

Poder Judicial de la Nación

Buenos Aires, 5 de febrero de 2004.-

AUTOS Y VISTOS:

Para resolver en la presente causa n° 12380/01, caratulada “SOUTHERN WINDS s/inf. Ley 23.592”, del registro de la Secretaría n° 10 de este Juzgado, y respecto de la situación procesal de **JORGE CARLOS DELLEPIANE, GUILLERMO LUI DESTEFANIS, DANIEL LANARI, JORQUE OMAR PEZZIMENTI y CARLOS FRANCISCO WEHRENDT**, cuyos demás datos personales obran en autos.

Y CONSIDERANDO:

I- Que conforme expresara en el interlocutorio de fs. 446, estas actuaciones llegan a mi conocimiento, con motivo de lo resuelto por la Sala II de la Excma. Cámara del fuero el 24 de octubre de 2002, mediante la cual se declaró la nulidad de la resolución de fs. 393/98, por medio del cual se dispuso el archivo de actuaciones, en los términos del art. 195 del C.P.P., por parte del Juzgado n° 4 del Fuero y Apartó a su titular del conocimiento de las presentes, resultando sorteado este juzgado (cfr. fs. 431/35).

A modo ilustrativo, previo a cualquier otra consideración, efectuaré una breve síntesis sobre los hechos que originaron el inicio de esta investigación.

Surge de la denuncia de fs. 2 y de sus subsiguientes ampliaciones de fs. 13/1 bis, que el día 22 de agosto de 2001, el Sr. Claudio Waisbord adquirió en los mostradores que la empresa Southern Winds Líneas Aéreas S.A. posee en el Aeroparque Jorge Newbery, un pasaje aéreo para volar en esa fecha, con destino a Córdoba, el cual abonó con su tarjeta de crédito VISA, emitiéndole la tarjeta de embarque. En un principio, le comunicaron que a fin de dar cumplimiento con la normativa interna de la compañía, le asignarían un acompañante de vuelo, en razón de su condición física. Sin embargo, posteriormente, el médico de la aerolínea – Dr. Carlos Gustavo Mouriño-, no lo autorizó el embarque del Sr. Waisbord, justamente porque éste se desplazaba en silla de ruedas. En esas circunstancias, el nombrado intentó ingresar a la aeronave por sus propios medios, ante lo cual se solicitó la presencia de funcionarios de la Policía Aeronáutica Nacional, quienes le impidieron abordar y lo condujeron a la comisaría de ese aeroparque a fin de recibirle la denuncia que luego diera origen a esta investigación.

Por su parte, de las presentaciones efectuadas por el Sr. Alberto Jorge Triaca de fs. 15 y 176/78, surge que al día siguiente, 23 de agosto, éste se apersonó ante los mostradores de la empresa de marras, a fin de abordar el vuelo n° 6162 con destino a la ciudad de San Carlos de Bariloche. Así, y al momento de exhibir su reserva, le fue informado por una empleada de la compañía, que sus reglamentos internos impedían que personas en sillas de ruedas viajen solos. En tal sentido, el Sr. Triaca solicitó la presencia de funcionarios de Policía Aeronáutica, del Organismo Regulador del Sistema Nacional de Aeropuertos y de la Dirección Nacional de Tráfico Aéreo, en amparo de sus derechos, quienes arribados al lugar intentaron como primera medida que su pasaje sea endosado a otra aerolínea, y luego le fue informado que viajaría por Southern Winds pero acompañado por una persona de apellido Correa, que se haría responsable de él, quien por cierto, nunca se hizo presente. Resta señalar, que el Sr. Triaca presentó copia del certificado de discapacidad n°60797, por el que se deja constancia que no requiere de acompañante, el cual también exhibió al momento del hecho (cfr. fs. 16).

II- A fs. 561/67 y 822/24 el Sr. Agente Fiscal, Dr. Gerardo D. Pollicita, efectuó requerimiento de instrucción, y posterior ampliación del mismo, imputando: a) a los funcionarios de la Policía Aeronáutica que intervinieron en los hechos materia de autos, y que no impidieron que cesara el acto discriminatorio de la empresa de acuerdo a la normativa vigente, y en igual sentido, al respectivo Jefe del Escuadrón Jorge Newbery; b) a las autoridades de la Fuerza Aérea que tenían la obligación del control y aprobación de los manuales utilizados, tanto a la fecha de los hechos como en la actualidad; c) a las autoridades de la Secretaría de Transporte Aéreo o de sus organismos dependientes que tenían a su cargo la finalización y/o control de la prestación del servicio de transporte y la protección de los derechos del usuario; d) a las autoridades del ORSNA en la medida en que debían controlar la existencia de infraestructura y medios que permitieran el desplazamiento y traslado de los discapacitados hasta su ingreso a las aeronaves, con la utilización de los respectivos medios mecánicos.

III- Así, y a efectos de determinar la responsabilidad de quienes en principio, aparecerían como responsables de los sucesos investigados, se efectuaron distintas medidas probatorias, que a continuación serán reproducidas.

Obra a fs. 46/49 copia del manual Operativo de la empresa Southern Winds Líneas Aéreas S.A., vigente momento de los hechos que damnifican a Claudio Waisbord y Alberto Triaca, como también se ha reservado en Secretaría, copia del mismo manual y del vigente en la actualidad. Los mismos, con algunas diferencias que más adelante serán analizadas con el debido detenimiento, contienen en la Parte A, Política y Administración de la empresa, el punto 8.3.2.3. que se refiere al Transporte de Pasajeros Especiales, estableciéndose cuando será requerido el transporte con un acompañante, como también la posibilidad que tiene la compañía de rechazar el transporte.

La empresa Southern Winds acompañó, por su parte, copia de la Disposición n°42/00 del Comandante de Regiones Aéreas, por la que se aprueba el Centro de Capacitación Aeronáutica de la empresa, para dictar el “Curso Teórico Práctico de Tripulantes de Cabina”, y copia de las habilitaciones del personal (cfr. fs. 51/168).

El Instituto Nacional contra la Discriminación – INADI-, emitió el Dictamen n° 010/02 en el marco de la actuación n° MNP 0450/01, formalizada a raíz de la denuncia efectuada por Alberto Jorge Triaca y Claudio Waisbord, cuya copia se encuentra reservada en Secretaría, y dicho dictamen agregado a fs. 420/26.

En el mismo se indican los antecedentes legislativos aplicables al caso, que han sido incorporados a la actuación, los cuales doy por reproducidos, en honor a la síntesis; y concluye que, ya sea porque la empresa denunciada –Southern Winds- considera a quienes poseen cierto grado de discapacidad un estorbo, o porque pretende suprimir, al menos dentro de la órbita de su dominio, las diferencias físicas entre los seres humanos rechazando lo que resulta extraño a su criterio estético y desagradable para su ánimo, la denunciada ha cometido un acto disvalioso resultando, a criterio de esa asesoría, sancionable en los términos de la ley 23.592.

Sobre el particular, el Sr. Agente Fiscal en su requerimiento de instrucción de fs. 561/67, destacó algunos pasajes del dictamen aludido, a los que me remito y doy por reproducidos.

Por otra parte, del informe remitido por la Secretaría de Transporte- Coordinación Ejecutiva de Transporte Aerocomercial-, que obra a fs. 483/84 se informan las normas que delimitan las funciones y competencias tanto de dicha Secretaría, como del ORSNA- Organismo Regulador del Sistema Nacional de Aeropuertos-. Donde se informa que la potestad de fiscalización asignada por Decreto 475/02 a la Secretaría de Transporte en materia de transporte aéreo, deriva de lo normado por arts. 133, 135, 208 y cc. del Código Aeronáutico y números 24 y cc. del reglamento aprobado por Decreto

326/82. Dicha regulación fija los objetivos de la Secretaría, entre los que figura: “Supervisar el control y fiscalización de los servicios de transporte que se presten a través de los diferentes modos vinculados al área de su competencia, asegurando la calidad del servicio y la protección del usuario en condiciones razonables de economicidad”.

Se indican también en dicho informe, que las Condiciones Generales del Contrato de Transporte Aéreo aprobados por Resolución MeyOSP N° 1532/98 (cuya copia obra reservada en Secretaría), rigen para los servicios de transporte aéreo regular internos e internacionales de pasajeros y de carga que exploten en el país las empresas de bandera nacional o extranjera. En su art. 8 establece en su parte pertinente: “b) LIMITACIONES AL TRANSPORTE DE PASAJEROS: I) La aceptación para el transporte de niños no acompañados, personas con discapacidad, mujeres embarazadas o personas enfermas puede estar sujeta a arreglos previos con el transportador y de acuerdo con sus regulaciones”.

Con relación a la competencia del Organismo Regulador del Sistema Nacional de Aeropuertos –ORSNA-, relacionada con el transporte público aéreo de personas en general, están establecidas en el art. 17, enc. 1, 9, 12, 14, 15, 23, 27, 37 y cc. del Decreto n° 375/97, ratificando por el Decreto de Necesidad y Urgencia n° 25.064. El art. 15 del mismo, establece entre los objetivos del ORSNA: “a) Asegurar la Igualdad, el libre acceso y la no discriminación en el uso de los servicios y las instalaciones aeroportuarias”. Su función primordial consiste en controlar el nivel de los servicios prestados en los aeropuertos integrantes del Sistema Nacional de Aeropuertos.

El Reglamento General del Uso y Funcionamiento de los Aeropuertos del Sistema Nacional de Aeropuertos, aprobado por Resolución 96/01 del ORSNA, regula específicamente el tema de los actos discriminatorios en el Capítulo 3, apartado 3.1, dispone: “La admisión en el aeropuerto deberá realizarse con estricta sujeción a lo dispuesto en el ordenamiento jurídico vigente, asegurando la igualdad y el libre acceso, evitando la discriminación de cualquier naturaleza en el uso de los servicios e instalaciones aeroportuarias no fundadas en razones objetivas del servicio debidamente acreditadas, y velando por la normal prestación del servicio público”. Por su parte, el apartado 3.5 establece que: “Corresponde el Explotador del aeropuerto adoptar las medidas sea compatible con el normal desarrollo de la vida en comunidad ...” el apartado 3.16 dispone: “El Explotador del Aeropuerto deberá adoptar las medidas necesarias para que los edificios, vehículos e instalaciones construidas en el predio aeroportuarios, faciliten el transporte, la comunicación y el acceso para las personas con capacidad reducida en estricto cumplimiento con la normativa vigente en la materia”.

Conforme luce en el informe que obra a fs. 855/56, la Secretaría de Transporte distribuye sus funciones a través de Direcciones, entre las cuales, la Dirección de Fiscalización de los servicios de transporte aéreo, asegurando la calidad de tales y la protección de los usuarios, que ejecuta a través de un grupo de inspectores, quienes controlan que los servicios prestados se adecuen a la normativa vigente, orientando a los usuarios en cuanto a cuales son los derechos y obligaciones que gozan y que deben ejercer ante la empresa transportadora. Además, se informó que ese Organismo, desconoce lo concerniente a la “Aprobación n° 119” de la Dirección de Habilitaciones Aeronáuticas. Quienes tiene competencia para la aprobación de los Manuales Operativos de las empresas que prestan el servicio de transporte aéreo.

Por su parte, la Dirección de Habilitaciones Aeronáuticas de la Fuerza Aérea Argentina, aportó copia del acto dispositivo mediante el cual se aprobó el Manual de Operaciones de la empresa Southern Winds Líneas Aéreas S.A., identificado como “Aprobación n°

119”, correspondiente a ambos manuales, entendiéndose de 2001 y el actual, cuyas constancias obran a fs. 760/74.

Se han incorporado al sumario, copias de los Manuales Operativos de las empresas Pluna y Aerolíneas Argentinas, en lo atinente al Transporte de personas con discapacidad (cfr. fs. 619/23 y 809/11, respectivamente).

A fs. 798/800 la Dirección Nacional de Habilitaciones Aeronáuticas, remitió copia de las normas contenidas en el Anexo 9 al Convenio sobre Aviación Civil Internacional; y a fs. 1037/39, copia certificadas del Manual Orgánico de dicho Organismo (MAPO 64), en el cual consta la misión y funciones de dicha Institución.

Por último, la Subsecretaría de Transporte Aerocomercial dependiente del Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios, remitió copia del Decreto 772/2000, que regía para la época de los hechos investigados, las que se encuentran reservadas en Secretaría, y establece, entre otros aspectos, que la responsabilidad primaria de dicho organismo, es la siguiente: *“Ejecutar las políticas definidas y diseñar programas que aseguren el mejoramiento de las prestaciones del transporte aerocomercial y multimodal. Controlar y fiscalizar el cumplimiento de las normas que regulan la materia y aplicar o hacer aplicar las sanciones o recomendaciones que deriven de su incumplimiento. Realizar al análisis económico de las operaciones aerocomerciales, así como el diagnóstico y análisis pertinentes que, originados en las estadísticas obtenidas, servirán de base para detectar diferentes necesidades tendientes a modificar la normativa vigente”*.

IV- Declaración Testimoniales:

Hernán Gustavo Ferreyra, en su carácter de Jefe de Operaciones de la empresa Southern Winds desde el mes de octubre de 2002, fue oído en declaración testimonial, quien entre otros aspectos refirió que sucedió en el cargo a Ricardo Gómez Villafañe, que el Manual de Operaciones de la empresa es aprobado por el Comando de Regiones Aéreas, a través de la Dirección de Habilitaciones Aeronáuticas, y que sus funciones específicamente se ciñen a las operaciones de vuelo, seguridad e instrucción de la tripulación. Indicó también el procedimiento que debe seguirse para el caso de una eventual evacuación de emergencia (cfr. fs. 481/82).

Silvia Verónica Triaca y María Cecilia Loccisano, fueron oídas a fs. 683/84 y 687/88, respectivamente, quienes se expidieron con relación a lo sucedido el 23 de agosto de 2001 que damnifica a Alberto Jorge Triaca, cuyos dichos coinciden en términos generales, con la versión de los hechos brindada por el propio damnificado a fs. 15 y 176/78.

La escribana Edelmira Ringelheim de Losoviz, por su parte, fue oída a fs. 686 con relación al suceso acaecido el 22 de agosto de 2001 que damnifica a Claudio Waisbord, cuyos dichos coinciden en términos generales con el testimonio que obra a fs. 12, el acta de constatación cuya copia obra a fs. 791/93 y con declaraciones prestadas por Waisbord a fs. 13/14 y 14 bis.

Por último, el Dr. Carlos Gustavo Mouriño, prestó declaración testimonial en su carácter de asesor médico de la empresa Southern Winds a fs. 845/48, explicando que se requiere su intervención, en todos los casos de interés médico aeronáutico.

Explicó también, que las disposiciones internas de la empresa sobre el transporte de personas con discapacidad, se encuentran incluidas en su Manual de Operaciones, aclarando, que responden en forma espírita a las reglas y normas internacionales, y que en cuanto a la metodología del procedimiento, son las mismas que regían en el mes de agosto de 2001.

Sobre el particular, expresó que los pasajeros que presenten discapacidad, ya sea permanente o transitoria, deben notificarla en forma fehaciente 72 hs. antes de adquirir

el pasaje, para lo cual deben completar un formulario internacional, denominado MEDIF. Sin perjuicio de ello, manifestó que es habitual, que los pasajes se adquieran a través de una Agencia de Viajes, donde no se notifica sobre este procedimiento, y se presenta el pasajero en el aeropuerto o aeroparque, si haber previamente denunciado su discapacidad; para el caso, se lo evalúa en el momento.

Sobre el caso concreto del Sr. Claudio Waisbord, indicó que se le informó sobre la necesidad de viajar con un acompañante hábil, y se ofreció en tal carácter sin costo alguno para el pasajero, a una persona de la empresa. Aclaró desconocer cuál fue el trámite previo que efectuó el nombrado para la compra del pasaje, y que tomó conocimiento cuando personal de ventas de la empresa requirió su intervención, por tratarse de un pasajero en silla de ruedas sin movilidad en sus miembros inferiores.

Agregó, que Waisbord fue incluido dentro de la categoría de los pasajeros “MEDA”, es decir, encuadraba dentro de los pasajeros que requieren de acompañante hábil para poder viajar, ya que no tenía movilidad en sus piernas, y en tal sentido, requería del uso de silla de ruedas para llegar al avión, no podía subir las escaleras ni acceder hasta su asiento por sus propios medios, y requería de una atención especial en caso de emergencia. Refirió, que al entrevistarse personalmente con el Sr. Waisbord, le explicó los motivos de su presencia, y las razones por las cuales se le había asignado un acompañante hábil para viajar, negándose el nombrado a recibir sus saludos y a aceptar al acompañante designado.

V- SITUACIÓN PROCESAL DE GUILLERMO LUIS DESTEFANIS Y JORGE CARLOS DELLEPIANE.-

El primero de los nombrados, Comodoro Guillermo Luis Destefanis, fue oído en declaración indagatoria a fs. 872/934 y su posterior ampliación de fs. 1027/28, en su carácter de Director a cargo de la Dirección de Habilitaciones Aeronáuticas dependiente del Comando de Regiones Aéreas de la Fuerza Aérea Argentina.

En el marco de su exposición, refirió desempeñarse en ese cargo desde el mes de diciembre de 2001, siendo misión del Organismo que dirige “Habilitar y fiscalizar las empresas destinadas a Transporte Aéreo y Trabajo Aéreo en todos los alcances que establece el Código Aeronáutico (Ley 17.285), fijando las normas operativas y administrativas que regulan la operación aérea de las mismas ...”; y entre sus funciones, se encuentra la de habilitar e inspeccionar a las empresas prestadoras de Servicios de Transporte Aéreo y Trabajo Aéreo fijando los criterios de idoneidad y seguridad; fijar, actualizar y fiscalizar el cumplimiento de las normas, reglamentaciones y procedimientos que rigen la actividad aérea en todas sus expresiones acorde a la evolución técnico-operativa, etc.

Indicó, que básicamente, la Dirección se ocupa de todo lo vinculado a los aspectos directamente relacionados a la seguridad de vuelo, antes, durante y después de una operación aérea; siendo todas las cuestiones de tráfico, ya sea, la relación contractual de venta de pasajes, relaciones públicas, equipajes, traslados hasta el avión y desde el avión una vez llegado a destino o en escala, ajenas a su competencia.

Explicó, que el ordenamiento básico que rige al Organismo es el Reglamento para las Operaciones Aerocomerciales (ROA-TAC), el Código Aeronáutico (Ley 17.285), su reglamentación y normas complementarias, y el Anexo 6-Operación de Aeronaves de la OACI Capítulo 4- Operaciones de Vuelo-.

El ROA-TAC fija los lineamientos del contenido del Manual Operativo que cada explotador debe presentar ante la autoridad de aplicación, para el caso la DHA, cuya intervención se ciñe a supervisar y controlar, que los aspectos técnicos y operativos de las operaciones de vuelo que va a realizar la empresa explotadora, se ajusten a los cánones de seguridad aerocomercial que deben primar en toda actividad aérea,

quedando fuera de su competencia los restantes aspectos que atiende el Manual Operativo, en cuanto el funcionamiento y explotación de la aerolínea, básicamente en todo lo que se refiere a los aspectos comerciales de la empresa.

Sobre el procedimiento para la aprobación de los Manuales Operativos, refirió que los explotadoras del servicio de transporte aerocomercial por imperativo internacional, deben presentar un proyecto del Manual Operativo de la empresa para que la Dirección de Habilitaciones Aeronáuticas lo “apruebe”, acompañada de una declaración del objetivo de la empresa, que se refiere a cuestiones operacionales y también comerciales. A partir de esa presentación, a la Dirección le compete fiscalizar y controlar cuatro cuestiones básicas, que están contenidas en los puntos 4.2.7 “mínimos de utilización de aeródromos”; 6.1.2. “lista de equipo mínimo”; 9.3.1. “Programas de Instrucción de la Tripulación” y 12.4. “Instrucción”, todos del Anexo 6 de la O.A.C.I., y que hacen a la seguridad en las operaciones comerciales, que están incluidas dentro de todo el extenso manual.

Así, explicó, lo que se “aprueba” es la presentación del Manual de Operaciones, y la aprobación se realiza en el mismo manual mediante la colocación de un sello, y no en un acto administrativo que disponga la aprobación del manual, lo cual responde a un imperativo internacional. Lo que se evalúa es una declaración de compromiso de lo que va a realizar el explotador en cada caso concreto, y siempre referido a aspectos técnicos y operativos relacionados con la seguridad en las operaciones de vuelo.

A los fines de su control y fiscalización, se designa un inspector para esa empresa, que realizará las observaciones y correcciones que deban realizarse, en lo concerniente a aspectos técnicos operativos a que está obligada la empresa que efectuó la presentación. Indicó, que el personal de tráfico de la empresa aerocomercial, no requiere por parte de la Fuerza Aérea Argentina, habilitación alguna, habida cuenta que corresponden al área comercial de la empresa, y están regidos por las normas que dictan a nivel internacional la International Air Transport Association (IATA), Resolución 700, y a nivel nacional por las resoluciones de la Dirección Nacional de Transporte Aerocomercial dependiente de la Subsecretaría de Transporte Aerocomercial, Fluvial y Marítimo de la Secretaría de Transporte, Resolución n° 1532/98.

Por lo demás, negó responsabilidad en los hechos denunciados.

Por su Parte, su consorte de causa, Jorge Carlos Dellepiane, fue oído en igual tenor a fs. 935/43, quien también negó responsabilidad en los hechos denunciados, y básicamente efectuó las mismas manifestaciones que el Comodoro Destefanis, en cuanto a la función de la Dirección de Habilitaciones Aeronáuticas, su normativa, aprobación de los Manuales de Operaciones, etc.

Con relación a los Manuales Operativos, explicó, que se confeccionan en cuanto a su contenido, faz operacional y de seguridad, sustentándose en lo normado en el Anexo 6 de la OACI, y en el Documento n° 9376- AN/914.

Reiteró, al igual que su consorte, que la intervención de la Dirección de Habilitaciones Aeronáuticas para la aprobación del referido Manual, se ciñe exclusivamente en todo lo atinente a la seguridad en las operaciones aéreas, que consta en el Anexo 6, Parte I, puntos 4.2.7; 6.1.2.; 9.3.1.; y 12.4 de la OACI, los que se aprueban y controlan, y tienden a la seguridad de las operaciones aéreas.

Sobre el procedimiento para la aprobación de los Manuales Operativos, agregó, que se realiza directamente en el mismo manual, colocándole un sello, que tiene por finalidad darle un número para esa empresa específica, el cual no se modificará nunca mientras la misma exista, y también se asigna un inspector, denominado POI (Personal Oficial de Inspección), quien será la persona que interactúa entre la empresa aerocomercial y la Autoridad Aeronáutica (DHA), teniendo por función el control y fiscalización de las

certificaciones, instrucción y todo lo relativo a las cuestiones técnicas operativas en pro de la seguridad aérea, no teniendo potestad sobre los aspectos comerciales de la misma. En cuanto a la incorporación de los Manuales Operativos pertenecientes a otras empresas prestadoras del servicio de transporte aeronáutico, manifestó que en su mayoría se tratan de empresas extranjeras, a excepción de aquel de Aerolíneas Argentinas, y explicó, que los mismos fueron aprobados por las Direcciones de Habilitaciones Aeronáuticas, o como se denominen, de cada país particular, así: la de República Oriental del Uruguay en el caso de Pluna, la de República Federativa de Brasil en el caso de Varig y la de Estados Unidos de América en el caso de American Airlines.

En tal sentido, advirtió no constituye parámetro válido el tratar de buscar por analogía, como sería el tratamiento de los pasajeros discapacitados por las mencionadas empresas que operan a nivel internacional, y bajo otros criterios y/o normas para la aprobación de esos Manuales Operativos. Aclaró, que la única empresa argentina consultada, ha sido Aerolíneas Argentinas S.A., la cual no tiene en su flota, una máquina de similares características como las que operaba la empresa denunciada, por cuanto, el tratamiento para la cuestión analizada es necesariamente distinto.

Así, continuó, la diferencia entre los manuales operativos estará dada, por la cantidad, tipo y/o tipos de aeronaves que van a operar, aeródromos o aeropuertos que tengan destino, si se realizarán vuelos de cabotaje, cabotaje mayor o internacionales, entre otros aspectos por cuanto, reiteró, la comparación entre los manuales operativos colectados, no constituyen un parámetro válido.

Sentado lo expuesto, recuérdese que se imputa a los Comodoros Guillermo Luis Destefanis y Jorge Carlos Dellepiane, en su carácter de Directores de la Dirección de Habilitaciones Aeronáuticas dependientemente del Comando de Regiones Aéreas de la Fuerza Aérea Argentina, en la actualidad y en el año 2001, respectivamente, el haber aprobado los Manuales Operativos de la empresa Southern Winds Líneas Aéreas S.A., correspondientes al año 2001 e el caso de Dellepiane y el vigente a la fecha para el caso de Destefanis; sin haber efectuando observación alguna sobre el tratamiento que en el mismo se dispensaba a los pasajeros discapacitados, que contrarían las disposiciones que sobre el particular tratan las leyes 23.592, 22.431, 24.314, 25.280, Resolución 96/01 del ORSNA, Decreto n° 914/97 y las disposiciones OACI.

Ello permitió, al haber obtenido la aprobación que la normativa exige sobre el Manual Operativo por parte de la autoridad de aplicación, en este caso, la Dirección de Habilitaciones Aeronáuticas, que la empresa Southern Winds Líneas Aéreas S.A. aplicara el mismo, dando origen así, a los hechos que motivaron la sustanciación de esta causa, que por cierto, damnifican a Alberto Jorge Triaca y Claudio Waisbord.

En cuanto a la calificación legal que le cabría a los hechos imputados, encuadrarían en la hipótesis normativa del art. 248 del Código Penal, que dispone: “Será reprimido... el funcionario público que dictare resoluciones u órdenes contrarias a las constituciones o leyes nacionales o provinciales o ejecutare las órdenes o resoluciones de esta clase existentes o no ejecutare las leyes cuyo cumplimiento le incumbiere”.

El precepto se refiere a tres conductas típicas, mediante las que un funcionario público, puede cometer el delito, a saber: a) dictar ordenes o resoluciones contrarias a las constituciones o a las leyes nacionales o provinciales, b) ejecutar las órdenes contrarias a dichas disposiciones, y c) no ejecutar las leyes cuyo cumplimiento incumbe al funcionario; y se consuma con la acción o la emisión, según se trate de dictar o ejecutar resoluciones y órdenes, o de no ejecutar las leyes, sin que se requiera la producción de daño o la obtención de provecho alguno; siendo precisamente ésta la característica del abuso genérico de autoridad.

Es menester, que tanto las órdenes o resoluciones sean contrarias “a las constituciones o a las leyes”, disponiendo arbitrariamente sobre una cuestión o sobre una cuestión ajena a la competencia del funcionario.

Así, no todo abuso de función o cualquier exceso en el ejercicio del propio poder encuadra en este delito, sino el formalizado en el acto concreto de dictar una orden o resolución sustancialmente violatoria de la Constitución Nacional o de una ley. No comete el delito, por tanto, quien teniendo facultad, hace un uso inconveniente de ella, sino quien realmente hace lo que está prohibido, porque la resolución o la orden prohíbe la Constitución o la ley.

De ello, se advierte que la hipótesis requiere como presupuesto indispensable para poder configurarse, que su autor detente la correspondiente autoridad, es decir, el funcionario público debe actuar dentro de la órbita de sus funciones y/o competencia.

En mérito a lo expuesto, y llegado el momento de expedirme, habiendo analizado la totalidad de las constancias reunidas a lo largo de este proceso, especialmente la normativa que rige a la Dirección de Habilitaciones Aeronáuticas que obra glosada a las presentes, entiendo que tanto los Comodoros Jorge Carlos Dellepiane en su oportunidad, como Guillermo Luis Destefanis en la actualidad, han obrado debidamente dentro del marco de sus funciones y competencias.

En efecto, conforme las constancias reunidas a lo largo de esta vasta instrucción, se advierte claramente que la función primordial de la Dirección de Habilitaciones Aeronáuticas, se limita fundamentalmente, a velar por la seguridad de las operaciones de vuelo; y que su intervención como autoridad de aplicación, en cuanto a la “aprobación” de los Manuales Operativos de las distintas empresas prestadoras del servicio público de transporte aerocomercial, se limita a controlar y fiscalizar que los mismos se ajusten a las disposiciones contenidas en el Anexo 6, Parte I, puntos 4.2.7.; 6.1.2.; 9.3.1.; y 12.4 de la OACI, las que hacen a la seguridad en las operaciones aéreas. En ese marco, resulta que los aspectos y todo aquello que no incumba a la seguridad en las operaciones aéreas, queda fuera de la competencia de dicho Organismo.

Ahora, no escapa a los ojos del suscripto que, tanto Alberto Jorge Triaca como Claudio Waisbord, fueron víctimas de actos disvaliosos por parte de la empresa Southern Winds Líneas Aéreas S.A.- circunstancia que amerita su análisis particular sobre el cual me expediré más adelante-; sin perjuicio de lo cual, es preciso ceñir la cuestión a un análisis objetivo, para determinar si los hechos imputados tanto al Comodoro Destefanis como Dellepiane, devienen reprochables penalmente.

Siendo ello así, y luego de haber analizado todos los elementos de juicio colectados en autos, se advierte que no se encuentran reunidos los requisitos legales, a los que se halla sujeta la hipótesis normativa que describe el art. 248 del Código Penal, toda vez que, en primer término y tal como adelantara, tanto el Comodoro Dellepiane como Destefanis, actuaron en cada caso, dentro del marco de sus funciones y competencia, y sin violar ninguna disposición legal, al aprobar, con el sentido que este término amerita sobre la particular, los Manuales Operativos de la empresa Southern Winds Líneas Aéreas S.A., correspondientes al año 2001 y el aplicativo en la actualidad.

Adviértase, que la cuestión que se reprocha, sobre el trato que la empresa Southern Winds Líneas Aéreas S.A. dispensa a los pasajeros discapacitados, escapa a la órbita de control y fiscalización de la Dirección de Habilitaciones Aeronáuticas, téngase en cuenta la nota cursada por ese organismo a la empresa Southern Winds, glosada a fs. 1031/32, donde se solicita que se extraiga del MOE (Manual Operativo) las partes que no conformen el aspecto operativo del mismo, trasladándolo al Manual de Tráfico, y en la que se hace referencia al transporte de pasajeros, específicamente aquellos puntos que

hablan de pasajeros con características especiales (Parte A, Capítulo 8 “Procedimientos Operativos”, punto 8.15).

En atención a lo manifestado hasta el momento, luego de haber valorado el plexo probatorio acumulado, y las circunstancias de modo, tiempo y lugar, en que se desarrollaron los acontecimientos, habré de adoptar respecto de los imputados, un criterio de carácter definitivo.

VI- SITUACIÓN PROCESAL DE WHERENDT, LANARI Y PEZZIMENTI.-

Carlos Francisco Wehrendt, en su carácter de Director Interino de la Dirección Fiscalización dependiente de la Dirección Nacional de Políticas y Control de Transporte Aero comercial de la Secretaría de Transporte Aero comercial, para la fecha de los hechos materia de autos, prestó declaración indagatoria a fs. 997/99, previo haber presentado documentación y un descargo por escrito que obra glosado a fs. 951/94.

Así, en términos generales, explicó que el Decreto n° 20 del 13/12/99 fija los objetivos de la Subsecretaría de Transporte, siendo el de Supervisar el control y fiscalización de los servicios de transporte aero comercial, asegurando la calidad de los servicios y protección del derecho de los usuarios. Creó bajo la dependencia de la Subsecretaría, la Dirección Nacional de Políticas y Control del Transporte Aero comercial, pero debido a que por cuestiones administrativas dicho cargo no fue ocupado, la entonces Secretaría de Transporte Aero comercial dividió “informalmente” las tareas asignadas en esa Dirección, en áreas o sectores que denominó “Direcciones de apoyo” dependiente de ésta según lo establece la Disposición SSTA n°33 del 27/9/00, y en ese marco, estuvo a cargo en forma interina de la Dirección de Fiscalización dependiente de la mentada Dirección Nacional.

Aclaró, que dichas Direcciones de apoyo, no figuraban formalmente en la estructura administrativa, por cuanto tampoco tenía responsabilidades asignadas, las que continuaban dentro de la órbita de la Dirección Nacional, si perjuicio que, en definitiva, al encontrarse ese cargo vacante, recaían en la propia Subsecretaría; y agregó, que la fiscalización que realizaba la Subsecretaría sobre las empresas aero comerciales al momento de los hechos imputados, se basaba en la potestad otorgada mediante Decreto n° 772/00, que deriva de lo normado por los arts. 133, 135, 208 y cc. del Código Aeronáutico y número 24 y cc. del reglamento aprobado por Decreto n° 326/82, que tipifica las distintas conductas pasibles de sanción en el ámbito administrativo, referidas a los incumplimientos de los Explotadores de Servicios de Transporte Aéreo, respecto a las normas dictadas por la Autoridad Aeronáutica.

En ese contexto, indicó que la dirección a su cargo, se encargaba de diversos temas de índole administrativas, como ser el referente a las estadísticas, tarifas aero comerciales, control económico financiero, sumarios a empresas de transporte aéreo, y se atendían quejas de los usuarios. Sobre el particular, aclaró, que la protección del derecho de los usuarios se materializaba haciéndoles conocer sus derechos y obligaciones para temas determinados, a través de la publicación de una página web a la cual que se podía acceder libremente; obligando a las empresas prestadoras del servicio de transporte aero comercial tener a la vista en el mostrador de venta de pasajes, el art. 12 del Anexo I de las Condiciones Generales del Transporte, que hacen referencia a los derechos que le asisten a los usuarios en lo que hace a demoras y/o cancelaciones; y la instalación de dos líneas telefónicas para evacuar dudas sobre diversos temas que competen a los usuarios, que Defensa al Consumidor derivaba a esa área.

Refirió, además, que regularmente se efectuaban en forma sorpresiva, inspecciones en los aeropuertos de todo el país a las empresas prestadores del servicio de transporte aero comercial, sobre las aeronaves para verificar que los pilotos estuviesen afectados aero comercialmente a dicha empresa, si se encontraba a vista en los mostradores de

ventas de pasajes el art. 12 del Anexo I antes referido, que estuviese habilitado y a disposición de los usuarios el libro de quejas, etc.

Por último, negó toda participación en los hechos imputados, y aclaró que los Manuales Operativos de las distintas empresas prestadoras del servicio de transporte, se encontraban fuera de la órbita de la competencia de la Subsecretaría, como también escapan a dicha competencia, la intervención en hechos como los que se investigan en autos, circunstancia en la que lo único que podría hacer sobre el particular ese Organismo, sería la correspondiente denuncia ante el INADI o ante la justicia.

Luego de lo expuesto, deviene necesario analizar, si los hechos imputados a Carlos Francisco Wherendt, son constitutivos de delito. Así, su conducta encuadraría, prima facie, en las disposiciones del art. 249 del Código Penal, que establece que: *“Será reprimido... el funcionario público que ilegalmente omitiere, rehusare hacer o retarse algún acto de su oficio”*.

Sobre el particular, resulta que nos encontramos ante una hipótesis normativa que requiere como parte de su accionar el: omitir (no hacer), rehusar (negarse hacer, previa interpelación legítima en ese sentido) o retardar (no hacer a su tiempo), algún acto propio de las funciones, teniendo lugar su consumación con el acto omisivo, sin necesidad de que se produzca consecuencia alguna.

Lo que se omite es un acto propio de la función, por cuando sólo puede ser autor de este hecho un funcionario público, siendo además un hecho doloso, y la exigencia expresa de la norma transcrita en el sentido de que se trate de una omisión cumplida “ilegalmente”, pone una exigencia que es al par objetiva y subjetiva; por cuanto el dolo debe abarcar el conocimiento de la ilegalidad (cfr. Derecho Penal Parte Especial, Carlos Fontán Balestra, Decimocuarta edición, Ed. Abeledo-Perrot, pag. 839/41).

Ahora, habiendo analizado las constancias de autos, y en particular la normativa que regula y delimita la competencia y facultades de la Secretaría de Transporte, entiendo que la conducta reprochaba a Wherendt deviene atípica, habida cuenta que no se verifican en autos los extremos legales que refiere a la figura aplicable al caso.

En efecto, de acuerdo a la documentación glosada en autos, el accionar desplegado por el imputado, encuadra dentro de las funciones y competencias que le fueron asignadas en su momento, sin encontrar el suscripto, elemento alguno que permita al menos suponer que existió algún tipo de ilegalidad en su desempeño, y por lo tanto reprochable penalmente en los términos de la hipótesis en estudio.

Siendo ello así, y del cuadro probatorio conformado hasta el momento, considero que no existe elemento de convicción suficiente que vincule al imputado con los hechos materia de investigación, máxime teniendo en cuenta, que de las constancias arrimadas quedó demostrado que el control y/o la fiscalización de los Manuales Operativos pertenecientes a las distintas empresas prestadoras del servicio de transporte aerocomercial, escapan a la competencia de la Secretaría de Transporte; por cuanto adoptaré a su respecto un criterio de carácter liberatorio.

Daniel Rinaldo Lanari, quien se desempeñó como Jefe de Turno del Escuadrón de “Jorge Newbery” de la Policía Aeronáutica Nacional el 22 de agosto de 2001, cuando Claudio Waisbord se disponía a volar en el vuelo de la empresa Southern Winds, con destino a la ciudad de Córdoba.

En ese marco, fue oído en declaración indagatoria a fs. 1006/15, oportunidad en la cual explicó que conforme luce en acta de procedimientos de fs. 1 y en la declaración testimonial que obra en fs. 2, el día del hechos, el Sr. Waisbord se encontraba en una zona de preembarque e ingresó por sus propios medios a la plataforma operativa a los efectos de abordar la aeronave por sí mismo, siendo esta transgresión lo que motivó al personal de la empresa Southern Winds requiriese la presencia de personal de la Policía

Aeronáutica Nacional, habida cuenta que de esta manera el pasajero ponía en riesgo no sólo su integridad física, sino la de terceros por la peligrosidad que representa circular por ese sector, debido a la intensa actividad de aeronaves, vehículos y elementos de rampa, que circulan por el sector donde éste se encontraba.

Aclaró, que la intervención de la fuerza se instrumentó por medio de los gentes Vallejos y Peralta, quienes trataron de calmar al Sr. Waisbord, y persuadirlo para que abandone la zona por razones de su seguridad, y que explicara el motivo de su actitud para poder solucionar su problema, aclarando, que el pasajero espontáneamente manifestó lo sucedido, que consta en el acta referida, a cuyas constancias me remitió.

Efectuó hincapié en el hecho, que lo que consta en el acta de procedimiento de fs.1, es conteste con la declaración testimonial del Sr. Waisbord prestada ante la oficina de turno del Escuadrón “Jorge Newbery” de la Policía Aeronáutica Nacional, señalando el carácter espontáneo de esta última (cfr. fs. 2), en el momento de verse condicionado para abordar el vuelo, manifestando ante personal de la Policía Aeronáutica su disconformidad con el personas de la empresa Southern Winds, sin formular en esa ocasión, reclamo alguno respecto a la intervención de los funcionarios policiales, y a donde se lo había invitado a concurrir para que ejerza sus derechos, porque manifestó haber sido discriminado por la empresa. Luego, agregó, se entabló comunicación con el Juzgado Federal de turno.

Negó todo tipo de responsabilidad en los hechos imputados, y aclaró por el contrario, que actuó en cumplimiento de su deber y sus obligaciones, dado que su intervención se requirió en razón de haberse puesto en riesgo la seguridad aeroportuaria con la conducta adoptada por el Sr. Waisbord, todo vez que su desempeño debía estar en consonancia con las normativas específicas que regulan la materia, en las que prevalece la regularidad y seguridad del tráfico aéreo.

En ese sentido, explicó que las funciones de la Policía Aeronáutica Nacional surgen de lo dispuesto en la Ley 21.521, capítulo IV, art. 12, a las que indicó detalladamente, y el art. 2 de ese cuerpo normativo que confiere funciones de poder de policía en el aeroespacio, como también, poder de policía de seguridad y judicial en la jurisdicción territorial asignada; aclarando por último, que conforme hace el regular proceder, dio intervención al Juzgado de turno, habiendo cumplimentando las diligencias procesales ordenadas, lo cual refirió, resta todo tipo de sospechas en cuanto a la ilicitud de su obrar.

Por su parte, Jorge Omar Pizzementi, fue oído en declaración indagatoria a fs. 1017/23, oportunidad en la cual refirió que el día 23 de agosto de 2001 en circunstancias en que se desempeñaba como jefe de turno del Escuadrón Jorge Newbery de la Policía Aeronáutica Nacional, se presentó Alberto Jorge Triaca junto a su abogada, a los fines de realizar una denuncia por supuestos actos discriminatorios hacia su persona, perpetrados por la empresa Southern Winds.

Aclaró, que en esa oportunidad cuando el Sr. Triaca se acercó personalmente al Jefe de Turno del Escuadró, para el caso el deponente, no exigió ningún tipo de intervención por parte del personal de la dependencia policial, como tampoco lo hizo su letrada, sin perjuicio de lo cual, refirió, ante la situación planteada y a efectos de interiorizarme sobre el tema, se acercó a los mostradores de la empresa Southern Winds, donde le manifestaron que el pasajero discapacitado, en ese caso el Sr. Triaca, debía viajar con un acompañante, por encontrarse vigente una normativa de la empresa que regulaba ese cuestión de manera particular. Luego de ello, inmediatamente estableció contacto telefónico con el Secretario del Juzgado de turno y cumplimentó las medidas procesales ordenadas.

Negó todo tipo de responsabilidad en el hecho imputado, aclarando que no tuvo participación directa en el suceso, sino que, reiteró, tomó conocimiento del mismo, a través de la denuncia incoada por el Sr. Triaca, y que como auxiliar de la justicia actuó correctamente dentro del marco de sus funciones.

Por lo demás, se refirió, al igual que su consorte de causa Lanari, a efectuar un racconto sobre las funciones asignadas a la Policía Aeronáutica, a las que me remito.

Sentado lo expuesto, y a la hora de expedirme sobre la situación procesal de Lanari y Pizzimenti, luego de analizar el cuadro probatorio conformado hasta el momento, considero que no existen elementos de convicción suficientes, toda vez que la conducta reprochada deviene atípica.

En efecto, recuérdese que los hechos que se endilgan a Lanari y Pizzimenti, encontrarían acierto legal en las disposiciones del art. 249 del Código Penal; así, y en orden a las distintas constancias y pruebas colectadas, entiendo que no se encuentran reunidos los extremos objetivos y subjetivos que esta hipótesis normativa reclama. Sobre el particular, vale lo expuesto sobre el análisis efectuado sobre esta figura penal, al referirme a la situación procesal de Carlos Francisco Wherendt, a donde me remito.

En razón de lo expuesto, resultando ajustada a derecho las razones invocadas por ambos imputados en sus escritos de descargo, las que por cierto, no fueron desterradas por ningún elemento de juicio que obre en la causa, y coinciden por su parte, con la versión de los hechos brindada por los damnificados Waisbord y Triaca según su caso, entiendo que deben quedar desvinculados de este proceso, lo que así, habrá de resolverse.

VII- SOBRE EL PEDIDO DE CESE DEL MANUAL OPERATIVO DE LA EMPRESA SOUTHRN WINDS POR PARTE DE LA QUERELLA.-

Corresponde a esta altura, analizar la petición efectuada por la querella a f.s 789/90, donde solicita se ordene a la empresa Southern Winds que cese en la aplicación de su actual Manual Operativo, en lo que se refiere a las disposiciones sobre transporte de pasajeros especiales, y concretamente, a las personas discapacitadas, habida cuenta que contienen normas discriminatorias.

Sobre el particular, es pertinente señalar, que el art. 1 de la ley 23.592 dispone: *“Quien arbitrariamente impida, obstruya, restrinja o de algún modo menoscabe el pleno ejercicio sobre bases igualitarias de los derechos y garantías fundamentales reconocidas en la Constitución Nacional, será obligado, a pedido del damnificado, a dejar sin efecto el acto discriminatorio o cesar en su realización y a reparar el daño moral y material ocasionados...”*

Así, a partir de este artículo, la discriminación arbitraria se considera un ilícito civil, y como tal, da derecho al damnificado para obtener el cese del acto discriminatorio, y la reparación que pudiere corresponder. De este modo, se marca una clara diferencia entre el ámbito de protección de la precitada disposición, que implica una regulación específica válida para lo administrativo y lo civil, y el ámbito de protección penal, habida cuenta que el motivo fundamental de la norma es sancionar los actos impulsados por odio racial o religioso (cfr. Derecho Penal Antidiscriminatorio. Pablo Slonimski, pags. 29, 30 y 38. Ed. Fabián J. Di Plácido. Año 2002).

Sentado lo expuesto, y previo adentrarnos en el análisis de esta cuestión, deviene necesario aclarar, que el Manual Operativo de la empresa de marras que se aplicó a quienes resultan particulares damnificados en esta causa, fue modificado, conforme se informara a fs. 637 y 762/74, por cuanto no será objeto de estudio.

Siendo ello así, y centrados en la cuestión planteada, adviértase que el punto 8.15.2 del Manual Operativo se refiere a “Pasajeros Discapacitados”, a quienes define como: *“... todo aquel que, por sus condiciones físicas, médicas o mentales, requiere una atención individual mayor durante el viaje, en caso de una posible evacuación o emergencia, o*

en tierra, que la requerida por un pasajero normal. Esta definición se aplica tanto a los discapacitados permanentes como a los temporarios”.

Asimismo, se realiza una diferenciación entre dos clases de pasajeros discapacitados, aquéllos que requieren certificado médico y los que no lo necesitan, MEDA Y NON MEDA, respectivamente; y luego, en los puntos 8.15.3. y 8.15.4. se efectúa una enumeración que, a decir del Dr. Mouriño, es ejemplificativa, pero con una “advertencia” final, a través de la cual se determina que aquellas personas requieran “asistencias especiales”, deberán viajar con acompañantes hábil, definiendo que se entiende por tal.

Esta disposición, a juicio del suscripto, aparece totalmente arbitraria y discrecional, permitiendo a la empresa establecer en definitiva a su exclusivo criterio, quienes viajan o no, a menos que cuenten con acompañante hábil. Además, tampoco escapa al conocimiento del suscripto, la distinción que realiza la empresa entre pasajeros discapacitados y *normales*, al proporcionar la definición de ese concepto.

Conforme a lo expuesto, entiendo que las pautas reguladas por la empresa Southern Winds Líneas Aéreas en este nuevo Manual Operativo, mantienen las causales de limitación al uso de transporte de personas con discapacidad que disponía aquel que se aplicara en el mes de agosto de 2001, y deja ver a todas luces, un palmario trato discriminatorio hacia estas personas, a las que coloca en una clara situación de desigualdad respecto al resto del pasaje, y que en última instancia define como “pasajeros normales”, violando de este modo, no sólo la normativa internacional sino la nacional que rige en la materia, y el de derechos fundamentales protegidos por nuestra Carta Magna como son la libertad individual, la igualdad sin discriminaciones arbitrarias, la dignidad y el derecho a transitar libremente por territorio argentino.

A modo ilustrativo, resta mencionar, que la empresa Aerolíneas Argentina S.A. proporcionó copia de su Manual Operativo, donde puede observarse un tratamiento mucho más razonable en lo que a las disposiciones sobre personas discapacitadas se trata, siendo que para el caso de autos, por cierto, no se requiere de un acompañante hábil (cfr. fs. 809/11).

En mérito a lo expuesto, la empresa Southern Winds, deberá inmediatamente modificar de su Manual Operativo, las disposiciones que se refieren a los pasajeros discapacitados, adecuándolas a las prescripciones de la ley 23.592, 22.431, 24.314, 25.280, Resolución n° 96/01 del ORSNA, Decreto n° 914/97 y de las disposiciones OACI, en especial los métodos recomendados en los puntos 8.34, 8.35, 8.36 y 8.37 del Anexo 9.

Por ello, corresponde y así;

- I- **Sobreseer** en la presente causa n° 12.380/01, del registro de la Secretaría n° 10 de este Juzgado, respecto de **Guillermo Luis Destefanis, Jorge Carlos Dellepiane, Carlos Francisco Wehrendt, Daniel Rinaldo Lanari, y Jorge Omar Pezzimenti**, cuyos demás datos personales obran en autos, en orden a los hechos imputados, haciendo la expresa mención que la formación de esta causa, en nada afecta el buen nombre y honor del que hubieren gozado (art. 336, inc. 3° del C.P.P.).
- II- **Ordenar el cese** de las disposiciones contenidas en el punto 8.15.2 del Manual de Operaciones de la empresa Southern Winds Líneas Aéreas, referidas a Pasajeros Especiales, debiendo inmediatamente redactar nuevas pautas conforme las disposiciones contenidas en la legislación nacional e internacional que rige la materia, indicadas en los considerandos (art. 1° de la ley 23.592).

- III- Hagase saber** lo dispuesto precedentemente a la empresa Southern Winds Líneas Aéreas, a la Dirección de Habilitaciones Aeronáuticas de la Fuerza Aérea Argentina, a la Secretaría de Transporte y a la Policía Aeronáutica Nacional, mediante oficio de estilo.
- IV- Notifíquese.**

Juez Norberto Oyarbide.