

\*\*\*\*\*

JFMDP2 EXP 77080 8 SED1 32474 12

"MOLINA ZANON DANIEL HUGO C/ ESTADO NACIONAL Y OTRO S/ ACCION DECLARATIVA ORDINARIA

"S1 SENTENCIA DEFINITIVA - REGISTRO 33.189

9/4/2012

\*\*\*\*\*

\*.JFMDP2.622866.\*

EXP 77080/8

MOLINA ZANON DANIEL HUGO C/ ESTADO NACIONAL Y OTRO S/ ACCION DECLARATIVA ORDINARIA

Mar del Plata, de abril de 2012\*

AUTOS Y VISTOS: Estos caratulados "MOLINA ZANON, Daniel Hugo c/ESTADO NACIONAL y otros/ACCIÓN DECLARATIVA ORDINARIA" Expediente N ° 77.080, de trámite por ante éste Juzgado Federal N °2, Secretaría actuante N °1, traídos a despacho a los fines de DICTAR SENTENCIA DEFINITIVA y de los que: ---

RESULTA: I ): Que a fs. 42/53, con ampliación a fs. 71/77 vta. y luego a fs. 86 y vta., se presenta en Autos DANIEL HUGO MOLINA ZANON, por intermedio de apoderado, promoviendo formal DEMANDA (ACCIÓN DECLARATIVA DE CERTEZA) en contra del ESTADO NACIONAL ARGENTINO/MINISTERIO DE DEFENSA DE LA NACIÓN y el ESTADO MAYOR GENERAL DE LA FUERZA AÉREA ARGENTINA, a fin de que se disponga el cese de la incertidumbre que acusa, DISPONIÉNDOSE EL RECONOCIMIENTO por parte de dichos organismos, de su CALIDAD DE VETERANO DE GUERRA DE MALVINAS, en virtud de su participación en el Conflicto Bélico del Atlántico Sur, ello con base en las argumentaciones de hecho y de derecho que acto seguido pasa a exponer: --- Destaca que su parte a principios del año 1982 estaba destinado en la IV Brigada Aérea con asiento en El Plumerillo(Provincia de Mendoza), aclarando que a sus 23 años de edad se desempeñaba como auxiliar de sección de instrumentos del sistema "Douglas Skyhawk-A-4C" con el grado de Cabo Primero.--- Explica que en el contexto del conflicto bélico ya desatado, es trasladado a la Base Aérea San Julián, con escala técnica en Trelew. Al día siguiente es provisto de armamento de estilo, que se detalla a fs. 42 vta., aclarando que en los días sucesivos la actividad en la BAM fue "febril", entrenándose los aviadores y probando el armamento.-

--  
A partir del 1 de mayo del 1982, día en que se produce el "bautismo de fuego" de la Fuerza Aérea Argentina, expresa que la BAM San Julián no tiene descanso, con alarmas amarillas y rojas, en sucesión permanente.---

Resalta que en tal contexto, no solo realizaba su actividad cotidiana de puesta a punto de las naves, sino que ayudaba a empujar el avión, colocar las bombas, etc., con el riesgo que ello conlleva.---

Enfatiza que como desde allí partían misiones de ataque, el riesgo de ser atacados era real y concreto, recordando las bajas de pilotos que partieron desde esa base (fs. 43).---

Narra que permaneció en esa base hasta el 24/6/1982, momento éste en que fue nuevamente trasladado a su destino original.---

Por tal razón es que reclama su reconocimiento como veterano de guerra del Conflicto del Atlántico Sur, aunque

la FFAA le contesta que si bien reconoce su condición de veterano de guerra, la legislación vigente ha privilegiado un criterio geográfico que no le involucra.---

Ofrece luego los fundamentos jurídicos y materiales en que basa su reclamo (Punto IV de la demanda), ofrece prueba y solicita que oportunamente se acoja íntegramente la demanda impetrada con imposición de costas a la demandada.---

II ):Debidamente citado a estar a derecho, el demandado omite responder a la demanda incoada, aunque luego comparece a estar a derecho (ver fs. 101 y vta.), con lo que se le tiene por decaído el derecho de ofrecer conteste, ello en términos de presentación obrante a fs. 96.---

A fs. 99 se convoca a audiencia preliminar, que producida, no resulta conducente a los fines conciliatorios de su convocatoria (ver fs. 105).---

Allí se abre a prueba por el plazo de ley, proveyéndose la conducente en fs., allí señalada.---

A fs. 109 y vta., se certifica acerca del vencimiento del plazo probatorio y la prueba ofrecida, producida y pendiente.---

Las partes alegan (demandante a fs. 115/116; demandada a fs. 117 y vta.). Finalmente, y sin que resten gestiones procesales pendientes de producción en la causa, se llama a fs. 118, AUTOS PARA DICTAR SENTENCIA DEFINITIVA, lo que a la fecha se encuentra firme y consentido para los contendientes.---

Y CONSIDERANDO: I): Que -en primer lugar- es oportuno aclarar aquí que en noviembre de 2009 dicté sentencia en los autos “FERNANDEZ, Javier Alberto c/ ESTADO MAYOR GENERAL DEL EJÉRCITO s/ ACCIÓN DECLARATIVA” Expediente N ° 60.595; rechazando un reclamo análogo al presente.- Sin embargo, adelanto que varias circunstancias aconsejan - en el presente caso concreto - fallar de manera diferente. En efecto, el material probatorio aquí aportado, y los propios actos asumidos por el Estado con anterioridad a estos actuados; la zona geográfica a la que fuera destinado el demandante; y recientes fallos tanto de la Excma. CSJN., como de la Excma. Cámara de Apelaciones departamental, me llevan -reitero, en este caso y de acuerdo a sus peculiares caracteres- a asumir una posición diferente a la sustentada en aquella oportunidad.—

II): Que, en primer lugar, cabe aclarar que el presente proceso – acción declarativa de certeza -, tiene por fin el reconocimiento, por parte de la demandada, de la calidad de Veterano de Guerra de Malvinas que dice ostentar el actor.---

III) Que resulta claro aquí el hecho de que el ciudadano demandante, persiguen con la presente, su inclusión en el listado de Veteranos de Guerra de Malvinas, impugnando de algún modo la constitucionalidad de lo normado en el Dec. 700/82; 509/88, Art. 1 de la Ley 23.848, y demás normas citadas en la demanda, o al menos de la falta de acogimiento de su reclamo extrajudicial por parte de la Fuerza Aérea Argentina, a través de la interpretación otorgada a tales normas en el caso (ver fs. 11).---

El pedido, en cierto sentido, se funda en un presunto estado de incertidumbre que el demandante DANIEL HUGO MOLINA ZANÓN, en su carácter de miembro de la Fuerza Aérea Argentina, con prestación de servicios en actividad, al haber participado en el conflicto bélico con el Reino Unido en la guerra de Malvinas, tiene sobre el alcance de tales indicaciones legales, entendiendo que por haber estado afectado (movilizado) a la BIM SAN JULIAN durante el Conflicto Bélico en cuestión, cumpliendo las específicas funciones correspondientes a su grado militar en tiempo de guerra, debe ser ahora considerado ex combatiente.---

Ante ello, es destacable señalar que la normativa aplicable - Dec. 700/82, ratificado por ley 23.109 y reglamentado por Dec. 509/88 - ha sido dictada por las autoridades competentes de cada momento histórico que la enmarcó, y en legítimo ejercicio de sus derechos.---

Ello se enfatiza, ya que aún el Dec. 700/82, que determinó con claridad la zona del TOAS, habiendo sido emitido por una autoridad de facto, fue luego ratificado y consolidado en sus efectos por la normativa “de jure” posteriormente dictada.---

Este complejo normativo (en particular la ley 23.109 y su Decreto Reglamentario 509/88), derivan de una legítima y constitucional potestad del Congreso de la Nación, y del Poder Ejecutivo Nacional, que habiendo determinado la calificación jurídica de “veterano de guerra”, implica una determinación que en los hechos no puede ser considerada a priori como “arbitraria”, sino que aparece como sustentada en parámetros fácticos comunes a todos aquellos ciudadanos argentinos comprendidos en esa calificación.---

Así es que la formulación normativa referida, reguló una materia que es básicamente de competencia del Poder Legislativo, cuando se delimitó, siguiendo a la previa definición territorial e institucional planteada por el Poder Ejecutivo, vía el Ministerio de Defensa de la Nación (Dec. 700 del 7/4/82), el marco conceptual jurídico del “veterano de guerra”, que para la ley comprende entonces a los ex soldados que desde el 2 de abril de 1982 y al 14 de junio de ese año, participaron en las acciones bélicas desarrolladas en el “Teatro de Operaciones del Atlántico Sur” [TOAS], cuya jurisdicción fuera determinada el 7 de abril de dicho año, y que abarcaba la Plataforma Continental, las Islas Malvinas, Georgias y Sandwich del Sur, y el espacio aéreo correspondiente (Ley 23.109).-

He sostenido antes de hoy, que la regla de la igualdad ante la ley, propia del liberalismo clásico, sólo pretende excluir, en lo que nos ocupa, a la discriminación no justificada (Cfr. mi “Derecho Constitucional Argentino, Edit. EDIAR, T ° II, con cita a Bobbio, Norberto “Igualdad y Libertad” Edit. Paidós, Barcelona, 1993), y que en consecuencia, las distinciones efectuadas en éste supuesto por el legislador, no resultan arbitrarias.-

Ello con fundamento en lo sostenido por la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación, la que ha sentado una precisa línea a partir de la cual no se viola el principio de la igualdad ante la ley cuando pese a legislarse determinadas categorías, se trata de una misma manera a quienes se encuentren en igual situación, y la categoría no implica manifiesta discriminación o arbitrariedad (Cfr. CSJN Fallos 176:192; 179:89; 181:203; 190:236; 248:287; 262:370; 263:245; 258:177, entre muchas otras, el resaltado me pertenece).-

A raíz de lo expuesto, creo que la distinción efectuada por la norma en este caso, concediendo un trato desigual a distintas categorías de soldados convocados para enfrentar tal delicada situación bélica, posee un fundamento objetivo y razonable que no puede tildarse de arbitrario, toda vez que tal lo puedo advertir, no implica injustas persecuciones ni indebidos beneficios a partir del diverso trato que se les da a los ex combatientes incluidos en las distintas categorías.---

Aclarada la constitucionalidad y contorno jurídico del complejo normativo impugnado, la cuestión controvertida se limita en autos a determinar si en el marco de la norma descripta y de su interpretación, el soldado demandante debe o no ser incluido en el listado de Veteranos de Guerra de Malvinas.---

Las consecuencias que de ello se deriven (por ejemplo, pedidos de beneficios a raíz de la inclusión en dicho listado) son ajenas al objeto de estas actuaciones, como ya quedó dicho.---

IV) Que la normativa dictada por autoridades democráticas, que reguló diversos matices vinculados con los ex combatientes (Cfr. Dec. PEN 3438/94; Ley 23.240; Ley 23.701, Dec. 1244/98, entre otras), dejó claro que ni el territorio continental Argentino, ni sus costas, quedaron incluidas en el TOAS, salvo los territorios allí determinados.---

Así, el Art. 1 de la Ley 23.109 se refiere a los “(...) ex soldados conscriptos que han participado en las acciones bélicas desarrolladas en el Atlántico Sur entre el 2 de abril y el 14 de junio de 1982”; la Ley 23.701 se refiere también al sustituir el Art. 11 y 12 de la Ley 23.109, a “(...) las personas mencionadas en el Art. 1 y los oficiales, suboficiales y civiles que han participado en las acciones bélicas...”. Por su parte el Dec. 1244/98 hace referencia al personal de la Administración Pública Nacional “(...) que acredite la condición de ex combatiente en las acciones bélicas desarrolladas en el Teatro de Operaciones del Atlántico Sur, entre el 2 de abril y el 14 de

junio de 1982”.-

El TOAS, según la propia demandada y de acuerdo al Decreto 509/88 (fs. 48vta.) incluye la Plataforma Continental, Islas Malvinas, Georgias, Sándwich del Sur y el espacio aéreo correspondiente (del 7 de Abril al 14 de Junio de 1982).---

Cabe mencionar que, en el caso de autos, está probado que el actor MOLINA ZANÓN revistaba al momento por la BASE AÉREA MILITAR SAN JULIAN (ver responde, fs. 103 vta., y ss., no cuestionado por la demandante en lo que hace a su virtualidad), INTEGRANDO ADEMÁS UNA NÓMINA DE PERSONAL MILITAR, CIVIL Y TROPA DESPLEGADO PARA EL CONFLICTO DEL ATLÁNTICO SUR (ver documental de fs. 70, no cuestionada válidamente por el demandado)

También existe constancia documental de que el H. Congreso de la Nación lo galardonó en su calidad de ex combatiente en tal conflicto bélico (ver constancia documental de fs. 4, no impugnada válidamente por la demandada), como además que el Sr. Presidente del H. Senado de la Nación certificó su intervención en la lucha armada por la reivindicación territorial de las Islas Malvinas, Georgias y Sandwich del Sur. 2 de abril de 1982-14 de junio de 1982 (ver documental de fs. 2, tampoco resistida válidamente por la demandada).---

Todo lo expuesto da cuenta de que el SUBOFICIAL MAYOR, Daniel Hugo MOLINA ZANÓN (Mec. Inst. 17367) fue movilizado a la Base Aérea Militar San Julian durante el Conflicto Bélico del Atlántico Sur, para integrar el Escuadrón 55 (A4-C) como Mecánico Instrumental, lo que incluyó sacrificios y efectivas maniobras de aprestamiento, reparación, puesta a punto y carga de aviones que desarrollaron misiones de combate, lo que es ratificado por el informe denegatorio, que pese a las razones invocadas para rechazar el pedido en cuestión, expresa entender la condición del actor, agregando a ello, que “(...) como la Fuerza Aérea es solo un organismo de aplicación de los requisitos impuestos por la Legislación Nacional, no podemos extenderle el certificado solicitado” (textual de documental obrante a fs. 12).---

Ello se corrobora con la documental de fs. 3, que certifica que el hoy demandante ha participado en la Batalla Aérea por las Islas Malvinas.---

Aduno a lo dicho, la circunstancia de haber omitido la demandada contestar acción, por lo que no ha sido válidamente controvertida la documental adjunta a la demanda.---

Todo lo antes narrado, y en particular las constancias emitidas por los Poderes Públicos de la nación y por la fuerza que integró el demandante, configuran “actos propios de la Fuerza Aérea y el Estado Argentino, que justifica -junto a las restantes circunstancias aludidas- el apartamiento del criterio sostenido con anterioridad en los obrados “Fernández (...)” ya mencionados.---

Ante ello, que constituye un accionar precedente de quien ahora - en su calidad de demandado - niega la calidad de “ex combatiente” del actor, la actual posición del Estado aparece inconsistente, y contraria a sus propios actos, con todas las consecuencias que ello implica desde la órbita de la conocida teoría de los actos propios, verdadero principio general del derecho que debe ser tenido en cuenta para interpretar y aplicar las leyes a los casos concretos.-

Cabe consignar, asimismo, que la posición del actor -respecto a la importancia de la labor efectuada desde la Zona de Despliegue Continental en la Guerra de Malvinas en el marco de un plan estratégico de guerra, encuentra sólidos elementos probatorios, entre los ya reseñados en Autos.---

V) Que, por otra parte, es necesario advertir que recientemente -el 31 de marzo de 2011- la Excma. Cámara Federal de Apelaciones de Mar del Plata ha dictado sentencia en un caso de similares características que el presente, sobre todo por su objeto y por el sitio donde el actor había desarrollado sus actividades durante el conflicto armado por Malvinas.---

En efecto, en los autos “Colque c/ Estado Nacional s/ Ordinario” (sentencia registrada en T ° CXXI F ° 16.915 del año 2011, CFAMDP) el citado Tribunal expresó: “(...) es dable poner de relieve el reconocimiento de la condición de Veterano de Guerra del actor por parte de la Fuerza Aérea en la constancia obrante a fs. 3 (...) la

cuestión planteada resulta ser sustancialmente análoga la decidida recientemente por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en autos 'Gérez, Carmelo Antonio c/ Estado Nacional M<sup>o</sup> de Defensa s/ impugnación de resolución administrativa - proceso ordinario' del 09/11/2010 en donde el Alto Tribunal expresó que '... (...) la mera declaración de que la Base Aeronaval de Río Grande - Tierra del Fuego no integra el TOAS -en particular, la Plataforma Continental-, no alcanza para rechazar el reclamo. Tal exclusión no es sino el resultado de una interpretación dogmática de la norma, en la medida en que el a quo no aportó mayores precisiones respecto de la delimitación del territorio comprendido en la referida área geográfica. Por el contrario, se limitó a expresar que los destinos a los que había sido asignado el actor 'no han formado parte del Teatro de Operaciones del Atlántico Sur ni se ha realizado en el mismo (sic) efectivas acciones bélicas en combate' (...) Con ello, por lo demás, pareció exigir el cumplimiento de un requisito no excluyente conforme la norma vigente, en donde, además de 'haber intervenido en efectivas acciones bélicas de combate' también se prevé el de 'haber operado en áreas consideradas de riesgo de combate' (...)' . En consecuencia, de acuerdo con el criterio de nuestro Máximo Tribunal Judicial, tanto la efectiva participación en acciones bélicas (...) como el hecho de haber operado en áreas de riesgo de combate (...) dan derecho a la percepción de la pensión vitalicia (...) Siendo que ha quedado debidamente acreditado en autos que fue en la Base Aérea Militar de la ciudad de Río Gallegos -área de riesgo de combate- donde el reclamante prestó servicios como soldado conscripto, es que corresponde hacer lugar al recurso incoado" (voto del Dr. Tazza, al cual adhirió el Dr. Ferro; el resaltado me pertenece).---

Al existir dicho precedente de la Alzada departamental, que a su vez se funda en un fallo de la CSJN., y a la luz de las circunstancias probatorias de estas actuaciones (ya referidas), no cabe duda que razones de seguridad jurídica y de justicia en el caso concreto llevan hacia el acogimiento de la demanda.---

En cuanto al citado fallo de nuestro Máximo Tribunal, determinó (por mayoría) que "(...) en mayo de 1982, el actor cumplía su destino en Puerto Belgrano en la Base Aeronaval Comandante Espora hasta que, luego de producido el hundimiento del Crucero General Belgrano, fue movilizado a cumplir funciones en la Base Aeronaval de Río Grande - Tierra del Fuego (...) corresponde advertir que tal como surge del artículo 11 del decreto 509/88, reglamentario de la ley 23.109 de beneficios a ex combatientes la jurisdicción del TOAS abarcaba la plataforma continental, las Islas Malvinas, Georgias y Sandwich del Sur y el espacio aéreo correspondiente. De toda la extensión territorial contenida en el TOAS, lo que aquí interesa es identificar los límites precisos de la Plataforma Continental a los fines de determinar si dentro de ella está incluida la provincia de Tierra del Fuego. Corresponde asimismo precisar si el actor ha atravesado el espacio aéreo al que se hace referencia en la norma al haber sido trasladado en aeronaves de la Armada Argentina en oportunidad de los cambios de destino a los que debió someterse (...) Que al llevar a cabo dicha tarea hermenéutica, la cámara resolvió denegar el beneficio solicitado por el recurrente con base en una interpretación normativa desprovista de razones concretas que permitiesen concluir que el destino asignado al actor estaba excluido del área geográfica prevista en la norma como requisito para ser considerado ex combatiente. En efecto, la mera declaración de que la Base Aeronaval de Río Grande - Tierra del Fuego no integra el TOAS en particular la Plataforma Continental, no alcanza para rechazar el reclamo. Tal exclusión no es sino el resultado de una interpretación dogmática de la norma, en la medida en que el a quo no aportó mayores precisiones respecto de la delimitación del territorio comprendido en la referida área geográfica. Por el contrario, se limitó a expresar que los destinos a los que había sido asignado el actor "no han formado parte del Teatro de Operaciones del Atlántico Sur ni se ha realizado en el mismo [sic] efectivas acciones bélicas en combate" (fs. 91). Con ello, por lo demás, pareció exigir el cumplimiento de un requisito no excluyente conforme la normativa vigente, en donde, además de "haber intervenido en efectivas acciones bélicas de combate" también se prevé el de "haber operado en áreas consideradas de riesgo de combate" (conf. art. 21 de la resolución 426/04 citada). Idénticas razones conducen a descalificar el razonamiento llevado a cabo por la cámara al rechazar la alegación del actor relativa

al sobrevuelo del espacio aéreo incluido en el área del TOAS, en oportunidad del traslado en aeronave de la Armada Argentina desde la Base Comandante Espora a la Base Aeronaval de Río Grande. En efecto, el a quo sostuvo en ese punto que dicha circunstancia "no ha [bía] conformado una acción bélica. Y el hecho que en el viaje de traslado de la Base Comandante Espora a la de Río Grande haya sobrevolado la plataforma continental (por la ruta que debía seguir la aeronave) no ha implicado ingresar en el Teatro de Operaciones; como tampoco el hecho que haya estado en Tierra del Fuego por más que sea un espacio insular y forme parte del Atlántico Sur" (fs. 91 vta.). En consecuencia, más allá de la negativa de considerar incluidos tales destinos en el área del TOAS, no se proporciona pauta alguna de ponderación que justifique tal exclusión, lo que impide desentrañar el criterio con el que fue interpretada la norma en este punto para arribar al rechazo de la pretensión. El razonamiento de la cámara se sostiene, entonces, tan solo sobre la base de asertos dogmáticos que, en cuanto tales, no constituyen fundamentos válidos de una decisión judicial. Su presencia, por el contrario, torna arbitraria la interpretación efectuada por el a quo, al atribuir dogmáticamente una cierta inteligencia a ese precepto sin dar argumento alguno capaz de sustentarla. De tal modo se desvirtuaron y tornaron inoperantes las normas inequívocamente aplicables al caso (conf. Fallos: 239:267), lo que conduce a descalificar el pronunciamiento (...). Por ello, habiendo dictaminado la señora Procuradora Fiscal, con el alcance indicado se declara procedente el recurso extraordinario y se deja sin efecto el fallo recurrido. Con costas. Vuelvan los autos al tribunal de origen a fin de que, por quien corresponda, se dicte nuevo pronunciamiento con arreglo a lo resuelto" (Corte Suprema de Justicia de la Nación, Gerez, Carmelo Antonio c. Estado Nacional – M° de Defensa, 09/11/2010, el resaltado me pertenece).---

En el mismo sentido, puede citarse un interesante fallo dictado por la Excma. Cámara Federal de Apelaciones de la Cuarta Circunscripción Judicial de Córdoba el 10 de marzo de 2011, caratulado "Arfinetti c/ EN-Ministerio de Defensa s/ Acción declarativa de certeza", que recepta la demanda luego de recorrer el contexto histórico en el que fueron sancionadas las normas aplicables, el concepto de "estado militar", el estado jurídico de guerra y sus consecuencias, la situación particular de los actores, la citada jurisprudencia de la Corte Suprema, la importancia de las diferentes funciones militares en la guerra y el marco geográfico en el que fueron desempeñadas.---

Debido a todo lo expresado, deviene la procedencia del acogimiento a la pretensión del actor.---

VI) Que resulta evidente entonces, que estamos ante una cuestión sumamente controvertida, con precedentes jurisprudenciales no uniformes, y además, que los textos legales vigentes pueden ser debatidos en cuanto a su interpretación, por lo cual estimo justo aplicar las costas en el orden causado, pues el Estado Nacional pudo creerse con derecho a sustentar su posición judicialmente, como lo hizo (art. 68, 2da. parte, CPCCN).---

Por todo lo expuesto, y citas legales y jurisprudenciales efectuadas: ---

FALLO: I) Hacer lugar a la demanda instaurada por el accionante DANIEL HUGO MOLINA ZANÓN, en contra del ESTADO NACIONAL ARGENTINO/MINISTERIO DE DEFENSA DE LA NACIÓN/ESTADO MAYOR GENERAL DE LA FUERZA AÉREA ARGENTINA y, en consecuencia, ORDENAR a la parte demandada a que dentro del plazo de DIEZ DÍAS HÁBILES de anoticiado de la presente, INCLUYA AL CIUDADANO EX COMBATIENTE ANTES MENCIONADO, EN EL PADRÓN DE VETERANOS DE MALVINAS de la fuerza pertinente.-

II) Imponer las costas en el orden causado. REGISTRESE, NOTIFIQUESE. Oportunamente, ARCHIVESE.--

-

