modos de agresión pasiva que generan la violencia de la alienación” (*sic*) —v. fs. 408—.

Alega que los nuevos elementos que arguye la demandada corroboran dramáticamente que dicha parte busca imponer sus deseos y necesidades personales: falsa denuncia de abuso sobre su persona, intento de generar sospechas sobre conductas impropias sobre sus hijas, impedimento de contacto, acoso sobre su persona, chantaje emocional, etc.

Refiere que el ejercicio antifuncional y abusivo de la responsabilidad parental ha sido y es ejercido por la progenitora de las niñas, y que la decisión impugnada puso límite a dicho accionar.

Que debido a la conducta de desprecio y manifiesta exclusión del rol paterno por parte de la Sra. D., se ha dispuesto el sostenimiento de la medida de interdicción de salida de la ciudad.

Agrega que no es cierto que se encuentre limitada la necesidad de fomentar nuevos vínculos familiares de las pequeñas, pues ha quedado demostrado a lo largo de todas las actuaciones, la frecuencia y asiduidad con la que se han forjado visitas con familiares de la Sra. D.; que nunca se limitó la construcción del vínculo.

Sostiene que la demandada (...) Expresa una incapacidad absoluta de autorreflexión, de introspección, de empatía, para, por lo menos siquiera, dudar acerca de que su obstinación narcisista daña a nuestras hijas” (*sic*) —v. fs. 414—.

Por último, se opone al pedido de limitación de las medidas cautelares con fundamento en que ello brinda seguridad a los derechos de L. y J., como también da garantía y protección a su parte, y por encontrarse vigentes idénticos motivos por los cuales se requirió oportunamente, solicitando el rechazo del recurso, con costas.

IV. A fs. 419 obra dictamen de la Sra. Asesora de Incapaces mediante el cual considera que el recurso no puede prosperar, reiterando lo ya expresado en ocasión de la vista que se le confiriera en forma previa a la resolución impugnada (fs. 373). Allí sostuvo que la grave situación de conflicto familiar existente exige el mantenimiento de la medida dispuesta en favor de las niñas, hasta tanto recaiga sentencia en los autos caratulados “D. N. P. c. M. F. A. s/ Autorización judicial”. Asimismo agrega que la situación que motivó el dictado de la medida, no solo no ha variado, sino que conforme surge de los autos “M. F. A. c. D. N. P. s/ Cuidado Personal”, (...) el conflicto parental se ha incrementado, lo que amerita el mantenimiento de la interdicción de salida de la ciudad de las niñas, como marco de seguridad en su beneficio”.

V. El recurso no puede prosperar

a. Breve reseña de los antecedentes del caso. Estado del trámite de los procesos de conocimiento. La denuncia penal. Consideraciones

a.1. Conforme surge del libelo inicial, la presente acción —iniciada en fecha 28/10/2015—, tiene como objeto de pretensión la solicitud por parte del progenitor de medida de no innovar respecto de la residencia habitual y la institución educativa de las niñas J. y L. ante el peligro inminente del cambio por voluntad unilateral de la progenitora; y la modificación del cuidado personal de las pequeñas a su respecto.

La petición cautelar fue receptada favorablemente a fs. 22, mientras que en lo referente al cuidado personal, se dispuso que se debía estar a las resultas de la audiencia señalada en los autos conexos sobre dicha materia (Expte. N° 30437/15).

A fs. 61vta. se dispone la prohibición de salida de la ciudad de las niñas respecto de ambos progenitores. Ello, al momento de la audiencia celebrada con las partes y las niñas en los términos del art. 12 CDN ante la Sra. Magistrada de origen, la Consejera de Familia, y en presencia del Equipo Técnico y la Secretaria de la Asesoría de Incapaces.

Allí se celebra además un acuerdo provisorio de parentalidad (v. fs. 62). Luego se efectúan sendas intervenciones: audiencias con las partes en presencia de la Sra. Juez de primera instancia, la Consejera de Familia, la Actuaría, el Equipo Técnico, representantes de la Asesoría de Incapaces; nuevas citaciones a las niñas con intervención del servicio 102; comparendo de las menores ante la Asesoría de Incapaces; distintos acuerdos de planes de parentalidad provisorios; acuerdo alimentario definitivo, indicación de terapia familiar sistémica y de tratamientos psicológicos individuales; audiencias de seguimiento (v. fs. 78, 89, 90, 91,92, 155, 172, 173, 331).

A fs. 163 se intima a la progenitora para que cese en todo comportamiento que implique presión y/o hostigamiento de sus hijas con temáticas vinculadas al objeto de los presentes obrados y sus conexos —modificación del centro de vida actual de las niñas—, bajo apercibimiento de aplicar sanciones legales.

A fs. 244/246 se rechaza el escucha del niño de la interdicción de salida de la ciudad requerido por la progenitora; sin perjuicio que a lo largo de todo el proceso se ha dispuesto en varias oportunidades el levantamiento parcial y transitorio de dicha medida por haberse receptado favorablemente los pedidos de autorización formulados por aquella a efectos que las niñas pudieran concurrir a eventos familiares en la localidad de Choele Choel y/o por recesos vacacionales (v. fs. 157, 238, 332,337,385); mientras que fue rechazado en otra ocasión en virtud de lo dictaminado por el Ministerio Público Pupilar (fs. 299/300) —se requirió que acreditara excepcionalidad de la solicitud dada la proximidad del inicio de las vacaciones invernales—.

Finalmente a fs. 374/375 se rechaza el pedido de limitación y modificación de la medida de interdicción de salida de la ciudad formulado por la progenitora, que ameritara el recurso en tratamiento.

a.2. De la compulsión de los autos conexos caratulados “M. F. A. c. D. N. P. s/ Cuidado Personal de Hijos” (Expte. N° 30437/2015), surge que dichas actuaciones han sido iniciadas en fecha 28/10/2015 y que en relación al trámite del proceso principal se ha dispuesto el traslado de demanda, no encontrándose aún trabada la litis (v. proveído de fecha 06/07/2016 —fs. 71—).

Además de ello, se advierte que a raíz de una denuncia penal formulada en fecha 25/10/2016 por la Sra. D. en contra del Sr. M. por presunto abuso sexual a su persona ocurrido en el año 2007 (v. copias certificadas IPP 08-00-022597-

16/00 —fs. 259/340—, en especial síntesis del hecho de fs. 260), se dispone el día 26/10/2016 medida cautelar de ejercicio de responsabilidad parental asistida respecto de ambos progenitores (v. fs. 108/vta.), la que es prorrogada y de la cual se rechaza el pedido de cese efectuado por la progenitora, ordenándose que dicha medida debe mantenerse en la transición de la crisis familiar (fs. 384/386). Ello en concordancia con lo dictaminado por la Sra. Asesora de Incapaces a fs. 382/383.

a.3. Por otro lado, de la lectura de los autos caratulados “D. N. P. c. M. F. A. s/ Autorización Judicial” (Expte. N° 32510/2015), los que fueran iniciados en fecha 17/11/2015, se observa que la progenitora de las niñas solicita el cambio de su residencia habitual a la ciudad de Choele Choel por razones laborales (propuesta de trabajo de fecha 10/11/2015 como oftalmóloga ingresante y para realizar guardias pasivas en el Hospital de dicha localidad, v. fs. 15), refiriendo que posee vacante en una escuela para sus hijas (v. fs. 16 confirmación de la Escuela ... de fecha 22/10/2015, nota de fecha 11/08/2016, v. fs. 266/268) y contrato de locación de vivienda de fecha 01/12/2015 por el período 01/12/2015 al 01/12/2017 —del que agrega copia a fs. 112/115—.

En la demanda se describen una serie de episodios de violencia física, psicológica, económica y laboral de parte del Sr. M. a la Sra. D., como así también de pensamientos paranoides del nombrado (v. fs. 74 y 76vta. *in fine*/82vta.), los que *prima facie* no se corresponden con lo plasmado en la copia de denuncia obrante a fs. 13/14. No obstante ello, en la presentación inicial se consigna que se garantiza un régimen de contacto parental de tres fines de semana con el papá, de cuatro días cada uno, es decir, desde el viernes hasta el lunes siguiente sin formular petición alguna de resguardo a los efectos de su cumplimentación en protección de las menores —y cuando ya había formulado la denuncia penal referenciada precedentemente, v. pto. a.2— (v. fs. 82vta. *in fine*/83).

Respecto a la propuesta laboral señalada por la Sra. D., a fs. 98 obra elevación de aquella como aspirante al puesto de médica oftalmóloga (Nota N° 720/2015 de fecha 18/08/2015) y a fs. 99 planilla de proposición de tal empleo; mientras que a fs. 264/265 se encuentra glosada nota de fecha 10/08/2016 mediante la cual se le comunica a la apelante que se mantiene la propuesta laboral por el mencionado hospital efectuada “hace aproximadamente un año atrás”.

Se advierte que cuando la causa sobre autorización judicial se encontraban en estado de llamado de autos para dictar sentencia (v. fs. 391, proveído de fecha 19/10/2016), se suspendió dicho acto a pedido de la Sra. D., disponiéndose que debería argumentar tal petición en el plazo perentorio de cinco días (v. fs. 392/393).

A raíz de ello dicha parte pudo tomar conocimiento del dictamen desfavorable al pedido de autorización de cambio de residencia emitido en fecha 18/10/2016 por parte del Ministerio Público Pupilar (v. fs. 389/390vta.), y que la fundamentación del pedido de suspensión de la Sra. D. —presentada en forma posterior a dicho dictamen: 31/10/2016—, v. fs. 396/vta.—, lo ha sido en función de la existencia de la denuncia penal antes referida de fecha 25/10/2016 —cuyos hechos deberán esclarecerse en sede penal—.

b. La mutabilidad de las medidas cautelares en los procesos de familia

Sabido es que (...) las medidas cautelares se caracterizan por su provisionalidad o provisoriedad, lo que significa que no son definitivas y que su vigencia queda subordinada a que subsistan las circunstancias que las determinaron (art. 202 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación), criterio que refleja el brocardo *rebus sic stantibus* (que puede traducirse literalmente como “estando así las cosas”). La manifestación de ese carácter, es la posibilidad de que,

ya sea de oficio o a pedido de parte, se ordene “el levantamiento” de la medida. En otras palabras, las medidas cautelares, al ser instrumentales —es decir, al no tener un fin en sí mismas y a servir para el aseguramiento del objeto de la pretensión principal, a la cual acceden— y no definitivas, duran mientras se prolonguen los presupuestos (verosimilitud del derecho y peligro en la demora) que le dieron origen, puesto que, cuanto éstos desaparecen (ya porque se demostró que el derecho no es verosímil o porque desapareció el peligro en la demora), la medida pierde su razón de ser, y es por eso que los códigos procesales prevén, en tal caso, la posibilidad de que los jueces, a pedido de parte o de oficio, ordenen su levantamiento (conf. arts. 202 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación y del Cód. Proc. Civ. y Comercial BA) (...)” (Guahnon, Silvia V., “Medidas cautelares y provisionales en los procesos de familia según el Código Civil y Comercial de la Nación”, Ediciones La Rocca, Buenos Aires, 2016, p. 115).

c. El interés superior de las niñas. Medida asegurativa de su centro de vida

El art. 706 del Cód. Civ. y Comercial prevé que las decisiones que se dicten en un proceso donde se encuentren involucrados niños, niñas y adolescentes deben tener en consideración el interés superior de éstos, el que se encuentra consagrado en el art. 3 de la CDN.

Se recepta de tal manera lo normado en el art. 2 de las 100 Reglas de Brasilia, las que, en su carácter de reglas básicas relativas al acceso a la justicia de las personas que se encuentran en condición de vulnerabilidad, desarrollan los principios recogidos en la “Carta de Derechos de las Personas ante la Justicia en el Espacio Judicial Iberoamericano” (Cancún, 2002), ponderándose la condición de vulnerabilidad por razón de la edad, circunstancia que de por sí sola, a los menores se les dificulta el ejercicio con plenitud de los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico ante el sistema judicial.

En tal sentido, el art. 3 de la Ley 26.061, en cuanto al interés superior del niño, indica que dicho concepto contempla la máxima satisfacción integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidas por la ley. Abarca el conjunto de bienes necesarios para el desarrollo integral y la protección de la persona y los bienes de un menor dado, y entre ellos, el que más conviene en una circunstancia histórica determinada, analizada en concreto, ya que no se concibe un interés del menor puramente abstracto, excluyendo toda consideración dogmática para atender exclusivamente a las circunstancias particulares que presenta cada caso.

A la hora de la aplicación de los distintos principios procesales, si se presenta un conflicto de intereses, el Más Alto Tribunal provincial ha establecido como doctrina que “La atención primordial al ‘interés superior del niño’ a que alude el art. 3° de la Convención de los Derechos del Niño, apunta a dos finalidades básicas: constituirse en pauta de decisión ante un conflicto de intereses y en criterio para la intervención institucional destinada a proteger al niño. El principio proporciona un parámetro objetivo que permite resolver los conflictos del niño con los adultos que lo tienen bajo su cuidado. La decisión se define por lo que resulta de mayor beneficio para la menor. De esta manera, frente a un presunto interés del adulto se prioriza el del niño” (SCJBA, Ac. 87.832, sent. del 28/07/2004). Da sentido prioritario al interés superior del niño numerosa jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (v. gr., Fallos: 331:941; 318:1269; 328:4511; 333:604; 331:2691, entre otros)” (citado en Kemelmaier de Carlucci, Aída - Herrera, Marisa - Lloveras, Nora, “Tratado de Derecho de Familia según el Código Civil y Comercial de 2014”, T. IV, Arts. 638 a 723 y 2621 a 2642, Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, 2014, Nota N° 29, p. 441 *in fine*/442).

Por último en el caso “Furlan y Familiares vs. Argentina”, sentencia del 31 de agosto de 2012 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), la Corte Interamericana de Derechos Humanos reiteró que en lo concerniente a las vulneraciones de derechos respecto de niños, niñas y adolescentes, aquellas debían ser analizadas a la luz del “*corpus juris* internacional de protección de los niños y las niñas, y adolescentes” (párrafo N° 125).

Este *corpus juris* debe servir para definir el contenido y los alcances de las obligaciones que ha asumido el Estado cuando se analizan los derechos de las niñas y los niños. Al respecto, los niños y las niñas son titulares de los derechos establecidos en la Convención Americana, además de contar con las medidas especiales de protección contempladas en su artículo 19, las cuales deben ser definidas según las circunstancias particulares de cada caso concreto. La adopción de medidas especiales para la protección del niño corresponde tanto al Estado como a la familia, la comunidad y la sociedad a la que aquél pertenece” (párrafo N° 125).

En dicha causa, el Tribunal recordó con relevancia que no basta que los Estados se abstengan de violar los derechos, sino que es imperativa la adopción de medidas positivas, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación (párrafo N° 134).

En relación a ello sostuvo que “(...) toda decisión estatal, social o familiar que involucre alguna limitación al ejercicio de cualquier derecho de un niño o una niña, debe tomar en cuenta el principio del interés superior del niño y ajustarse rigurosamente a las disposiciones que rigen esta materia. Respecto del interés superior del niño, la Corte reitera que este principio regulador de la normativa de los derechos del niño se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de las niñas y los niños, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades. En el mismo sentido, conviene observar que para asegurar, en la mayor medida posible, la prevalencia del interés superior del niño, el preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño establece que éste requiere “cuidados especiales”, y el artículo 19 de la Convención Americana señala que debe recibir “medidas especiales de protección”. En este sentido, es preciso ponderar no sólo el requerimiento de medidas especiales, sino también las características particulares de la situación en la que se hallen el niño o la niña” (párrafo N° 126).

Por su parte el art. 3 inc. f) de la Ley 26.061 define el concepto de “centro de vida” como “el lugar donde las niñas, niños y adolescentes hubiesen transcurrido en condiciones legítimas la mayor parte de su existencia”.

A su turno el decreto 415/2006 —reglamentario de dicha ley—, en el art. 3, Anexo I establece que tal concepto “se interpretará de manera armónica con la definición de residencia habitual” de la niña, niño o adolescente contenida en los tratados internacionales ratificados por la República Argentina”.

En virtud de lo expuesto, resulta evidente que la medida impugnada es asegurativa del centro de gravedad actual de las niñas, donde aquellas viven y se desarrollan con estabilidad y permanencia, y hasta tanto se resuelva en definitiva la autorización judicial de cambio de residencia solicitada por su progenitora y consecuentemente el cuidado personal de las menores. Todo ello, máxime teniendo en consideración las conductas discordantes desplegadas por la madre de aquellas referidas en apartados anteriores, en miras al resguardo de su superior interés y en concordancia con lo dictaminado por la Sra. Asesora de Incapaces como se verá infra (art. 3 CDN; 103 Cód. Civ. y Com. de la Nación, 38 Ley 14.442).

d. La voz del Ministerio Público

En cuanto a la actuación principal del Ministerio Público en el proceso judicial, se ha sostenido “(...) la actuación principal o autónoma se debe cuando la representación necesaria (padres, tutores, guardadores, curadores, apoyos con facultad representativa) no ampara los derechos de las personas o los bienes del representado, por inacción, exceso o defecto de la intervención, y dicha actuación puede resultar contraria a las peticiones de los representantes legales, y debe ser oído el representado en estas situaciones de conflicto” (Moreno, Gustavo Daniel, en Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, N° 52, dir. por Cecilia Grosman, Aída Kemelmajer de Carlucci, Nora Lloveras, Abeledo Perrot, Bs. As., noviembre de 2011, p. 189 y ss., citado por Lorenzetti, Ricardo Luis, “Código Civil y Comercial de la Nación comentado”, T. I, Arts. 1 a 256, Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, 2014, p. 456/459).

Si bien en el caso que nos ocupa, su actuación es complementaria a la de sus progenitores —representantes legales individuales que cuentan con asistencia letrada—, no es menos cierto que en virtud de la Convención sobre los Derechos del Niño, de raigambre constitucional (art. 75 inc. 22 CN), la Ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes, la intervención del Ministerio Público reviste una entidad protectoria y representativa que debe ajustarse a los nuevos requerimientos normativos.

Así, su actuación “(...) debe acomodarse en la actuación judicial a todos los lineamientos reseñados, debe considerar el interés superior del niño en concreto (conf. art. 1° del Código) e intervenir en cada ámbito de su competencia y por la representación que le cabe (...)” (Lorenzetti, Ricardo Luis, ob. cit. p. 458/459).

Al respecto se ha señalado “Por otra parte, en el rol que le cabe al Juez —de garante de la efectividad de los derechos de la infancia—, las normas no han sido aplicadas de modo que faciliten el acceso a la justicia en condiciones de igualdad. Precisamente, con el criterio normativo seguido por la alzada que desconoce la representación dual como medida específica de compensación, se ha privado a los niños de esa defensa reforzada de la que son titulares, conforme el abordaje específico previsto en la ley, la Constitución y los tratados (arts. 14, 16, 18, 75 incs. 19, 22 y 23, 3.1 y 12.2 de la Convención sobre los Derechos del Niño, 1, 8, 19 y 25 de la Convención Americana, 2 *in fine* y 27 de la ley 26.061; 27, decreto 415/2006, 59 C.C.; 103, C.C.C.N.; Corte I.D.H., Opinión Consultiva n° 17/02, Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, Serie A, n° 17 del 28 de agosto de 2002, párrafo 102; (...))” (SCJBA, Causa 117.577, “Balint, Roberto O. y otro c. F., G. A. y otros s/ Desalojo”, 18/11/2015, JUBA B127804). Es una actividad de contralor, y en este caso, reviste aún más un papel preponderante teniendo en consideración el alto nivel de conflictividad habido entre las partes que denotan una estructura familiar absolutamente quebrantada, al menos en lo que hace a la relación entre los adultos, por lo que no puede desoirse sin más como lo pretende la recurrente.

Tal como lo ha ameritado la sentenciante de primer grado, el dictamen de la Sra. Representante del Ministerio Público Pupilar ha sido contundente. Tanto a la hora de expedirse respecto del planteo formulado por la demandada que mereciere la decisión impugnada (fs. 373), como al momento de contestar la vista conferida sobre el recurso impetrado, en ambas oportunidades ha remarcado su negativa al levantamiento de la medida cautelar en cuestión, no solo por los motivos esgrimidos en su primer dictamen, esto es, que la grave conflictiva familiar existente exige el mantenimiento de la medida dispuesta en favor de las niñas, hasta tanto recaiga sentencia en los autos caratulados “D. N. P. c. M. F. A. s/ Autorización judicial”; sino porque la situación que motivó el dictado de la medida, no solo no ha variado, sino que conforme surge de los autos “M. F. A. c. D. N. P. s/

Cuidado Personal”, “el conflicto parental se ha incrementado” (v. fs. 419).

e. La escucha de las niñas (art. 12 CDN). Su derecho a la no revictimización

Sabido es que el derecho del niño, niña y/o adolescente a ser escuchados forma parte del derecho internacional público, en virtud de los arts. 2599 y 2600 del Cód. Civ. y Com. de la Nación y el 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Su fuente es la Convención sobre los Derechos del Niño (arts. 3.1, 9.3, 12.1) con jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22), y normas nacionales (arts. 1°, 3°, 5° 24° 27° 29° y concs., Ley 26.061).

La observación general N° 12 del Comité sobre los Derechos del Niño, reconoce también tal obligatoriedad a partir de la consideración del menor como persona moral y sujeto de derechos.

Ahora bien, existe una distinción en el grado de desarrollo físico e intelectual, en la experiencia y en la información que poseen quienes transitan por la minoría de edad, pues la capacidad de decisión de un niño de 3 años no es igual a la de un adolescente de 16 años.

En virtud de lo anterior y desde el plano legal, al momento de receptor las distintas habilidades y aptitudes con las que cuentan aquéllos en orden al ejercicio de sus derechos de los que son titulares, corresponde tener en consideración lo estipulado en el art. 5 de la CDN, en cuanto a la autonomía progresiva de niñas, niños y adolescentes. Este postulado constituye una regla a dichos efectos, pues puede resumirse en una máxima de carácter general: el aumento del desarrollo autonómico de los niños, niñas y adolescentes determina el decrecimiento del ámbito reservado a la actuación de sus representantes legales, hasta llegar a constituir una herramienta excepcional y ciertamente marginal que finalmente se diluye por completo al alcanzar el hijo/a la vida adulta (Corte Interamericana de Derechos Humanos 28/08/2002, opinión consultiva 17/2002, Condición jurídica y derechos humanos del niño, párrafo 101).

Es por ello que resulta esencial dar una respuesta armonizadora a las crecientes necesidades y demandas de todo niño, niña y/o adolescente de acuerdo con su distinta capacidad de entendimiento y comprensión, pudiendo expresar su opinión y decidir respecto de aquellas, siempre que evidencie un grado de madurez suficiente para tales menesteres.

Corresponderá evaluar cada caso en concreto y fijar pautas específicas para dar a cada una de ellas. Sólo así nuestro derecho infraconstitucional logrará ajustar su contenido a las pautas instauradas por los instrumentos internacionales de derechos humanos a los que nuestro país se encuentra vinculado y, lo que es más importante aún, es que a partir de esa inteligencia es que se respetará la personalidad de los niños como seres diferenciados de sus progenitores, con requerimientos y pensamientos propios que deben ser atendidos. En tal sentido ver Gallietti, Judith y Mangione Muro, Mirta, “Acceso a la justicia de niñas, niños y adolescentes”, en Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales UNLP, Nueva Época, 2015, p. 99/114).

Por su parte Muñiz sostiene “que resulta imposible trazar una pauta rígida y apriorística por la cual se señala qué potestades pueden ejercitar por sí las personas en la menor edad basada en un criterio exclusivamente etario, pues si lo hiciéramos caeríamos nuevamente en esta suerte de laberinto borgeano que el plexo normativo aplicable pone ante nosotros. Por el contrario, corresponde pensar una pauta lo suficientemente flexible —mas no por ello indeterminada e imprecisa— para poder aprehender ese sendero lleno de aprendizaje y de adquisición paulatina de habilidades y aptitudes, conciliándolo con la imprescindible intervención de sus proge-

nitores en los primeros años de su vida” (Muñiz, Javier, “Participación de niñas, niños y adolescentes en el proceso de adopción. Un camino largo y lleno de contradicciones, que se allana desde la doctrina de los derechos humanos”, en Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia N° 58, p. 165).

El Comité de los Derechos del Niño, en la Observación General nro. 14 del año 2013, definió el concepto del “interés superior del niño” como un “principio jurídico interpretativo fundamental: si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño”.

Sentado ello, se observa que en la causa bajo análisis, la medida de interdicción de salida de la ciudad dispuesta en autos ‘ab initio’ lo ha sido ‘inaudita parte’ y sin la participación en el proceso de las niñas involucradas, lo que sí ha acontecido a posteriori.

No debe perderse de vista la situación traumática ya vivenciada por las menores en la instancia previa: fs. 61vta. en fecha 09/11/2015: (“S.S. mantiene contacto con las niñas y se da cumplimiento con el art. 12 CIDN, manteniendo contacto en el pasillo”); fs. 90 el 12/11/2015: citación con intervención del servicio 102; fs. 91/92 el 12/11/2015: nueva audiencia en presencia de sus progenitores, los letrados de ambos, la colega de la instancia previa, la actuaria, las peritos psiquiatra y psicóloga del Equipo Técnico del Juzgado, la Sra. Asesora de Incapaces y la Secretaria de la Asesoría interviniente.

También han sido citadas en idénticos términos en los procesos principales (v. fs. 262 Expte. N° 32510/2015 y fs. 366 Expte. N° 30437/2015).

Advierte este Tribunal, más allá de la corta edad cronológica de las niñas —J. (8 años) y L. (6 años)—, lo que por sí solo no resulta óbice para que puedan formarse un juicio propio, y de hecho como se señaló *ut supra*, su opinión ya ha sido valorada, que a la hora de decidir su comparendo para una nueva escucha, corresponde ponderar además, las especiales circunstancias del caso.

Es que, sumado a lo anterior, se aprecia de las constancias obrantes en los presentes autos y sus conexos: 1°) un altísimo grado de conflictividad existente entre los adultos responsables; 2°) una conducta por parte de la progenitora que ameritara un llamado de atención (v. en especial fs. 163: intimación al cese de comportamiento que implique presión y/o hostigamiento de sus hijas con temáticas vinculadas al objeto de los presentes actuados y sus conexos); y 3°) la gravedad de los hechos por ella denunciados en la IPP antes referenciada y las connotaciones ya detalladas.

Todo lo descripto conlleva a considerar que disponer una nueva escucha de las niñas ante esta Alzada, en el marco de este proceso de tipo cautelar (meramente accesorio a los procesos de conocimiento en los que se debaten por un lado, la procedencia del cambio de residencia habitual de las niñas y por el otro, el cuidado personal de aquellas), constituiría una revictimización absolutamente innecesaria, que va en total detrimento de su superior interés; máxime teniendo en cuenta que su opinión ya ha sido requerida en cuatro oportunidades en la instancia de origen, entre las cuales una de ellas ha sido con la orden de intervención del servicio 102. En el sentido expresado ver Cataldi, Myriam, “El ejercicio de la responsabilidad parental y la noción de coparentalidad”, Thompson Reuters, Doctrina del día 22/09/2015.

f. Necesidad del mantenimiento de la medida cautelar

Del análisis de las constancias agregadas a estas actuaciones y sus conexas, se desprende

que, por las especiales particularidades que aquí se plantean, las relaciones entre los progenitores —desde la separación— han sido de permanente conflicto, olvidando ambos el interés superior en juego, principio éste que por su rango constitucional queda constituido en el valor único, preponderante y excluyente para resolver todas las cuestiones que involucren a niños, aún cuando para realizar ese valor supremo se menoscaben derechos de algún adulto (argto. art. 3 CDN).

Al respecto, cabe destacar que el progenitor que tiene a su cargo el cuidado personal del hijo está obligado a informar al otro sobre las cuestiones que hacen a su educación, salud y otras relativas a su persona y bienes (conf. art. 654 Cód. Civ. y Com. de la Nación) y, en este contexto, no puede trasladar al niño fuera de la jurisdicción del juzgado sin el consentimiento del otro progenitor o, en su defecto, del juez. Ello, pues el traslado de domicilio es una forma de sustraer a los hijos menores de edad del control del juez y del ejercicio de la responsabilidad parental del padre no conviviente, quien

tiene derecho a comunicarse y tener contacto con su hijo, y supervisar su crianza, formación y educación (arts. 648, 649, 650, 651, 652, 653, y conchs. del Cód. Civ. y Com. de la Nación; esta Cám. y Sala en causa N° 157.584, RSI-510-14 del 30/10/2014; entre otras) conducta desplegada por la Sra. D., y principalmente la vigencia de la medida cautelar de ejercicio de responsabilidad parental asistida respecto de ambos progenitores en la transición de la crisis familiar (v. fs. 108/vta. y 384/385 Expte. N° 30437/2015), se hace necesario la adopción de medidas que impidan —temporalmente— a las niñas abandonar esta ciudad, que constituye su “centro de vida”, hasta que recaiga resolución en definitiva en las causas de fondo *ut supra* referenciadas.

Por lo demás, y como lo ha reiterado esta Alzada, “(...) es preciso aclarar a la recurrente que esta decisión no resulta prematura, ni provoca perjuicio irreparable alguno. Asimismo, no implica un castigo para ella o para las niñas, ni vulnera derechos constitucionales como el libre desplazamiento. Entendemos que el padre, en ejercicio de la responsabilidad parental

compartida con la madre, tiene el derecho de ser informado sobre cualquier situación que involucre a la hija en común. Cabe destacar que las medidas cautelares —en este caso, interdicción de salida de la ciudad— son flexibles, mutables y tienen carácter provisional, toda vez que pueden ser modificadas o levantadas en tanto se alteren las circunstancias de hecho que motivaron su dictado, (...) debe tenerse en cuenta que el objeto primordial es el bienestar de los niños involucrados, víctimas de los conflictos existentes entre los progenitores, que deben ser los que aporten soluciones consensuadas, pues la actuación de la justicia, al dirimir el conflicto, necesariamente dejará disconforme al perdedor, agudizando aún más la problemática familiar. Por ello, se ha propiciado la tendencia de que el juez debe actuar bajo un nuevo modelo de justicia en donde no prevalezca la contienda, toda vez que se trata de que la sentencia se oriente fundamentalmente a obtener las soluciones conducentes para resolver racionalmente los conflictos, en los que el principal afectado es el menor (art. 3, y conchs. CDN; argto. doct. Alberto, Andrea R., “Conflictos resultantes de la separación de los padres”, DJ, 1993-2-497, LA LEY, p. 532; esta Cám. y Sala en causa N° 158.053 RSI-96-15 del 19/03/2015; entre otras)” (Causa N° 160.417, “B., L. A. c. G., M. S. s/ Cuidado Personal - Cuadernillo del art. 250 del CPC”, 17/12/2015, Reg. 698-R, Folio 1198/200; Causa N° 157.584, “F., G. F. c. B. N. V. s/ Régimen de visitas”, 30/10/2014, Reg. 510-R, Folio 877/8).

Así las cosas, y sin entrar a formular conjeturas respecto a cuestiones que constituyen tema de debate en los referidos procesos de conocimiento, dado el acotado margen del recurso bajo análisis, corresponde remarcar que la situación descrita en las consideraciones vertidas precedentemente, ilustra en forma palmaria el altísimo nivel de conflictividad que aqueja a este grupo familiar, dado la falta total de comunicación entre los adultos, que se traducen en constantes requerimientos de intervención judicial —independientemente de los que resultan necesarios para dilucidar las temáticas de fondo—, como así también las conductas divergentes puestas de resalto por parte de la progenitora a lo largo de la tramitación de todas las causas mencionadas, en especial en el expediente sobre autorización judicial. Es que requirió autorización para la modificación de la residencia de las niñas y no contando aún con resolución, es más, encontrándose cercana al momento de decidirse en definitiva, la propia reclamante detuvo la marcha del proceso —más allá de los motivos luego argumentados que deberán esclarecerse en sede penal—, y en forma unilateral fue avanzando en la propuesta laboral a punto tal de ser llamada a prestar

funciones, como así también en la locación de vivienda y concreción de vacante en institución educativa.

Respecto a esto último vale señalar que “(...) El juez, al dictar sentencia, considerará la actitud de las partes como elemento de valoración, en especial cuando la decisión sea dudosa para el magistrado” (Leguisamón, Héctor E., “Las presunciones judiciales y los indicios”, 2ª ed. act. y ampl., Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2006, p. 66, citado por Cornejo, Javier A. en Leguisamón, Héctor E., ob. cit., p. 414).

Por otra parte, y conforme lo ha señalado la colega de la instancia previa, la recurrente, tal como lo ha venido requiriendo y consintiendo a lo largo del curso del proceso y hasta tanto se resuelvan las causas de fondo, podrá solicitar también las autorizaciones pertinentes para el levantamiento parcial y transitorio de la medida de interdicción de salida de la ciudad, a fin de trasladar a las niñas fuera de ella en las situaciones descriptas en el remedio intentado, esto es viajes a inferiores distancias, por cortos períodos de tiempo y a efectos sociales y/o recreativos y/o los que se fueren sucediendo, y que hagan a la vida de relación y/o familiar de las pequeñas.

En suma, no ha logrado la recurrente, a entendimiento de este Tribunal, argumentar válidamente el yerro que alega respecto de la resolución atacada, debiéndose desestimar el recurso intentado, con costas. Ello a efectos de salvaguardar el superior interés de las niñas involucradas que debe prevalecer por sobre los intereses en juego de los adultos.

Por lo expuesto, citas legales, doctrina y jurisprudencia reseñada y lo normado por los arts. 34, 36, 68, 69, 161, 195, 202, 243, 246 y cctes. del C.P.C., 103, 648, 649, 650, 651, 652, 653, 654, 706 Cód. Civ. y Com. de la Nación; 75 inc. 22 CN; 3, 12 CDN; 2 de las 100 Reglas de Brasilia, Carta de Derechos de las Personas ante la Justicia en el Espacio Judicial Iberoamericano (Cancún 2002); Observación General N° 14 del año 2013 del Comité de los Derechos del Niño; 3 Ley 26.061; Dec. 415/2006; 38 Ley 14.442, resolvemos: I. Rechazar el recurso de apelación articulado a fs. 399 y en consecuencia confirmar la resolución apelada de fs. 374/375 (arts. 242, 245 y cctes. del C.P.C.). II. Imponer las costas a la apelante vencida (arts. 68 y 69 del C.P.C.). III. Diferir la regulación de honorarios para su oportunidad (art. 31 del dec. ley 8904/1977). IV. Registrar el presente y una vez transcurrido el plazo previsto en el art. 267 *in fine* del C.P.C., devolver las actuaciones al Juzgado de origen. — Ricardo D. Monterisi. — Roberto J. Loustaunau.



**THOMSON REUTERS LA LEY**

## LEGAL ONE

¿Existe una mejor manera de agilizar las tareas operativas de mi estudio?

### THOMSON REUTERS LEGAL ONE

notifica sobre los avances de las causas e integra las notificaciones electrónicas a los expedientes judiciales. También permite automatizar las tareas operativas del estudio: escritos, procuración, presentaciones. Además ofrece una mayor y mejor integración con tribunales permitiéndole ahorrar tiempo.



Conozca más en [legalone.com.ar](http://legalone.com.ar)  
o llámenos al **0810 222 5253**

La inteligencia, la tecnología y la experiencia profesional necesarias para obtener respuestas confiables.



the answer company™  
**THOMSON REUTERS®**

## EDICTOS

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Federal Nro. 8, Secretaría Nro. 15, sito en Libertad 731, 7º piso de Capital Federal, hace saber que a CLAUDIA BONAGURO BUSTAMANTE, nacida en Caracas – Distrito Capital – Venezuela, el 9 de mayo 1966, con D.N.I. 94.098.311 ha petitionado la concesión de la ciudadanía argentina, a fin de que los interesados hagan saber a este Juzgado las circunstancias que pudiesen obstar a dicho pedido.

**Buenos Aires, 8 de septiembre de 2017**  
Luis Pablo Pérez, sec.  
**LA LEY: I. 04/10/17 V. 04/10/17**

El Juzgado Nacional en lo Civil y Comercial Federal N° 1, a cargo del Dr. Horacio Cecilio Alfonso, Secretaría N° 2 a cargo interinamente de la Dra. Mercedes Maquieira, sito en la calle Libertad N° 731, piso 9° de esta Ciudad Autónoma de Buenos Aires en los autos caratulados

“ASTILLEROS CARRARA S.A. c/ HOISTACHER SERGIO MARCELO s/ PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA”, (Expte. N° 2480/2016), notifica al Sr. SERGIO MARCELO HOISTACHER que no habiendo contestado demanda, no obstante estar debidamente notificado, a fs. 92 vta. (cfr. fs. 91) y atento lo dispuesto por el art. 59 del CPCCN, decláreselo rebelde y désele por decaído el derecho que ha dejado de usar. Notifíquese. Publíquese por dos días en el Diario La Ley.

**Buenos Aires, 3 de agosto de 2017**  
Mercedes Maquieira, sec. int.  
**LA LEY: I. 03/10/17 V. 03/10/17**

El Juzgado Nacional de Comercio N° 3, a cargo del Dr. Jorge S. Sicoli, Secretaría N° 6, sito en Callao 635 piso 6º, C.A.B.A., comunica por cinco días que en los autos “VIGNOLO SUSANA MABEL s/ CONCURSO PREVENTIVO” (Expte.

N° 16989/2017), se declaró con fecha 07/09/2017 la apertura del concurso preventivo de SUSANA MABEL VIGNOLO, CUIT N° 27-13071144-3. Se ha designado Síndico al Estudio “Contadores L. Roxana Martín y Asociados”, con domicilio en la calle Paraná 833, piso 4º “A”, C.A.B.A. Se fijaron las siguientes fechas: a) 17/10/2017, fecha hasta la cual los acreedores deberán presentar al síndico las peticiones de verificación de sus créditos y títulos pertinentes (art. 32 LC); b) 04/12/2017, para presentar el informe individual (art. 35 LC); c) 07/03/2018, para presentar el informe del art. 39 LC; d) la audiencia informativa tendrá lugar el 30/08/2018 a las 10:00 horas; e) 06/09/2018: clausura del período de exclusividad. Publíquese en el diario LA LEY.

**Buenos Aires, 15 de septiembre de 2017**  
Blanca Gutiérrez Huertas, sec.  
**LA LEY: I. 26/09/17 V. 03/10/17**