

COLUMNA DE OPINIÓN

Información anticipada de pasajeros por vía aérea

Carlos María Vasallo

En 11 setiembre de 2001 cuatro atentados terroristas suicidas cometidos aquel día en los Estados Unidos por 19 miembros de la red jihadista *Al Qaeda* abordan vuelos comerciales regulares y producen los atentados que provocaron la caída de las Torres Gemelas.

En el vuelo AA 11 abordaron los terroristas-pasajeros que tomaron el avión que produce el primer impacto en la Torre Norte y en el vuelo UA 175 embarcaron sin ningún control de seguridad otros terroristas-pasajeros que luego de intervenirlos ilícitamente, lo estrellaron en la Torre Sur.

Fue la primera oportunidad que aviones comerciales de línea se convirtieron en armas agresoras por pasajeros suicidas.

Esta acción importó entre las primeras consecuencias que toda la flota comercial de los EE.UU. quedó paralizada en tierra por varios días, debido a la inexistencia de seguros aeronáuticos o de medidas de seguridad que pudieran evitar actos similares.

Una de las medidas que entonces empezó a desarrollarse es el control de los antecedentes de los pasajeros en vuelos que tenían por destino los aeropuertos de los EE.UU., tarea que demandó su cumplimiento todo el año 2002 y permitió al siguiente crear las listas de personas calificadas como impedidas de abordar un vuelo —*No Fly List*— y otras que debían ser observadas al momento del *check-in* (*Select List*).

CONTINÚA EN PÁGINA 2

Ausencia simple y con presunción de fallecimiento

Juan Pablo Olmo

SUMARIO: I. Introducción: ausencia.— II. Ausencia simple.— III. Ausencia con presunción de fallecimiento.

La última parte del artículo 98 del Código Civil y Comercial prevé el supuesto donde no es posible hallar el cadáver, o bien identificarlo. Con relación al primero, cabe aclarar que no se trata de un supuesto de ausencia con presunción de fallecimiento, donde éste se presume justamente a partir de la ausencia. Quien se encuentra ausente no es la persona, es el cadáver, en un contexto en el cual la muerte no se presume sino que se tiene certeza de que haya acaecido. En el segundo caso, el cadáver está presente, pero no puede ser identificado; ni siquiera a través de pericias.

I. Introducción: ausencia

Decimos que una persona está ausente si ha desaparecido de su domicilio, sin tenerse noticias de ella. Esta ausencia puede ser:

- 1) simple (arts. 79 a 84, CCyC);
- 2) con presunción de fallecimiento (arts. 85 a 92, CCyC).

En cualquiera de los dos casos se requiere de una resolución judicial que así lo determine.

II. Ausencia simple

1. Procedencia

Con la declaración de ausencia simple lo que se busca es nombrar un curador a los bienes (*ad bona*), esto es, que alguien se ocupe de la administración del patrimonio de una persona que no puede hacerlo por motivo de que ha desaparecido sin dejar apoderado. En cambio, si hubiera dejado un apoderado, entonces no

habría interés jurídico en declararla ausente y con ello nombrarle un curador. Otro tanto ocurre si dejó apoderado pero sus poderes son insuficientes o no desempeña convenientemente el mandato, de modo que se hace necesario, aquí también, designarle un curador.

2. Procedimiento

El artículo 80 del Código prevé una legitimación amplia para promover la acción, cuando dice que: "Pueden pedir la declaración de ausencia el Ministerio Público y toda persona que tenga interés legítimo respecto de los bienes del ausente".

Con relación a la legitimación del Ministerio Público, en rigor de verdad la norma alude únicamente al Ministerio Público Fiscal. Sin embargo, también podrá promover la acción el Ministerio Público de Menores (art. 103, CCyC), pero en este caso lo será en virtud de la actuación que le compete en representación de los intereses de personas menores de edad, incapaces o con capacidad restringida que se pudieran ver comprometidos en el caso, y por los cuales debe velar.

Respecto de los que tienen un interés legítimo, se pueden incluir a los socios, condóminos, usufructuarios de un bien de titularidad del ausente, etc.

Los legitimados deberán presentar la solicitud ante el juez correspondiente al domicilio del ausente, pero si no tiene domicilio en el país o no es conocido, ante el juez del lugar donde se encuentren los bienes cuya administración se pretende. Si hay bienes en varias jurisdicciones del país, corresponderá la actuación del primer juez que haya intervenido.

El juez citará por edictos al presunto ausente durante cinco días. Si vencido el plazo la persona no comparece, se le nombrará un defensor oficial para que la represente durante el proceso, como así también en aquellas acciones que se inicien contra el presunto ausente durante el juicio y previamente a la sentencia que lo declare tal. Asimismo, en caso de que por motivos de urgencia no se pueda esperar

hasta el dictado de la sentencia, el juez podrá nombrar un administrador provisional de los bienes —con los alcances que surjan de esa resolución— o bien adoptar otras medidas que estime apropiadas para que no se produzca un perjuicio en el patrimonio (ej.: inhibición de bienes, etc.).

3. Curatela

Previo dictamen del defensor de ausentes y del Ministerio Público, el juez dicta sentencia declarando la *ausencia*. En el mismo acto se le designa un curador al ausente, quien deberá aceptar el cargo que le será discernido según las reglas generales de la curatela (arts. 138 a 140), las cuales, a su vez, remiten a las reglas de la tutela, puntualmente en este caso a los artículos 112 y ss. del Código.

La función del curador de los bienes consiste en realizar todos aquellos actos de conservación y administración ordinaria en procura de la conservación del patrimonio del ausente. Por ello, en principio, no le están permitidos aquellos actos que excedan los propios de una administración ordinaria, para cuya realización requerirá de autorización judicial, la que será otorgada cuando resulten necesarios e impostergables (ej.: la venta de un inmueble que genera gastos, cuando sea muy difícil darlo en alquiler debido a su estado de conservación).

Durante su administración el curador deberá destinar los frutos y las rentas de los bienes para el sostenimiento de los descendientes, cónyuge, conviviente y ascendientes del ausente.

La actuación del curador continuará hasta tanto no se produzca alguno de los supuestos previstos para el cese en el artículo 84 del Código: "a) la presentación del ausente, personalmente o por apoderado; b) su muerte; c) su fallecimiento presunto judicialmente declarado". Al finalizar su actuación, el curador debe-

CONTINÚA EN PÁGINA 2

COLUMNA DE OPINIÓN. Información anticipada de pasajeros por vía aérea

Carlos María Vasallo 1

DOCTRINA. Ausencia simple y con presunción de fallecimiento

Juan Pablo Olmo 1

NOTA A FALLO. ¿Nullum crimen sine poena o nullum crimen sine lege? Consideraciones sobre el fallo "Muiña"

Andrés Rosler y Guillermo Jensen 3

JURISPRUDENCIA

DELITOS DE LESA HUMANIDAD. Ley penal más benigna. Cómputo según la ley 24.390. "2x1". Aplicación sin distinción del delito. Disidencia. Delitos permanentes. Valoración social de los delitos cometidos. Aplicación de la ley vigente en el último tramo de la conducta punible (CS) 3

USO DE AGUAS. Conflicto entre Estados provinciales. Competencia originaria (CS) 5

MEDICINA PREPAGA. Empresa condenada a otorgar cobertura integral de prestaciones a favor de un niño con discapacidad (CFed. La Plata) 7



Ausencia simple y con presunción de fallecimiento

● VIENE DE TAPA

rá rendir cuentas de su gestión ante quien corresponde, según el caso (ausente, herederos).

En el primer supuesto desaparece el fundamento principal por el cual se designó al curador, sea porque la persona reaparece personalmente o bien porque lo hace a través de un apoderado; sea uno nuevo con facultades de administración de los bienes o el mismo que tenía un poder insuficiente, ahora ampliado.

En el segundo caso, demostrada la muerte, desde ese mismo instante el patrimonio del causante se transmite a sus herederos, debiéndose aplicar las reglas previstas en el libro de las sucesiones a los fines de su administración.

III. Ausencia con presunción de fallecimiento

1. Fin de la existencia de las personas

El artículo 93, CCyC, establece que: "La existencia de la persona humana termina por su muerte". A su vez, en cuanto a la determinación del momento de la muerte (comprobación de la muerte como hecho biológico) (1), el Código recepta dos reglas:

1) La comprobación de la muerte queda sujeta a los "estándares médicos aceptados". Se aplica la legislación especial en el caso de ablación de órganos del cadáver (art. 94).

El primer aspecto de la regla se sustenta en que la muerte no es un hecho jurídico sino biológico, de modo que su efectiva comprobación corresponde a los profesionales de las ciencias médicas.

El segundo punto tratado por la norma cobra importancia a los fines de verificar la muerte de quien será donante de órganos, en cuyo caso se aplica el artículo 23 de la ley 24.193 (trasplantes de órganos y materiales anatómicos), según el cual: "El fallecimiento de una persona se considerará tal cuando se verifiquen de modo acumulativo los siguientes signos, que deberán persistir ininterrumpidamente seis horas después de su constatación conjunta: a) Ausencia irreversible de respuesta cerebral, con pérdida absoluta de conciencia; b) Ausencia de respiración espontánea; c) Ausencia de reflejos cefálicos y constatación de pupilas fijas no reactivas; d) Inactividad encefálica corroborada por medios técnicos y/o instrumentales adecuados a las diversas situaciones clínicas, cuya nómina será periódicamente actualizada por el Minis-

{ NOTAS }

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(1) Distinto a la prueba de la muerte (acreditación jurídica), que se determina de acuerdo a las reglas de los artículos 96 a 98, CCyC, tal como se verá en el acápite siguiente al cual remitimos.

terio de Salud y Acción Social con el asesoramiento del Instituto Nacional Central Único Coordinador de Ablación e Implante (INCUCAI). La verificación de los signos referidos en el inciso d) no será necesaria en caso de paro cardiorrespiratorio total e irreversible". Ello debe ser complementado con el artículo 24: "A los efectos del artículo anterior, la certificación del fallecimiento deberá ser suscripta por dos médicos, entre los que figurará por lo menos un neurólogo o neurocirujano. Ninguno de ellos será el médico o integrará el equipo que realice ablaciones o implantes de órganos del fallecido. La hora del fallecimiento será aquella en que por primera vez se constataron los signos previstos en el artículo 23".

2) Conmoriencia. Se presume que mueren al mismo tiempo las personas que perecen en un desastre común o en cualquier otra circunstancia, si no puede determinarse lo contrario (art. 95). El tema cobra interés cuando estas dos o más personas están vinculadas entre sí por una posible adquisición recíproca o unilateral de derechos derivados a la muerte (ej.: sucesión).

Lo dicho hasta aquí refiere a la muerte comprobada, por contraposición a la muerte presunta.

2. Diferencias con la ausencia simple

La declaración judicial de la ausencia simple obedece a la necesidad de administrar el patrimonio del ausente a través de un curador. Aquí, en cambio, la ausencia hace presumir el fallecimiento de la persona, por ello también el procedimiento es más riguroso. El juez declara su muerte presunta y ello da lugar a la apertura de su sucesión (art. 2277, CCyC).

3. Procedencia

El Código regula la presunción de fallecimiento a través de dos regímenes: ordinario (art. 85) y extraordinario (art. 86).

a) Caso ordinario

El primer supuesto se da en caso de ausencia de una persona de su domicilio sin que se tenga noticia de ella por el término de tres años. Es decir, el plazo no se computa desde que dejó el domicilio, sino desde la fecha de la última noticia que se tenga del ausente.

A diferencia de la ausencia simple, en estos casos es indistinto que la persona haya dejado apoderado, puesto que, en cualquier caso, se presume su fallecimiento.

b) Caso extraordinario

Por su parte, el régimen extraordinario puede darse en dos supuestos: "a) si por última vez se encontró en el lugar de un incendio, terremoto, acción de guerra u otro suceso semejante, susceptible de ocasionar la muerte, o participó de una actividad que implique el mismo riesgo, y no se tiene noticia de él por el término de dos años, contados desde el día en que el suceso ocurrió o pudo haber ocurrido; b) si encontrándose en un buque o aeronave naufragados o perdidos, no se tuviese noticia de su existencia por el término de seis meses

desde el día en que el suceso ocurrió o pudo haber ocurrido".

Es decir, en este otro caso no es el mero transcurso del tiempo de ausencia, sino el hecho de haberse encontrado presente en determinadas circunstancias o momentos que hacen presumir, ante la ausencia, el hecho de la muerte.

4. Procedimiento

Cualquiera que tenga algún derecho subordinado a la muerte de la persona de que se trate puede presentarse ante el juez del domicilio del ausente y pedir la declaración de fallecimiento presunto, justificando los extremos legales y la realización de diligencias tendientes a la averiguación de la existencia del ausente. Si bien puede ocurrir que con anterioridad se haya dictado una declaración judicial de ausencia simple, ello no es un requisito necesario para la procedencia de la declaración de muerte presunta, puesto que se trata de dos acciones autónomas.

En el caso de la ausencia simple los legítimos para iniciar la acción tienen un interés que no necesariamente está sujeto al hecho de la muerte del ausente, como sí ocurre en este caso, donde lo que se busca no es resguardar el patrimonio —aunque indirectamente sí—, sino declarar judicialmente que la persona ha fallecido cuando su comprobación no fuera posible a través de los canales normales. Dentro de los legítimos el ejemplo más claro es el de los herederos.

Una vez iniciada la acción, el juez le debe nombrar un defensor al ausente para que lo represente durante el proceso y citarlo por edictos una vez por mes durante seis meses.

5. Curatela

El juez también deberá nombrar un curador a los bienes en caso de que: a) el ausente no haya dejado apoderado; o bien, b) el apoderado no tenga poder suficiente o no desempeñe correctamente el mandato.

A diferencia de la ausencia simple, donde la designación de curador era la consecuencia del dictado de la sentencia, aquí, en cambio, la actuación del curador se da durante el proceso y hasta tanto se dicte la sentencia declarando la muerte presunta.

6. Sentencia

Una vez que se haya producido la prueba ofrecida y transcurridos los seis meses sin que la persona aparezca, luego de oír al defensor del ausente, el juez estará en condiciones de dictar sentencia. Si se encuentran acreditados los extremos legales, el juez declarará la muerte presunta y determinará el día presuntivo del fallecimiento, cuya fecha se establecerá del siguiente modo (art. 90): "a) en el caso ordinario, el último día del primer año y medio; b) en el primero de los casos extraordinarios, el día del suceso, y si no está determinado, el día del término medio de la época en que ocurrió o pudo haber ocurrido; c) en el segundo caso extraordinario, el último día en que se tuvo noticia del buque o aeronave perdidos; d) si es posible, la sentencia debe determinar también la hora

presuntiva del fallecimiento; en caso contrario, se tiene por sucedido a la expiración del día declarado como presuntivo del fallecimiento".

Si la acción prospera, corresponderá hacer entrega de los bienes del presuntamente fallecido a sus herederos, bajo inventario. Los herederos podrán hacer la partición de los bienes, esto es, la división de la herencia entre ellos, con la correspondiente inscripción en los registros (de la propiedad inmueble, automotor, etc.).

7. Prenotación

Sin embargo, como se trata de una muerte presunta, existen algunas particularidades: durante un tiempo los bienes no podrán ser enajenados ni gravados sin autorización judicial, puesto que la ley prevé la posibilidad de que el ausente pueda presentarse o que se tengan noticias de él. Es lo que se conoce con el nombre de *prenotación*, que consiste en dejar constancia en los registros de la declaratoria de herederos se ha dictado en un juicio sucesorio promovido en virtud de una declaración de fallecimiento presunto.

En cambio, si la situación se mantiene y no hay noticias del ausente —transcurridos cinco años desde la fecha presuntiva del fallecimiento u ochenta años desde el nacimiento de la persona—, la prenotación queda sin efecto y entonces puede disponerse libremente de los bienes.

Finalmente, la otra posibilidad es que el ausente reaparezca con posterioridad, en cuyo caso el artículo 92 del Código dice que la persona podrá reclamar: "a) la entrega de los bienes que existen en el estado en que se encuentran; b) los adquiridos con el valor de los que faltan; c) el precio adeudado de los enajenados; d) los frutos no consumidos".

8. A modo de cierre: distinción con otros supuestos

La última parte del artículo 98 del Código prevé el supuesto donde no es posible hallar el cadáver, o bien no es posible identificarlo.

Con relación al primero, cabe aclarar que no se trata de un supuesto de ausencia con presunción de fallecimiento, donde éste se presume justamente a partir de la ausencia (muerte presunta). Quien se encuentra ausente no es la persona, es el cadáver; en un contexto en el cual la muerte no se presume, sino que se tiene certeza de que haya acaecido. En el segundo caso, el cadáver está presente pero no puede ser identificado, ni siquiera a través de pericias.

Para estos dos casos, se prevé que la inscripción de la defunción se lleve a cabo mediante orden judicial, luego de valorar la prueba producida que permita tener por acreditado el fallecimiento de una persona. ●

Cita on line: AR/DOC/589/2017

! MÁS INFORMACIÓN

Tobías, José W., "La persona humana en el Proyecto", LA LEY, 2012-D, 743; DFyP 2012 (julio), 261.

COLUMNAS DE OPINIÓN

Información anticipada de pasajeros por vía aérea

● VIENE DE TAPA

La carga de datos y su control era manual y ello provocaba que la autoridad estadounidense

se, cuando advertía un pasajero sospechoso en un vuelo, generalmente ya iniciado, le denegaba el permiso de ingreso a su espacio aéreo y éste debía regresar o buscar una alternativa (1).

La evolución de la tecnología en comunicaciones ha llegado a automatizar en tiempo real estos controles que han sido obligatorios progresivamente en muchos países para que una aeronave comercial pueda ingresar a su espacio aéreo a saber: EE.UU., Brasil, Chile, Australia, España, Reino Unido, México, Cuba, República Dominicana entre otros.

La Asociación Internacional de Transporte Aéreo (en sus siglas en inglés, IATA), dedica su Práctica Recomendada 1701d (2) —*Self Service Automated Document Check*— a la forma de implementar los procedimientos a ser utilizados por las Aerolíneas miembros, agentes de *handling* y de aeropuertos.

Funcionamiento del Sistema API

La información anticipada de pasajeros, denominada API (*Advance Passenger Information*), trabaja sobre la reserva y no sobre

la emisión de *ticket* aéreo. Esta es la premisa que debe tenerse en claro e implica que un pasajero "no fly", en tanto complete los campos obligatorios de datos requeridos en la reserva API, podrá emitir su billete de pasaje por cualquiera de las vías disponibles: sitio *web* de la aerolínea, agencia de viajes, agencias *punto com*, o bien comprar en las oficinas de la compañía, pues el sistema en esa instancia —*ex professo*— nunca se lo impedirá.

El proceso de compra de un pasaje aéreo generalmente se inicia con la "reserva" de

un lugar físico en la aeronave que cumplirá el vuelo. Ésta puede ser *condicional*, caso en el que tendrá día y hora de vencimiento, cada vez más restringidos, y requiere la carga de datos personales del pasajero: documento de viaje (3) habitualmente pasaporte (con número y lugar de expedición, nombre y apellido, sexo que consta en su documento, nacionalidad).

Completados los campos mandatorios de la reserva API, serán comunicados en tiempo real por el GDS (4) al país de destino, como también a los correspondientes aeropuertos de tránsito, pues hoy generalmente se exige visa también para las escalas sin ingreso al territorio del país de destino.

El país de destino o escala intermedia procesa automáticamente la reserva en tres momentos: cuando la hace el pasajero y la compañía la acepta, se chequean todas las reservas del vuelo 72 horas antes de la partida; y, por último, cuando el aeropuerto cierra el vuelo, se dispara automáticamente la lista de pasajeros, tripulación y de toda de persona a bordo (vg un inspector de la autoridad). En el embarque se pasa el documento por el lector mecánico (5) y se hace una última incorporación de la reserva manualmente con el lugar de residencia y teléfono de algún no viajero.

Cuando el sistema API confrontada la lista de pasajeros confeccionada por el

país de destino/escala detecta en el vuelo un pasajero con interdicción, no emite el *boarding pass* e indica al personal del *counter* que le informe al pasajero que debe contactar al personal de la Compañía aérea que le dará las explicaciones. En casos de mayor peligrosidad, delincuentes comunes, prófugos, terroristas etc., el sistema indica contactar a determinada autoridad policial.

En cuanto al sistema por el cual el pasajero emite su *boarding* en forma privada y previa, "web check-in", en caso de tratarse de un pasajero incluido en las listas, no le permitirá completar el proceso e informará que su reserva está aprobada, pero deberá contactar al personal de la Compañía aérea. Este impedimento de *web check-in* también se prevé para pasajeros menores o con discapacidad, con vistas a su mejor control y ubicación en la aeronave, no implicando rechazo por discriminación.

La verificación de documentos garantiza que el pasajero tenga los correctos para satisfacer los requisitos de inmigración de los países de destino y tránsito. Aquella se efectúa a partir de los datos extraídos del documento de viaje de los pasajeros y los detalles del itinerario contenidos en el sistema de líneas aéreas.

En definitiva, el pasajero es controlado por el sistema API y nunca toma conciencia ni conocimiento de ello.

El caso actual de los EE.UU. Veto al ingreso

Cada Estado tiene la prerrogativa soberana de decidir los criterios de admisión y expulsión de los no nacionales.

Los EE.UU. han dispuesto la prohibición de ingreso durante 90 días, a partir del 27 de enero 2017, a los ciudadanos de Irán, Iraq, Libia, Somalia, Sudán, Siria, Yemen y la entrada de ciudadanos sirios como refugiados, que fuera suspendida hasta próximo aviso. Estas restricciones no aplican a ciudadanos en posesión de una tarjeta válida de residente permanente de los Estados Unidos o a diplomáticos y/o funcionarios de ciertas organizaciones internacionales. Uno de los usos del sistema API será el cumplimiento de la prohibición antedicha.

La verificación mecánica prevé la lectura del documento de viaje evidencia la nacionalidad del viajero y dará el alerta de no embarque a los ciudadanos de los países indicados.

Decreto 70/2017 de la Dirección Nacional de Migraciones de Argentina.

El 30/1/2017 se publicó en el Boletín Oficial el decreto mencionado (DNU) por el cual el Poder Ejecutivo Nacional modifica la Ley de Migraciones argentina limitando los recursos, entre otras previsiones, y ampliando en más de una decena las causales

impeditivas de la permanencia en el país e inadmisión de personas extranjeras.

Para llevar a la práctica con eficacia esta normativa, en cuanto a la admisión de extranjeros, la herramienta informática a utilizar en cuanto al ingreso vía aérea es el ya explicado sistema de información anticipada pasajeros (API).

Las compañías aéreas tienen este sistema operativo para una cantidad de países, e incluso *Aerolíneas Argentinas* tiene previstos como mandatorios en su sistema de reservas por medio de su sitio web todos los campos de datos a completar conforme API y determinados por la PR 1701d de la IATA.

La instrucción de notificación al GDS de la lista de pasajeros al momento de la reserva y al del cierre de cada vuelo será un proceso a implementar sin mayor dificultad, dado que se encuentra operativo para gran cantidad de Estados. Quedará como tema a resolver por el Estado Argentino constituir la base de datos de los extranjeros que deben ser inadmitidos, para ser confrontados por el sistema API en tiempo real, haciendo operativo el decreto 70/2017, evitando su embarque hacia la República y los consecuentes rechazos en oportunidad de la llegada a los aeropuertos nacionales. ●

Cita on line: AR/DOC/562/2017

{ NOTAS }

- Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)**
 (1) Ver nuestra publicación antecedente: <https://ceadonline.com.ar/2012/12/18/aspectos-juridicos-sobre-la-problematika-de-los-pasajeros-insubordinados-o-perturbadores-disruptivos/>
 (2) IATA Passenger Service Conference Resolutions Manual. 39RD Edition June 2013.

(3) *Documento de viaje*: Un documento de identificación oficial emitido por un Estado u Organización, que puede ser utilizado por el titular legítimo para viajes internacionales o domésticos. Los documentos de viaje son normalmente pasaportes, tarjetas de identidad nacionales y visas, pero pueden incluir una amplia gama de otros documentos tales como: permisos de conducir,

tarjetas de residencia y documentos de refugiados.
 (4) GDS (*Global Distribution System*): es un sistema computarizado diseñado para almacenar y recuperar información y realizar transacciones relacionadas con viajes aéreos, hoteles, alquiler de autos y originalmente operado por las aerolíneas, hoy compañías específicas: *Amadeus, Sabre, Travelport*, etc.

(5) El documento de viaje de lectura mecánica contiene datos visuales (legibles) obligatorios y un resumen de datos obligatorio separado, destinado para uso global, que refleja elementos de datos esenciales que pueden ser leídos por máquina. El documento de viaje de lectura mecánica se define en *ICAO DOC 9303*.

NOTA A FALLO

Delitos de lesa humanidad

Ley penal más benigna. Cómputo según la ley 24.390. "2x1". Aplicación sin distinción del delito. Disidencia. Delitos permanentes. Valoración social de los delitos cometidos. Aplicación de la ley vigente en el último tramo de la conducta punible.

Hechos: La Corte Suprema, dejando sin efecto la decisión de la Cámara, declaró aplicable

el cómputo de la detención y de la pena, respecto de un condenado por delitos de lesa humanidad, según lo prescripto por la ley 24.390, es decir, el "2x1".

1.- El cómputo punitivo relativo a un condenado por delitos de lesa humanidad debe practicarse conforme con lo dispuesto en el art.7º de la ley 24.390, por ser una norma intermedia más benigna que tuvo vigencia entre la comisión de los hechos y el dictado de la condena, de acuerdo con el art.2º del Cód. Penal (del voto en mayoría de los Dres. Highton de Nolasco y Rosenkrantz).

2.- Según nuestro orden jurídico, las leyes penales promulgadas después de la comisión del delito pero derogadas y reemplazadas por otra ley antes de dictarse condena, se aplican retroactivamente cuando son más benignas, y tendrán ultraactividad cuando son intermedias, siempre que fueran más benignas que las posteriores, y a esto no obsta el hecho de que el imputado haya sido condenado por la comisión de delitos de lesa humanidad si no existe excepción legal para tales delitos (del voto en mayoría de los Dres. Highton de Nolasco y Rosenkrantz).

3.- La calificación del delito como permanente en modo alguno inhibe la posibilidad de que durante el transcurso de la acción, pero antes de pronunciarse el fallo, se dicte una ley más benigna y, con ello, se configuren las únicas condiciones a las que el art.2º del Cód. Penal supedita la aplicación de aquella más favorable, por lo que la ley 24.390, en relación con el cómputo de la detención y de la pena, es aplicable al caso (del voto en mayoría de los Dres. Highton de Nolasco y Rosenkrantz).

4.- El principio de la ley más benigna es de aplicabilidad universal a todos los casos

¿Nullum crimen sine poena o nullum crimen sine lege?

CONSIDERACIONES SOBRE EL FALLO "MUIÑA"

Andrés Rosler y Guillermo Jensen

SUMARIO: I. Introducción. — II. Una aclaración tautológica. — III. Acerca de los argumentos contra el fallo. — IV. Dos teorías sobre el castigo penal.

I. Introducción

En estas breves líneas analizaremos el fallo "Muiña", repasando los principales argumentos jurídicos esgrimidos en contra del caso.

Vamos a concentrarnos en los argumentos en sí mismos en general sin atribuirlos a sus autores (1). Al final de la nota nos concentraremos en las dos concepciones del castigo que subyacen a la discusión sobre dicho fallo.

II. Una aclaración tautológica

En atención a que reconocidos juristas e incluso jueces han apelado a consideraciones extrajurídicas para poner en cuestión el fallo, tales como razones políticas, la reacción de la sociedad, etc., antes de hacer referencia a los argumentos en sí mismos sobre el caso "Muiña", quisiéramos realizar una breve digresión metodológica que en el fondo está al borde de la tautología. La misma consiste, en efecto, en que la validez legal de un fallo ju-

dicial depende exclusivamente de estándares legales, los cuales a veces son popularmente designados como "tecnicismos". Ciertamente, a menudo el derecho hace referencia a estándares extra-jurídicos para, v.g., determinar la validez de un contrato, tal como sucede con la "moral y las buenas costumbres", pero semejante tercerización, por así decir, es estipulada por el derecho mismo. Si se nos permite una licencia poética podemos afirmar que a la fiesta del derecho, sobre todo la del derecho penal, solamente se puede entrar

que no estuvieran explícitamente excluidos, ello por el uso del adverbio "siempre" en el texto del art. 2º del Cód. Penal que da cuenta de esto (del voto en mayoría de los Dres. Highton de Nolasco y Rosenkrantz).

- 5.- La aplicación de un criterio de benignidad a condenados por delitos de lesa humanidad se trata de un dilema moral que debe ser resuelto con la Constitución Nacional y las leyes, por lo tanto, la ley 24.390, intermedia más benigna en relación con el cómputo de la detención y de la pena, debe ser aplicada al caso del juzgamiento de un delito de lesa humanidad, permanente, pues, conforme al texto de la norma, la naturaleza o gravedad del delito no constituyen condición de aplicabilidad de sus disposiciones (del voto concurrente del Dr. Rosatti).
- 6.- La judicatura no puede arrogarse la representación de la comunidad en la valoración social de una conducta —en el caso, aplicación del cómputo de la detención y de la pena según la ley 24.390 en un caso de la comisión de delitos de lesa humanidad—, función propia del legislador en un Estado de Derecho (del voto concurrente del Dr. Rosatti).
- 7.- La existencia de obligaciones internacionales asumidas por el Estado argentino para garantizar la investigación, el juzgamiento y la sanción de los crímenes de lesa humanidad y las graves violaciones perpetradas a los derechos humanos, debe ser cumplida por los tribunales argentinos sin vulnerar los principios constitucionales de legalidad y debido proceso, cuyo

incumplimiento también puede acarrear responsabilidad internacional (del voto concurrente del Dr. Rosatti).

- 8.- Un Estado de Derecho no es aquel que combate a la barbarie apartándose del ordenamiento jurídico sino respetando los derechos y garantías que han sido establecidos para todos, aun para los condenados por delitos aberrantes (del voto concurrente del Dr. Rosatti).
- 9.- La interpretación de la legislación penal más benigna, en el marco de la aplicación de una ley derogada como la ley 24.390, es insuficiente para dar adecuada solución a un tema de indudable relevancia institucional como es la ejecución de la pena cuando se trata de delitos de lesa humanidad; es necesario tener en cuenta que respecto de éstos no hay posibilidad de amnistía, ni de indulto, ni se aplica a ellos el instituto de la prescripción, y que la persecución forma parte de los objetivos de la legislación internacional (del voto en disidencia del Dr. Lorenzetti).
- 10.- El derecho a la aplicación retroactiva de una ley más benigna requiere la evaluación de si la ley posterior al hecho es la expresión de un cambio en la valoración de la clase de delito correspondiente a los hechos de la causa, pues sólo en ese caso el imputado por la comisión de un delito tiene un derecho federal a la aplicación de ésta (del voto en disidencia del Dr. Lorenzetti).
- 11.- La regla del cómputo de la detención y de la pena del art. 7º de la ley 24.390 —2x1— que no fue el resultado de un cambio en la

reprobación de los delitos de lesa humanidad, sino un mecanismo dirigido a limitar temporalmente los encierros preventivos, para contenerlos dentro de los plazos razonables tal como lo exige el art. 7.5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, no es aplicable en el caso, en el que se juzgan tales conductas (del voto en disidencia del Dr. Lorenzetti).

- 12.- En virtud de la calificación de los delitos de lesa humanidad que efectuara la Corte Suprema de Justicia de la Nación, no es admisible que una ley cuya finalidad fue limitar temporalmente la prisión preventiva como la ley 24.390, que es una medida procesal, pueda significar un cambio en la valoración típica de delitos que tienen una dimensión que claramente excede ese ámbito (del voto en disidencia del Dr. Lorenzetti).
- 13.- El carácter permanente de un delito, como es el caso de los delitos de lesa humanidad, implica que si durante su lapso de consumación rigieron dos leyes, no se trata de un caso de sucesión de leyes penales —art. 2º del Cód. Penal, donde se debe aplicar siempre la más benigna—, sino de coexistencia de leyes, debiéndose aplicar una sola ley que es la vigente en el último tramo de la conducta punible (del voto en disidencia del Dr. Lorenzetti).
- 14.- La prohibición de sancionar en forma inadecuada a los delitos de lesa humanidad constituye fundamento objetivo y suficiente para rechazar la aplicación extensiva de una norma vinculada al cómputo de pena que no sólo no resulta formalmente aplica-

ble al recurrente porque se encontraba derogada al tiempo de su encarcelamiento y condena por un delito calificado como permanente, sino que, además, traería como resultado que merced a un mero cálculo aritmético se redujera en forma automática sustancialmente la pena de prisión impuesta (del voto en disidencia del Dr. Lorenzetti).

- 15.- Aun cuando se trate de delitos muy graves, quienes pudieran resultar condenados por tales delitos merezcan una reparación menor por haber visto afectados sus derechos en pos de la efectividad del proceso penal, el tribunal de juicio está obligado a examinar si existen razones objetivas que justifiquen el diferente tratamiento con relación al punto específico de la compensación mediante el abono del tiempo de prisión preventiva; en el caso de delitos de lesa humanidad existen razones objetivas, sustanciales e imperativas que impiden extenderle al caso del recurrente, en una suerte de analogía *in bonam partem*, el cómputo privilegiado del art. 7º de la ley 24.390 que no le resulta formalmente aplicable (del voto en disidencia del Dr. Maqueda).

120.178 — CS, 03/05/2017. - Bignone, Reynaldo Benito Antonio y otro s/recurso extraordinario.

[Cita on line: AR/JUR/13700/2017]

[El fallo *in extenso* puede consultarse en Atención al Cliente, www.laleyonline.com.ar o en Preview]

legalmente por invitación. Como se puede apreciar, hemos incurrido otra vez en una tautología.

Por lo demás, es indudable que un número muy significativo de personas se ha manifestado claramente en contra del fallo. Sin embargo, jurídicamente hablando, este malestar debería ser tan irrelevante como lo sería una concentración multitudinaria pero a favor del fallo. Según el Derecho Penal vigente en nuestro país, las cuestiones penales son resueltas exclusivamente por nuestro sistema judicial penal —valga otra vez la tautología—, sistema que incluye por supuesto a la Corte Suprema.

Quizá la confusión provenga del hecho de que la Corte Suprema no solamente resuelve cuestiones judiciales en sentido estricto sino que además tiene la última palabra en el ejercicio del razonamiento constitucional y por lo tanto a menudo se ve envuelta en la decisión de cuestiones que son indudablemente de naturaleza política. Sin embargo, del hecho de que una misma institución tenga atribuciones por las cuales pueda tratar cuestiones políticas y penales no se sigue que las segundas dependan de o se conviertan en las primeras.

Una variación del tema de la naturaleza política de la Corte Suprema es la que emplean los que consideran que dado que la Corte es la cabeza de uno de los tres Poderes del Estado, por lo tanto sus decisiones judiciales envían cierto "mensaje" político a la sociedad. La Corte Suprema, al menos cuando ejerce la jurisdicción penal, no cumple con tareas postales, y si en verdad lo hiciera, dado que se trata de un caso penal, el mensaje enviado debería

tener un significado exclusivamente liberal. De ahí que la referencia al mensaje enviado por la Corte es redundante o contraproducente, ya que su significado político sería incompatible con el derecho vigente.

III. Acerca de los argumentos contra el fallo

En razón de la ley 24.390, más conocida como la ley del "dos por uno"—que fue una ley vigente bajo nuestro sistema jurídico democrático— y a la luz del principio de la aplicación de la ley penal más benigna vigente según nuestro ordenamiento jurídico, la Corte Suprema no tuvo otra alternativa que fallar tal como lo hizo. Sin embargo, un número significativo de reconocidos juristas, sin excluir por supuesto al voto minoritario en dicho fallo, ha esgrimido diversos argumentos en contra de la decisión mayoritaria.

Un primer argumento se concentra en el hecho de que se trató de una decisión obtenida por tres votos contra dos. Esta objeción supone que las decisiones obtenidas por unanimidad o por amplias diferencias son mejores que las ajustadas, como si lo que importara no es la decisión en sí, sino cuántos votos obtuvo. Si se nos permite apelar otra vez a una metáfora, semejante posición equivale a creer que en un partido de fútbol lo que nos interesa es que haya cinco goles y que los goles correspondan al mismo equipo, sin que importe a cuál. Quizá sea preferible contar con amplias mayorías e incluso unanimidad si fuera posible, pero solamente si dicha unanimidad refleja la decisión jurídicamente correcta y no un mero punto de confluencia.

Yendo a la discusión jurídica de fondo, quienes invocan al derecho internacional

para poner en duda la decisión de la Corte Suprema toman en principio el camino correcto, ya que nuestro derecho tiene el deber de obedecer las normas internacionales en relación con los delitos de lesa humanidad. Después de todo, es el propio derecho argentino el que se ha obligado a tal efecto. Sin embargo, el derecho penal internacional contiene las mismas garantías reconocidas por el derecho argentino, tales como el principio de la aplicación de la ley penal más benigna, irretroactividad de la ley, etc. De hecho, el Estatuto de Roma en su art. 24, estipula que sus disposiciones serán aplicadas solamente a delitos cometidos con posterioridad a su entrada en vigencia.

En este mismo sentido, no pocos hacen referencia al carácter imprescriptible de los crímenes de lesa humanidad, consagrado por el derecho internacional para cuestionar el fallo. Sin embargo, decir que un crimen es imprescriptible en realidad significa que su acción no prescribe. Quien deseara mostrar alguna otra implicación debería mostrar que la misma está incluida en la ley, sin olvidar que una regla distintiva del derecho penal liberal es el principio de la interpretación restrictiva y por ende la prohibición de la analogía. De otro modo, estaríamos incurriendo en un razonamiento moral sin mediación jurídica, como si por el hecho de que los crímenes de lesa humanidad son moralmente aberrantes tenemos entonces la obligación de aplicar un régimen enteramente distinto al de los delitos comunes no previsto por el derecho penal vigente.

Otra vez, a la luz del derecho penal liberal vigente en nuestro país, compendiado en el principio constitucional de legalidad, para que el razonamiento moral tenga efectos jurídicos debe haber sido invitado expresamente por el razonamiento jurídico. De otro modo, irónicamente, en nombre de la protección de los derechos humanos terminaríamos considerando como no humanos o como humanos

sin derechos a individuos que son blanco del aparato punitivo del Estado. Después de todo nunca se insistirá lo suficiente en que hablar de "un derecho penal garantista en un estado de derecho es una *grosera redundancia*, porque en él no puede haber otro derecho penal que el *de garantías*, de modo que todo penalista, en este marco, se supone que es *partidario de las garantías*, es decir, que es *garantista*" (2).

Por su parte, quienes sostienen que el principio de la ley más benigna es inaplicable a los delitos de lesa humanidad tendrían que explicar no solamente por qué el derecho internacional insiste en hacer referencia a dicho principio, sino además qué quedaría de dicho principio si por definición no pudiera afectar en absoluto la pena de cárcel.

Asimismo, quienes argumentan que la prohibición de amnistía, conmutación de penas o indulto para delitos de lesa humanidad implican la inaplicabilidad de los principios liberales del derecho penal, tienen que mostrar que el cómputo de la pena en cuestión no solamente *equivale a*, sino que *es* una amnistía, conmutación de penas o un indulto. Sin duda, se trata de un tecnicismo, pero el razonamiento jurídico se nutre de los tecnicismos. Si no fueran necesarios apeláramos directamente al razonamiento moral.

Otro argumento que ha sido invocado es el de la arbitrariedad de usar el beneficio del "dos por uno" solamente para los genocidas. Este argumento contiene en sí mismo la respuesta a la objeción. En efecto, según este argumento, el problema no es que exista un fallo de esta clase sino que los hay muy pocos, ya que si el beneficio se extendiera entonces no habría nada que objetar.

Tal como suele suceder en derecho, no pocos invocan fallos tanto del mismo tribunal como de otros tribunales para impugnar la

{ NOTAS }

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(1) En el Suplemento Especial de La Ley del 18 de Mayo, AÑO LXXXI N° 93, los lectores podrán encontrar el fallo,

así como comentarios tanto a favor como en contra.

(2) ZAFFARONI, Eugenio R., "El enemigo en el derecho penal", Ediar, 2009, Buenos Aires, p. 169.

decisión. Se trata quizás del argumento más poderoso en la medida en que, por supuesto, los fallos aducidos sean relevantes, traten los mismos casos, o que hayan tomado la decisión jurídica correcta. Sin embargo, es un hecho —a veces incluso saludable— que la jurisprudencia cambia y que la última palabra la tienen las reglas y principios invocados en los argumentos antes que los fallos en sí mismos.

IV. Dos teorías sobre el castigo penal

Existen dos grandes maneras de entender y justificar la puesta en marcha del aparato punitivo del Estado. Por un lado, se encuentran quienes son fieles al principio según el cual ningún delito debe quedar sin pena (*nullum crimen sine poena*). Según esta concepción, en la cual el razonamiento moral lleva la voz cantante sin mediación jurídica, lo único que importa es el castigo a cualquier costo, incluyendo si hiciera falta una legislación penal retroactiva. Las garantías penales, por lo tanto, solamente serán aplicables si ayudan a castigar a la persona en cuestión.

Por alguna razón, el primer ejemplo que se nos viene a la mente para ilustrar esta primera concepción sobre el castigo penal es el del nazismo. En efecto, Carl Schmitt en uno de sus escritos más representativos de su época nazi criticaba a los que creían que un delincuente podía tener “un derecho adquirido”, como si, haciendo referencia a la frase de Franz von Liszt, el Código Penal fuera “la Carta Magna del delincuente” (3).

Sin embargo, sería un error creer que solamente los nazis invocaban la teoría del castigo justo o que todos los que utilizan esa teoría son nazis. En efecto, este mismo paradigma afloró durante los juicios de Núremberg, a juzgar por la reconstrucción filosófica hecha por Carlos Nino, quien pone en boca del hipotético juez Ticio el siguiente considerando: “Este tribunal tiene la imperiosa necesidad de ratificar contundentemente el valor de la vida, el de la integridad física, el de la intrínseca igualdad de todos los seres humanos, etcétera. Para ello no puede dejar impunes a los personeros de un régimen que se burló brutalmente de esos valores, como nunca

antes había ocurrido. Esto implica dejar de lado principios jurídicos normalmente valiosos, como los que alega la defensa. Debemos asumir plenamente esta consecuencia desagraciada como un mal menor” (4).

Como se puede apreciar, Ticio invoca el principio del castigo justo en el contexto de un tribunal instituido por fuerzas invasoras que acababan de ganar una guerra mundial a todas luces justa. Nótese sin embargo que al hacerlo Ticio se hace cargo de que está haciendo una excepción, i.e. de que *no está siguiendo las reglas del Estado de Derecho*.

Según la segunda concepción, típica del Estado de Derecho liberal a la *Feuerbach* y que se remonta hasta el derecho penal canónico (5), ningún delito puede ser castigado sin ley anterior (*nullum crimen sine lege*), entendiéndose por “ley anterior” el principio de legalidad con todas sus implicancias (6). Según esta concepción, no sólo no tiene sentido hablar de crimen con anterioridad al razonamiento legal sino que además las garantías penales se aplican cada vez que

se pone en marcha el aparato punitivo del Estado, de tal forma que para el derecho penal liberal el Código Penal es y debe ser la Carta Magna de todos los seres humanos.

En resumen, o bien conforme al derecho penal vigente en nuestro país, que sigue el paradigma del Estado de Derecho liberal, creemos que *alguien debe ser castigado exclusivamente porque violó las leyes*, o bien seguimos el principio del castigo justo, probablemente inspirado por las mejores intenciones aunque motivado por la necesidad de hacer una excepción, según el cual *alguien violó las leyes porque debe ser castigado*. O, para usar la terminología más diáfana aun de Daniel Pastor; o bien aplicamos el derecho penal liberal vigente en nuestro país; o bien optamos por un derecho penal liberado (7). Desde el punto de vista del Estado de Derecho liberal, no parece haber alternativa. ●

Cita on line: AR/DOC/1502/2017

{ NOTAS }

(3) SCHMITT, Carl, “Der Führer schützt das Recht” (1934), en *Positionen und Begriffe*, Duncker & Humblot, 2da. ed., Berlín, 1988, p. 228.

(4) NINO, Carlos, “Introducción al Análisis del Derecho”, Astrea, Buenos Aires, 1980, 2da. ed., p. 26, bastar-

dilla agregada.

(5) JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, “Tratado de Derecho Penal”, Losada, Buenos Aires, 1950, 2da. ed., vol. II, p. 612.

(6) NINO, Carlos, “Fundamentos de Derecho Consti-

tucional”, Astrea, Buenos Aires, 1992, p. 455.

(7) Mientras que el “derecho penal liberal” está orientado a asegurar los derechos individuales del acusado, el “derecho penal liberado” se embarca en una cruzada ilimitada contra la criminalidad entendida como la en-

carnación del mal. PASTOR, Daniel, “Encrucijadas del Derecho Penal Internacional y del Derecho Internacional de los Derechos Humanos”, Grupo Editor Ibáñez, Bogotá, 2009, p. 242.

JURISPRUDENCIA

Uso de aguas

Conflicto entre Estados provinciales. Competencia originaria.

La demanda de una provincia contra otra por el uso de aguas es una cuestión de competencia originaria de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, pues se ha suscitado un conflicto entre dos Estados provinciales que genera una real controversia, ante la necesidad de dirimir la situación denunciada, y dado que ninguna de las provincias podría erigirse en juez de su propia causa.

120.179 — CS, 25/04/2017. - Provincia de La Pampa c. Provincia de Mendoza s/ uso de aguas.

[Cita on line: AR/JUR/13703/2017]

Dictamen de la Procuradora Fiscal:

- I -

A fs. 5/205, la Provincia de La Pampa demanda a la Provincia de Mendoza en los términos del art. 127 de la Constitución Nacional, a fin de que V.E.:

I. Declare el incumplimiento de la Provincia de Mendoza: 1) al punto 3ro. de la sentencia dictada el 8 de diciembre de 1987, publicada en Fallos: 310:2475, es decir, a la obligación de negociar y celebrar de buena fe los convenios para regular los usos del río Atuel; 2) a distintos puntos de los convenios celebrados durante 1989 y 1992, y se considere la maliciosa demora en el tratamiento y el posterior rechazo del convenio marco de 2008, como un nuevo incumplimiento al fallo citado y de las obligaciones asumidas en los acuerdos anteriores; y 3) a distintas normas constitucionales y de derecho internacional aplicables a la relación que mantiene con la Provincia de La Pampa por la cuenca del Río Atuel,

como las relacionadas con la afectación del derecho humano al agua, del principio de crecimiento armónico y equilibrado entre las provincias, etc.;

II. Se declare la presencia de daño ambiental, como consecuencia de los anteriores incumplimientos, y se ordene su cese y recomposición;

III. Se fije un caudal ambiental en forma inmediata, estableciendo al efecto cantidad y calidad mínima del agua a ingresar al territorio pampeano, teniendo en cuenta el derecho humano al agua, al crecimiento armónico y equilibrado entre las provincias y los que le corresponden a la Provincia de La Pampa sobre sus recursos naturales;

IV. Se disponga la realización de las obras para: 1) alcanzar dicho caudal, fijándose los plazos de ejecución y; 2) optimizar la utilización del recurso del agua en el sistema de riego;

V. Se condene a indemnizar los perjuicios sufridos con motivo de los citados incumplimientos en los que incurrió la Provincia de Mendoza, tomando como base el estudio de la Universidad Nacional de La Pampa que se ofrece como prueba documental, así como aquellos que se produzcan hasta la efectiva concreción del caudal ambiental;

VI. Se disponga la creación de un Comité Interjurisdiccional para la cuenca del río Atuel, con la participación del Estado Nacional, a fin de que administre, como autoridad máxima, la utilización del agua en la cuenca, a los efectos ambientales y productivos, y con el cargo de suministrar información en forma periódica a la Corte Suprema de Justicia de la Nación sobre el cumplimiento de su sentencia y secuelas necesarias;

VII. Se prohíba a la Provincia de Mendoza que efectúe cualquier tipo de acción u obra sobre el Río Atuel y sus afluentes, que implique una alteración de la cantidad o ca-

lidad del agua que deba llegar a la Provincia de La Pampa, sin la previa autorización del Comité a crearse; y

VIII. Se ordene al Estado Nacional que brinde la colaboración económica, financiera, técnica y toda otra asistencia que resulte necesaria para implementar las obras cuya realización se dispongan tanto en la sentencia definitiva como en la etapa de ejecución.

Recuerda que V.E. reconoció en Fallos: 310:2475 el carácter interjurisdiccional del Río Atuel y determinó que las Provincias de Mendoza y La Pampa debían negociar de buena fe para definir las formas a las que se someterían para la utilización común del recurso. Refiere que la demandada no cumplió esa manda jurisdiccional sino que, por el contrario, continuó desarrollando un uso ilegítimo e irrazonable del curso de agua en cuestión. Como consecuencia de ese proceder, denuncia que se ha provocado un inmenso daño ambiental al ecosistema pampeano, que proyecta sus consecuencias sobre los vecinos de esa provincia.

Relata que el 7 de noviembre de 1989 los gobernadores de las Provincias de Mendoza y La Pampa suscribieron un “Protocolo de Entendimiento Interprovincial”, a los efectos de tratar el problema de la cuenca del Río Atuel. Allí también se previó la creación de la Comisión Interprovincial del Atuel Inferior (C.I.A.I.), encabezada por los gobernadores y otros representantes de los Estados locales firmantes. Con posterioridad, el 7 de febrero de 1992, ambas provincias junto con el Estado Nacional acordaron un nuevo convenio, posteriormente ratificado por las respectivas legislaturas provinciales y homologado judicialmente ante la Corte, en virtud del cual la Provincia de Mendoza se comprometía a entregar el caudal de agua potable necesario para satisfacer la demanda de uso humano de diversas localidades de la Provincia de La Pampa, como así también a pagarle a la aquí acto-

ra regalías hidroeléctricas derivadas de la explotación del Complejo Hídrico Los Nihuales. Como contrapartida de ello, la Provincia de La Pampa prestó su conformidad para la transferencia de la mencionada obra de la Nación a la Provincia de Mendoza y se estableció un sistema de control a favor de la cedente respecto de las actividades que allí se realizarían, a los fines de garantizar la debida percepción de regalías y los derechos derivados de la sentencia del año 1987. Asimismo, manifiesta que se dispusieron ciertas obligaciones tendientes a que la Provincia de Mendoza cumpla con el aludido fallo de la Corte y se estipuló además que ese acuerdo no afectaría los derechos de la Provincia de La Pampa de compartir con la aquí requerida, el uso consuntivo de las aguas del Río Atuel.

Señala que el día 7 de agosto de 2008 se celebró un convenio marco entre las mencionadas provincias y el Estado Nacional en el que se previeron una serie de obras (que serían financiadas por el Gobierno federal), a los efectos de aumentar el caudal hídrico y la calidad de las aguas del Río Atuel y se creó la Unidad de Coordinación Técnica del Río Atuel. El instrumento fue ratificado por la Legislatura de la Provincia de La Pampa, mas fue desechado por el mismo órgano de la Provincia de Mendoza.

En razón de lo antes expuesto, la actora denuncia que la Provincia de Mendoza no ha cumplido los convenios que suscribió a partir de la manda introducida en la sentencia de 1987 de la Corte sino que, por el contrario, ha continuado desarrollando un aprovechamiento unilateral del Río Atuel. Como resultado de lo anterior, revela que se han modificado los caudales fluvioecológicos y ambientales para el territorio pampeano y se han producido diversos daños ambientales, en contradicción con lo prescripto en las leyes nacionales que protegen el ambiente (25.675 y 25.688) y el Acuerdo Federal del Agua, suscripto por provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en agosto de 2003.

Destaca no sólo la afectación del ecosistema en los bañados del Río Atuel y su desembocadura en el Río Salado sino también los daños que se proyectan sobre la cuenca de este último y del Río Colorado. Además, puntualiza el impacto social producido sobre los bienes y servicios ecosistémicos y las consecuencias demográficas que la alteración del ecosistema ha generado en la zona. Frente a tales circunstancias, la actora reclama la reparación del daño ambiental colectivo y la recomposición del ambiente.

Funda su derecho en los arts. 16, 41, 43, 75 y 127 de la Constitución Nacional, los convenios y acuerdos celebrados con la demandada y el Estado Nacional, y en las leyes nacionales 24.375, 25.675 y 25.688.

Explica que ante las comentadas negociaciones infecundas, el agotamiento de las vías institucionales y los reclamos del pueblo pampeano —derivados de los problemas existentes en la Provincia en materia de acceso al agua potable— se encuentra obligada a iniciar esta acción para resolver el presente conflicto interestatal, cuyo conocimiento entiende que le corresponde a V.E. de conformidad con lo previsto en el art. 127 de la Constitución Nacional.

Por otra parte, advierte que no existe litispendencia con la causa P.732, XLVI, Originario “Palazzani, Miguel Ángel c. Mendoza, Provincia de y otro s/amparo ambiental”, puesto que no se dan los requisitos de los arts. 87, inc. 3º, y 88 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación (Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación).

En último lugar, solicita la citación como tercero al pleito del Estado Nacional, con apoyo en los principios de subsidiariedad, solidaridad y cooperación, así como en razón de su responsabilidad histórica en la producción del daño ambiental denunciado, a partir de la realización y puesta en marcha del Complejo Los Nihuales.

- II -

A fs. 217, V.E. —de conformidad con el dictamen de este Ministerio Público de fs. 215/216— declara esta causa corresponde a su competencia originaria, corre traslado de la demanda a la Provincia de Mendoza y cita al Estado Nacional como tercero.

- III -

A fs. 268/274, se presenta el Estado Nacional y contesta su citación.

En resumen, señala que ha ejercido un rol de coordinación tendiente a facilitar la comunicación entre los Estados locales a los fines de conciliar políticas públicas referidas al ambiente en general y al agua en particular. Sin embargo, explica que su participación se encuentra limitada en lo relativo al recurso interjurisdiccional en cuestión, en virtud de que corresponde a las provincias la competencia ambiental respecto de los recursos naturales que se encuentran bajo su dominio.

Puntualmente, en relación con el acuerdo suscripto en el año 2008, reconoce su celebración mas justifica la falta de ejecución de aquel en que la Provincia de Mendoza no ratificó su contenido, obstando de tal manera a su ejecución. Ante ello, sostiene que la actora no puede reprocharle incumplimiento alguno.

- IV -

A fs. 278/624, contesta la demanda la Provincia de Mendoza.

En primer lugar, plantea la incompetencia de esa Corte para conocer en estos

actuados en los términos de lo establecido por el art. 127 de la Constitución Nacional, al considerar que lo que aquí se plantea es una causa judicial típicamente jurisdiccional. En línea con lo anterior, postula que el Tribunal no tiene atribuciones para disponer la creación de un comité interjurisdiccional para la cuenca del Río Atuel, ya que corresponde a los Estados locales —y no al Gobierno federal— la integración de poderes de carácter local. Una solución distinta a la que postula, afectaría la autonomía de las provincias involucradas.

En segundo lugar, esgrime la defensa de cosa juzgada al considerar que la pretensión de la actora no es más que un replanteo de lo ya resuelto en Fallos: 310:2475 bajo el ropaje de una nueva argumentación jurídica. En este punto, manifiesta que es imposible que coexista lo decidido en esa sentencia con lo que aquí requiere la Provincia de La Pampa.

En tercer lugar, estima que la peticiante carece de legitimación para accionar a partir de lo establecido en el art. 30 de la Ley General del Ambiente (25.675). Detalla que en el aludido precepto se prevé que, deducida la demanda de daño ambiental colectivo por alguno de los titulares habilitados por esa norma, no podrán interponerla los restantes. Al respecto, recuerda que ante el Tribunal se encuentran tramitando los autos P.732, XLVI, “Palazzani, Miguel Ángel c. Mendoza, Provincia de y otro s/amparo ambiental”. Refiere que allí se plantea una controversia respecto del mismo bien jurídico en cuestión, en la que se reclama —como en el presente expediente— la recomposición y prevención ambiental. Señala también que en esa causa la actora y el Estado Nacional se encuentran interviniendo en calidad de terceros.

Por otra parte, postula que no le cabe responsabilidad alguna por el actual estado ambiental del territorio pampeano, sino que más bien ese escenario se deriva de las omisiones en materia de políticas públicas de la actora y del Estado Nacional. Con base en ello, opone la defensa de falta de legitimación pasiva.

En subsidio de lo anterior, se refiere al fondo del asunto en cuanto sostiene que no ha incumplido la sentencia de la Corte, ya citada, ni los acuerdos posteriores que vincularon a las partes. Por el contrario, resalta su diligencia y buena fe para las negociaciones que se intentaron y destaca su cooperación brindada a la Provincia de La Pampa para resolver sus dificultades en materia de acceso al agua.

Rechaza —por improcedente— la fijación de un caudal ecológico o ambiental permanente como técnica de recomposición del ambiente. Subraya que en este punto presenta graves deficiencias en su consistencia técnica, lo cual impide su consideración seria. Según su punto de vista, el estudio presentado no acredita la existencia de daño ambiental alguno sino que propone la posibilidad de establecer una distribución de aguas alternativa a la actual en miras a beneficiar a la Provincia de La Pampa y, ante su eventual admisión, advierte que resultaría contradictorio con lo decidido por la Corte en Fallos: 310:2475.

Con base en lo anterior concluye que no existe el daño ambiental que aquí se denuncia y descarta la responsabilidad ambiental que se le endilga.

- V -

A fs. 671, el Tribunal remite las presentes actuaciones para que este Ministerio Público se expida acerca de las excepciones opuestas por la Provincia de Mendoza.

- VI -

Advierto que un orden jurídicamente lógico impone tratar, en primer lugar, la incompetencia de la Corte esgrimida por la demandada para intervenir en estos actuados.

Adelanto que, según mi punto de vista, esa defensa no puede prosperar de acuerdo con los argumentos desarrollados en mi dictamen de fs. 215/216, a los que me remito en razón de brevedad.

A lo anterior estimo pertinente agregar que el delicado equilibrio del sistema federal, que asegura la armonía y el respeto recíproco entre los Estados provinciales y la de éstos con el poder central, requiere que —como medio de garantizar la paz interior— la Corte Suprema intervenga para resolver las querellas, como la de autos, entre los organismos autónomos partes del cuerpo de la Nación, en ejercicio de las facultades que le conciernen como intérprete final de la Constitución y con la sola exigencia de que tales quejas asuman la calidad formal de una demanda judicial (Fallos: 310:2475 y sus citas).

- VII -

Despejado lo anterior, pienso que corresponde estudiar la defensa de falta de legitimación activa de la Provincia de La Pampa, que la demandada funda en lo previsto por el art. 30, segundo párrafo, de la ley general del ambiente.

En este punto, advierto que, por tratarse la resolución de la presente contienda de una jurisdicción conferida al Tribunal para su conocimiento en instancia originaria, según los términos establecidos en el art. 127 de nuestra Norma Fundamental, se trata de una atribución de raigambre constitucional, de naturaleza restrictiva y no susceptible de ser ampliada ni limitada por normas legales (Fallos: 325:3070; 326:3517 y 3642, y 327:446, entre muchos otros).

A la luz de esa directriz, forzoso es concluir que el argumento de falta de legitimación activa de la Provincia de La Pampa, fundada en la ley general del ambiente, no puede prosperar.

- VIII -

Por lo demás, la Provincia de Mendoza invocó también las excepciones de cosa juzgada y de falta de legitimación pasiva.

Para su estudio, creo pertinente recordar la doctrina de la Corte según la cual, a falta de una ley que regule el procedimiento en forma específica, las demandas entre provincias se encuentran regidas por la ley de procedimiento nacional (Fallos: 165:83).

Bajo este prisma, considero que resulta de aplicación el punto 6) del art. 347 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación en cuanto prevé que: “para que sea procedente esta excepción (cosa juzgada), el examen integral de las dos (2) contiendas debe demostrar que se trata del mismo asunto sometido a decisión judicial, o que por existir continencia, conexidad, accesoriedad o subsidiariedad, la sentencia firme ya ha resuelto lo que constituye la materia o la pretensión deducida en el nuevo juicio que se promueve”.

Con base en tales pautas, observo que establecer la existencia de cosa juzgada exige realizar un examen integral de ambas contiendas a los fines de determinar si la sentencia firme del 8 de diciembre de 1987 ha resuelto ya lo que constituye la pretensión deducida en estos autos pues, en este aspecto, la Corte tiene dicho que lo esencial es determinar si los litigios consi-

derados en su conjunto son idénticos o no, contradictorios o susceptibles de coexistir (Fallos: 316:3126).

A estos efectos, estimo pertinente recordar que el reclamo formulado por la Provincia de La Pampa y decidido por la Corte en Fallos: 310:2475, con sentencia firme, tenía por objeto que se condene a la Provincia de Mendoza a “no turbar la posesión que ejerce y le atañe sobre las aguas públicas interjurisdiccionales que integran la subcuenca del río Atuel y sus afluentes, a cumplir lo dispuesto en la resolución 50/1949 de Agua y Energía Eléctrica y que se reglen los usos en forma compartida entre ambas provincias” (conf. puntos I. y III. de los antecedentes del fallo citado).

En aquella oportunidad, la Corte resolvió: “1) declarar que el Río Atuel es interprovincial —ello, pese a la tesitura de la Provincia de Mendoza que sostenía su dominio exclusivo en virtud de que aguas debajo de la localidad de Carmensa el río perdía la condición de perenne (conf. cons. 1º) y que el acuerdo celebrado entre el Estado Nacional y la Provincia de Mendoza el 17 de junio de 1941 no tenía efecto vinculatorio para la actora; 2) rechazar la acción posesoria promovida por la Provincia de La Pampa y las pretensiones de que se dé cumplimiento a la resolución 50/1949 y que se regule la utilización en forma compartida entre ambas provincias de la cuenca del Río Atuel, siempre que la Provincia de Mendoza mantenga sus usos consuntivos actuales; y 3) exhortar a las partes a celebrar convenios tendientes a una participación razonable y equitativa en los usos futuros de las aguas del Río Atuel, sobre la base de los principios generales y las pautas fijadas en esa sentencia”.

Por otro lado, a partir de lo requerido en la nueva acción aquí planteada por la Provincia de La Pampa (que ha sido descrito en el acápite I del presente dictamen) advierto que, si bien entre las causas media identidad en los sujetos y —en parte— en el objeto involucrado (en lo que se refiere a la regulación del uso compartido entre ambas provincias del Río Atuel); un adecuado estudio de la pretensión deducida me conduce a afirmar que tanto los fines perseguidos como las bases fácticas invocadas en ambos procesos son distintos.

Cierto es que, por una parte, la demanda se encuentra dirigida a dar cumplimiento al punto 3) del fallo anterior; mas no se me escapa que aquí se denuncia la existencia de daño ambiental en la cuenca del Río Atuel, respecto del cual se requiere su cese, así como su indemnización y recomposición. Asimismo, se solicita la creación de un ente para la administración común del recurso y que se fije un caudal ambiental mínimo de calidad y cantidad de agua que debe ingresar al territorio pampeano, entre otras cuestiones ambientales. A más de lo anterior, observo que a partir del escenario que describe la Provincia de La Pampa, se estarían produciendo graves incumplimientos de diversas normas constitucionales y de derecho público internacional, a la vez que se estarían afectando derechos y garantías de los habitantes pampeanos.

A partir de tales cuestiones introducidas por la actora —que no fueron objeto de debate en la causa de Fallos: 310:2475— es dable concluir que no se configura una identificación sustancial entre los planteos bajo estudio. Es que, dada la diversidad que se advierte en el objetivo final de cada uno de los procesos, la sentencia a dictarse en autos estimo que no será susceptible de alterar ni resultar contradictoria con lo ya decidido por la Corte.

Así las cosas, razono que la presente excepción debe ser rechazada para amparar

así la solución real que se encuentra al alcance del juzgador en cada una de las cuestiones (conf. Fallos: 328:3299).

- IX -

Por último, resta tratar la excepción de falta de legitimación pasiva esgrimida por la Provincia de Mendoza, en cuanto considera que no puede reprochársele responsabilidad alguna respecto de las cuestiones que la actora pretende endilgarle.

De acuerdo con la jurisprudencia citada en el segundo párrafo del acápite anterior, y por aplicación de lo establecido en el punto 30 del art. 347 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación, considero que esa defensa tampoco puede ser admitida en esta instancia del proceso, sino que corresponderá al Tribunal evaluar su procedencia en la sentencia definitiva.

Así lo pienso puesto que no puede afirmarse ahora, de forma manifiesta, que la Provincia de Mendoza no sea la titular de la relación jurídica sustancial en que se sustenta la pretensión aquí deducida por La Pampa, con prescindencia de que ésta tenga o no fundamento (Fallos: 310:2944; 327:84 y sus citas).

- X -

En atención a lo aquí expresado, y con la salvedad expuesta en el acápite IX, opino que las excepciones opuestas por la demandada deben ser rechazadas. Buenos Aires, 7 de junio de 2016. — *Laura M. Monti*.

Buenos Aires, abril 25 de 2017.

Considerando:

1º) Que el planteo efectuado a fs. 684 por la Provincia de Mendoza, exige la resolución previa de las excepciones de incompetencia y de falta de legitimación activa opuestas en los apartados V.1.a) y V.3.a) de la presentación de fs. 278/625, cuyo traslado fue contestado a fs. 634/670.

2º) Que la primera de las defensas indicadas no puede prosperar, pues se ha suscitado un conflicto entre dos Estados provinciales que genera una real controversia entre ellos, extremo que coloca al Tribunal ante un caso que requiere de su intervención en la medida en que puede existir un derecho amenazado o lesionado y el pronunciamiento que se pide es susceptible de prevenirlo o, en su caso, repararlo. La necesidad de dirimir la situación denunciada, y dado que ninguna de las provincias podría erigirse en juez de su propia causa, determina que esta Corte Suprema de Justicia de la Nación sea la que deba llevar adelante los procedimientos pertinentes a ese fin (art. 127, Constitución Nacional; Fallos: 323:1877 y sus citas).

La competencia originaria en estos casos requiere tan solo un conflicto entre diferentes provincias producido como consecuencia del ejercicio de los poderes no delegados que son el resultado del reconocimiento de su autonomía. Estas cuestiones, de naturaleza muchas veces compleja, concernientes a las relaciones políticas entre los Estados, requieren para su solución que se otorguen al Tribunal amplias facultades para determinar el derecho aplicable al litigio (Fallos: 310:2478, considerando 69 del voto de la mayoría).

3º) Que el delicado equilibrio del sistema federalista, que asegura la armonía y el respeto recíproco de los Estados provinciales —y la de éstos con el poder central— requiere que, como medio de garantizar la paz interior, la Corte Suprema intervenga para resolver las querellas entre estos organismos autónomos partes del cuerpo de la Nación, mediante el adecuado mecanismo

previsto en el art. 127 de la Constitución Nacional (Fallos: 323:1877 ya citado).

4º) Que, asimismo, tal como lo señala la señora Procuradora Fiscal en el apartado VII de su dictamen de fs. 673/679, al haber instado la Provincia de La Pampa en el caso el ejercicio de la jurisdicción dirimientemente conferida a esta Corte mediante el citado art. 127, y por tratarse entonces de una atribución de raigambre constitucional, de naturaleza restrictiva y no susceptible de ser ampliada ni restringida por normas legales, la excepción de falta de legitimación activa opuesta con fundamento en la previsión contenida en el art. 30, segundo párrafo, de la ley 25.675, debe ser rechazada.

5º) Que, en tales condiciones, corresponde admitir el planteo efectuado a fs. 684 y, en consecuencia, dejar sin efecto el pase ordenado a fs. 680.

6º) Que, por otro lado, con arreglo a lo dispuesto en la acordada 30/2007, se fijará una audiencia pública con finalidades informativa y conciliatoria, a la que serán convocadas las partes a fin de que tomen la intervención que les corresponde, según el alcance definido en la acordada indicada.

En mérito a las trascendentes circunstancias que se debaten en el presente caso, y con el objetivo de enriquecer la deliberación con argumentos fundados de carácter jurídico, técnico o científico, se habilitará la participación de los Amigos del Tribunal que cumplan con los recaudos establecidos en el reglamento aprobado por la acordada 7/13.

Por ello, y de conformidad con lo dictaminado por la señora Procuradora Fiscal en los apartados VI y VII de fs. 673/679, se resuelve: I. Rechazar las excepciones de incompetencia y de falta de legitimación activa opuestas por la Provincia de Mendoza en los apartados V.1.a) y V.3.a) de su presentación de fs. 278/625. Con costas en el orden causado (art. 1º, decreto 1204/2001). II. Dejar sin efecto el pase ordenado a fs. 680. III. Convocar a las partes y al Estado Nacional citado como tercero a la audiencia pública que se celebrará el día 14 de junio de 2017, a las diez horas, en la sala ubicada en el cuarto piso del Palacio de Justicia, e invitar a participar del acto a la señora Procuradora General de la Nación. IV. Habilitar la participación de los Amigos del Tribunal que cumplan con los recaudos establecidos en el reglamento aprobado por la acordada 7/13, fijándose el plazo de veinte (20) días para efectuar las presentaciones correspondientes, que fenecerá el 24 de mayo de 2017. V. Instruir a la Secretaría interviniente para que tome todas las medidas necesarias y apropiadas para el mejor cumplimiento del acto procesal de que se trata y para llevar a cabo eficazmente el procedimiento establecido en la acordada 7/13. Notifíquese y comuníquese a la señora Procuradora General de la Nación. — *Ricardo L. Lorenzetti*. — *Elena I. Highton de Nolasco*. — *Juan C. Maqueda*. — *Carlos F. Rosenkrantz*. — *Horacio Rosatti*.

Medicina prepaga

Empresa condenada a otorgar cobertura integral de prestaciones a favor de un niño con discapacidad.

Hechos: Se ordenó cautelarmente a una empresa de medicina prepaga otorgar cobertura integral de las prestaciones médi-

cas y terapéuticas indicadas para un niño con discapacidad. La Cámara confirmó el pronunciamiento.

La medida cautelar debe admitirse y, en consecuencia, la empresa de medicina prepaga demandada debe otorgar cobertura integral de las prestaciones a favor de un niño con discapacidad, con fundamento en el derecho a la salud, ya que es determinante que aquél cuente con tratamientos especializados, multidisciplinarios y con determinada cantidad de sesiones para intentar resolver o mejorar su problema.

120.180 — CFed., La Plata, sala II, 13/12/2016. - E., M. L. y otro c. O.S.D.E. s/ prestaciones médicas.

[Cita on line: AR/JUR/91134/2016]

2º Instancia.- La Plata, diciembre 13 de 2016.

El doctor *Schiffirin* dijo:

I. Llega este expediente a la Alzada en virtud del recurso de apelación interpuesto por la demandada OSDE, a fs. 105/115 contra la resolución de primera instancia, de fs. 85/87vta. y 89, que concedió la medida cautelar solicitada por los amparistas.

II.1. Cabe señalar que los actores promovieron acción de amparo en representación de su hijo TS, nacido el 11/09/2009, contra la entidad de medicina prepaga OSDE para que se ordene a dicha entidad la cobertura integral al 100% de la totalidad de las prestaciones médicas y terapéuticas, tanto en las especialidades como carga horaria indicadas por los profesionales que lo atienden, para el adecuado tratamiento de su discapacidad, diagnosticada como Tratamiento Generalizado del Desarrollo.

Describen que lo requerido consiste en tratamiento psicológico: 4 sesiones semanales de 2 horas por sesión; psicomotricidad: 6 sesiones semanales; acompañante terapéutico, 3 horas diarias de lunes a sábados.

Los actores indican que la empresa demandada les ha negado su pretensión completa y que su petición corresponde a una cobertura integral de los tratamientos indicados, con la carga horaria establecida por los profesionales que vienen atendiendo al menor.

Solicitan también que, al momento de la sentencia, se reconozca la cobertura integral de toda otra terapia y/o tratamiento de rehabilitación y/o atención médica y/o terapéutica y/o medicina y/o integración escolar y/o transporte y/o cualquier otra prestación contemplada por la ley 24.091 y/o ley de salud mental que sea indicada en lo sucesivo a favor del menor, hasta que cese su condición de discapacitado o de afiliado a la obra social. Ello en virtud del tipo de discapacidad, por cuanto el niño deberá realizar tratamiento de rehabilitación por tiempo prolongado y la dinámica del tratamiento implicará cambios en el mismo, tanto en la carga horaria como en las especialidades terapéuticas, que se adaptarán a los progresos y/o nuevas necesidades.

2. En la demanda también expresan las circunstancias que los llevaron a iniciar esta acción. En este sentido, expresan que su desarrollo fue normal hasta los 18 meses y que, a partir de ese momento, su desarrollo se detuvo. Empezó a tener epilepsia, dejó de hablar. Gritaba, no dormía, etc. A los dos años, luego de evaluaciones y estudios, le diagnosticaron Trastorno Generalizado del Desarrollo (trastorno del espectro autista).

Manifiestan que les indicaron que debía realizar terapias de fonoaudiología, cognitivo conductuales y psicología.

También, expresan que posee certificado de discapacidad desde 2012.

Asimismo, mencionan que, como padece hipersensibilidad auditiva, se altera fácilmente con los ruidos de la ciudad de Bs. As., donde inevitablemente tenía que circular para efectuar las sesiones de tratamiento. Por ello, resolvieron mudarse a Cañuelas, en el año 2014, circunstancia que fue beneficiosa porque el niño, que se encuentra más seguro y tranquilo.

Relatan los planes terapéuticos que tuvo en cada año y mencionan que OSDE cubre íntegramente los gastos que demanda la integración escolar y psicopedagogía.

Sin perjuicio de ello, asimismo, respecto de las prestaciones de psicomotricidad y psicología que requiere el menor, expresan que la demandada no cubre íntegramente por reintegro la totalidad del costo que demanda cada tratamiento.

Y, por último, con relación al acompañante terapéutico, indican que OSDE no ha aprobado la cobertura.

Esta situación, los actores la consideran arbitraria y contraria a lo establecido en los arts. 2, 6 y 12 de la ley 24.091 y de la ley 25.421.

Por ello, entienden que la negativa a la cobertura integral y al 100% del tratamiento constituye una lesión actual e inminente al derecho a la salud de su hijo discapacitado.

3. Por último, en su demanda solicitan una medida cautelar para que se ordene a OSDE la cobertura del 100% del tratamiento de rehabilitación integral del menor discapacitado, T.S. (afiliado n.º.), que el juez *a quo* proveyó a través de la sentencia apelada, a fs. 85/87 vta. Y, a fs. 89, se aclaró que “con el fin de garantizar la efectiva prestación requerida para el tratamiento del menor T.S.... las prestaciones mencionadas... deberán ser cubiertas por OSDE con los prestadores contratados por los padres del niño en el domicilio del menor, en Cañuelas, Provincia de Buenos Aires, en virtud de lo establecido en el art. 6 de la ley 24.901”.

III. Ahora bien, los agravios traídos por la accionada a esta instancia, consisten en, primer lugar, en su consideración acerca de que la medida precatoria coincide con la pretensión principal de la parte actora. De esta manera, dice, se adelanta la sentencia sobre el fondo del asunto.

Al entender que se trata de una medida innovativa, considera que debió disponerse una caución real.

Asimismo, el apelante afirma que no se encuentran cumplidos los presupuestos de verosimilitud en el derecho y peligro en la demora necesarios para obtener la medida concedida. Desde esta perspectiva, desarrolla su crítica con base en que se ha ordenado a su parte la cobertura de prestaciones brindadas por profesionales que no son de su cartilla.

En este sentido, explica que su parte no le ha negado la prestación al menor, sino que le ha ofrecido prestadores contratados en virtud de lo establecido en el art. 6 de la ley 24.091, y en caso de querer realizar la misma con el prestador por ella elegido, le ha ofrecido la prestación por reintegro a valores establecidos por la normativa correspondiente.

Por otra parte, cuestiona que la medida cautelar conceda también la cobertura del Acompañante Terapéutico y, asimismo, se queja de la prestación de psicomotricidad y psicología, en cuanto a la carga horaria y a la intervención de profesionales diferentes a los propuestos por la empresa.

Con relación al peligro en la demora, expresa que no se verifica en autos, toda vez que su parte viene brindando la prestación a través de la modalidad de reintegro y no han alegado los accionantes no contar con medios económicos para afrontar las diferencias entre el valor facturado por el prestador elegido por ellos y el valor reintegrado por OSDE.

IV. Luego de la intervención del Defensor Oficial, según fs. 150/152vta., podemos adelantar que los agravios presentados a la Alzada no logran conmovir la decisión apelada.

1. En tal sentido, el derecho a la salud es reconocido en documentos internacionales ratificados por nuestro país (art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional y Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, art. XI; Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 25.1; Convención Americana de Derechos Humanos, art. 29.c; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, art. 12.1 y 12.2.d). Además es doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación: Fallos: 323:3229, consid. 16 y sus citas (321:1684 y 323:1339) y 324:3569, consid. 11 y sus citas, entre otros.

Significa —mínimamente— la preservación de la vida en condiciones de equilibrio psicológico y biológico y requiere la acción positiva de los órganos del Estado, como garante del sistema de salud, en procura de que las personas en riesgo reciban las prestaciones necesarias a cargo de las Obras Sociales y entidades de medicina prepaga de salud.

Fundado en estos argumentos, entiendo que el derecho a la salud no forma parte simplemente de una declaración de derechos como principios de mera voluntad, sino que debe interpretarse como el compromiso del propio Estado a su tutela, dictando las normas necesarias y velando por su cumplimiento a fin de asegurar la real existencia de este derecho.

En otras palabras, el Estado Nacional ha asumido compromisos internacionales explícitos orientados a promover y facilitar las prestaciones de salud y que dicha obligación se extiende a sus subdivisiones políticas y a otras entidades que participan de un mismo sistema sanitario (leyes 23.660 y 23.661 y concordantes).

En el caso, tratándose de un niño, su interés resulta protegido por la Convención sobre Derechos del Niño —de máxima jerarquía constitucional—, convertida en ley 23.849, y ha sido reconocido en numerosos casos por la Corte Suprema de Justicia de la Nación como principio superior, utilizado en diferentes temáticas para remover obstáculos formales en procura de obtener el cumplimiento de los derechos que los documentos internacionales le reconocen. De manera particular, se ha pronunciado acerca del derecho al acceso a determinadas prestaciones sanitarias de este sector, especialmente vulnerable, en CS. M.3226

XXXVIII, “M., S. G. y otros v. Fuerza Aérea Argentina. Dirección General de Bienestar del Personal de la Fuerza Aérea s/amparo”, del 08/06/2004, con cita de numerosos precedentes.

Por otra parte, otro aspecto no menos importante en este caso, es el tema de la discapacidad. De acuerdo con el art. 1 de la “Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad”, incorporada a nuestro ordenamiento jurídico por la ley 25.280, se entiende a la discapacidad como “una deficiencia física, mental o sensorial, ya sea de naturaleza permanente o temporal, que limita la capacidad de ejercer una o más actividades esenciales de la vida diaria, que puede ser causada o agravada por el entorno económico o social”. Asimismo, el art. 75, inc. 23, de nuestra Carta Magna establece que debe legislarse y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad.

Por otra parte, la ley 22.431 instituyó el “Sistema de protección integral de las personas discapacitadas” que, entre otros fines, tiene por objeto asegurar a éstas su atención médica, su educación y su seguridad social, y la ley 24.901 que estableció un “Sistema de prestaciones básicas en habilitación y rehabilitación integral a favor de las personas con discapacidad”, que contempla acciones tanto de prevención, como de asistencia, promoción y protección, con la finalidad de otorgarles una cobertura integral a sus necesidades y requerimientos. La segunda de las leyes mencionadas estableció, en su art. 2º, que la obligación de la cobertura total de las prestaciones básicas enunciadas en ella se encuentra a cargo de las obras sociales enunciadas en el art. 1º de la ley 23.660, según lo necesiten los afiliados con discapacidad.

Asimismo, la ley 23.661, dispuso la creación del Sistema Nacional del Seguro de Salud, con el fin de procurar el pleno goce del derecho a la salud para todos los habitantes del país. Esta norma establece que los agentes del seguro de salud deberán incluir, obligatoriamente, entre sus prestaciones las que requieran la rehabilitación de las personas discapacitadas.

Debemos tener presente, también, la ley 25.421, de “Creación del Programa de Asistencia Primaria de Salud Mental”, de aplicación tanto para las instituciones y organizaciones prestadoras de salud públicas como las privadas. En la cual, en su anexo, se incluye entre las actividades del Programa, al acompañante terapéutico.

Por último, también debemos recordar a la ley 26.378, que aprueba la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su protocolo facultativo, aprobados mediante la resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas del 13/12/2006, sancionada el 21/05/2008 y promulgada el 06/06 del mismo año.

2. Ahora bien, de acuerdo con este marco, y analizando la procedencia de la medida cautelar, según los presupuestos de

verosimilitud del derecho y peligro en la demora, atento los términos del planteo formulado por la actora y lo controvertido por la demandada, considero acertada la decisión del juzgador.

Debe destacarse las circunstancias que se ventilan en autos, referidas a la obtención de prestaciones de salud para un niño con discapacidad y que, conforme con la documentación acompañada, permite verificar el cumplimiento de los recaudos del art. 230 del Cód. Proc. Civ. y Comercial.

Conviene recordar que lo que se intenta proteger “...No es, pues, el peligro genérico de daño jurídico..., sino que es, específicamente, el peligro del ulterior daño marginal que podría derivar del retardo de la providencia definitiva...” (Calamandrei, Piero “Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares”, ps. 42/43).

Resalto, también, que surge como factor determinante de apreciación la necesidad de que la discapacidad diagnosticada en el niño cuente con tratamientos especializados, multidisciplinarios y con determinada cantidad de sesiones, para poder intentar resolver o mejorar su problema. En este sentido, resultan relevantes para la procedencia de una decisión precautoria los informes acompañados con el inicio de este amparo.

Este elemento agrega convicción respecto de la medida cautelar, verificándose un interés tutelable, cierto y manifiesto, que obliga a la demandada a la provisión de lo solicitado, consistente en la cobertura del 100% de los tratamientos indicados para el menor de acuerdo a las modalidades establecidas por los profesionales tratantes, con los cuales el menor ha generado un vínculo sumamente importante en este tipo de casos.

A ello debe agregarse que ninguno de los otros argumentos intentados, logran conmovir la decisión precautoria obtenida, conforme el marco de protección de derechos constitucionales que posee la acción de amparo (art. 43 de la CN).

3. Si bien es cierto que estamos en presencia de una medida innovativa, en el caso resulta ser la herramienta procesal útil y eficaz para este tipo de cuestiones, que permite dar respuesta oportuna, adecuada —y muchas veces fecunda— ante la situación planteada, que la judicatura no puede desoir (en este sentido, ver Barbeiro, Sergio J. “Génesis y expansión de la medida innovativa —un apunte informativo—”, en Cuestiones Procesales Modernas, suplemento especial LA LEY, director Jorge W. Peyrano, págs. 52-61).

Por estas consideraciones, tampoco cabe atender a la pretensión de la demandada respecto de ordenar una caución real ante la circunstancia de mantener el derecho precautorio. Por el contrario, considero suficiente que, en el caso, la actora preste caución juratoria.

V. Por todo lo expuesto, hallándose configurados los requisitos de procedencia de una medida cautelar, propongo al Acuerdo confirmar la decisión apelada, postergando el pronunciamiento de costas hasta la oportunidad de sentenciar.

Los doctores *Calitri* y *Alvarez* dijeron:

Que adhieren al voto del doctor *Schiffrin*.

Por ello, se resuelve: Confirmar la decisión apelada, postergando el pronunciamiento de costas hasta la oportunidad de sentenciar. Regístrese, notifíquese y devuélvase. — *César Álvarez*. — *Olga A. Calitri*. — *Leopoldo H. Schiffrin*.

EDICTOS

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Federal Nº 8, Secretaría Nº 16, sito en Libertad 731, 7º piso de Capital Federal, hace saber que **JUAN JOSÉ FERNÁNDEZ GARCETÉ**, nacido en Asunción, Paraguay el 1 de febrero de 1984, con DNI: 94.790.147, ha peticionado 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. El presente deberá ser publicado por dos veces en un lapso de quince días en el diario “LA LEY”.

Buenos Aires, 30 de septiembre de 2016
Silvina A. Bracamonte, sec.
LA LEY: I. 09/06/17 V. 09/06/17

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Federal Nº 8, Secretaría Nº 16, sito en Libertad 731, 7º piso de Capital Federal, hace saber que **JOHAN BELTRE LAGARES** nacido en Santo Domingo, República Dominicana, el 23 de agosto de 1990, con DNI: 95.284.859 ha peticionado 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. El presente deberá ser publicado por dos veces en un lapso de quince días en el diario “LA LEY”.

Buenos Aires, 15 de mayo de 2017
Pilar Fernández Escarguel, sec.
LA LEY: I. 07/06/17 V. 08/06/17

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Federal Nº 8, Secretaría Nº 16, sito en Libertad 731, 7º piso de Capital Federal, hace saber que **MARÍA ANDREA CHÁVEZ VILLAR**, nacida en Santa Cruz de la Sierra, Andrés Báñez, Santa Cruz, Bolivia, el 5 de agosto de 1982 con DNI 94.013.125 ha peticionado 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. El presente deberá ser publicado por dos veces en un lapso de quince días en el diario “LA LEY”.

Buenos Aires, 11 de mayo de 2017
Matías M. Abraham, sec. int.
LA LEY: I. 05/06/17 V. 06/06/17

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Federal Nº 8, Secretaría Nº 16, sito en Libertad 731, 7º piso de Capital Federal, hace saber que **MARÍA ANDREA CHÁVEZ VILLAR**, nacida en Santa Cruz de la Sierra, Andrés Báñez, Santa Cruz, Bolivia, el 5 de agosto de 1982 con DNI 94.013.125 ha peticionado 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. El presente deberá ser publicado por dos veces en un lapso de quince días en el diario “LA LEY”.

Buenos Aires, 9 de mayo de 2017
Silvina A. Bracamonte, sec.
LA LEY: I. 07/06/17 V. 07/06/17

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Federal Nº 8, Secretaría Nº 16, sito en Libertad 731, 7º piso de Capital Federal, hace saber que **MARÍA ANDREA CHÁVEZ VILLAR**, nacida en Santa Cruz de la Sierra, Andrés Báñez, Santa Cruz, Bolivia, el 5 de agosto de 1982 con DNI 94.013.125 ha peticionado 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. El presente deberá ser publicado por dos veces en un lapso de quince días en el diario “LA LEY”.

Buenos Aires, 10 de febrero de 2017
Silvina A. Bracamonte, sec.
LA LEY: I. 05/06/17 V. 05/06/17