

Seminario
Relativo a Cuestiones Actuales
de Derecho Aeronáutico

*

MÓDULO 2

**La investigación de accidentes e incidentes en sus aspectos
técnicos y jurídicos**

Tema a desarrollar

**La utilización por parte de la Justicia de los Informes Técnicos
de Investigación de accidentes e incidentes de aviación**

*

Por Griselda D. Capaldo
Investigadora del CONICET
Profesora de la UBA

Salón Rojo, 8 de octubre de 2009

Introducción

Debido a la notable concentración del daño que generan, los aspectos técnicos y jurídicos vinculados con la investigación de los accidentes de aviación es uno de los capítulos más complejo del Derecho Aeronáutico, debido a que generalmente en cada accidente sufrido por una aeronave se concentran –al menos potencialmente- todas las responsabilidades aeronáuticas y hasta el mismo Derecho Aéreo en su cabal plenitud.

Cada vez que se produce un accidente de aviación, surgen claramente dos líneas de investigación: una técnica y otra jurídica.

La primera persigue fines exclusivamente preventivos, es decir, se aboca a inferir cuáles fueron las causas del infortunio con el objetivo de formular recomendaciones sobre seguridad que permitan evitar que nuevos accidentes se produzcan por esa causa o por causas similares.

La segunda persigue fines exclusivamente punitivos y sancionatorios, es decir, busca individualizar a los culpables con el objetivo de hacerlos responsables civil, penal y hasta administrativamente, por los daños sufridos por las personas y las cosas involucrados en ese accidente.

Está claro, entonces, que esas dos líneas de investigación miran en direcciones opuestas, como agudamente lo señaló el Dr. Edgardo Donna en ocasión de su ponencia ante las “I Jornadas Nacionales sobre aspectos técnicos y jurídicos de investigación de accidentes e incidentes de aviación”, celebradas en esta Casa entre el 7 y 8 de setiembre de 2000.¹ La que tiene fines preventivos mira hacia el futuro, en tanto que la que tiene fines sancionatorios y punitivos mira hacia el pasado. Una busca satisfacer –a futuro- el derecho a la vida de un número indeterminado e indeterminable de personas (pasajeros y terceros en la superficie). La otra busca satisfacer el reclamo de justicia de personas determinadas y perfectamente individualizadas. Se trata de satisfacer dos intereses jurídicos opuestos pero igualmente significativos. Al derecho le corresponde encontrar el punto de equilibrio.

Las responsabilidades descriptas en el párrafo precedente son resueltas –en última instancia- por los tribunales civiles y comerciales federales, los penales y los contencioso-administrativos federales. Para ello aplican normas domésticas como internacionales, jurídicas como técnicas.

Entre estas últimas descuellan las normas y métodos recomendados por la OACI, adoptados de acuerdo con lo prescripto en el art. 26 y los art. 37 y 38 del Convenio de Chicago de 1944, por medio de los cuales los Estados se comprometen a colaborar en el logro del más alto grado de uniformidad posible en las reglamentaciones y procedimientos que faciliten y mejoren la navegación aérea, adaptando – tanto como les sea posible - sus reglamentos internos a las normas y métodos recomendados internacionales. Este compromiso a colaborar, indudablemente impregnado del “principio de buena fe”, es

¹ Donna, Edgardo: *La investigación técnica de los accidentes de aviación desde el punto de vista del Derecho Penal*, en I Jornadas Nacionales para Jueces y Fiscales Federales sobre Aspectos Técnicos y Jurídicos de la Investigación de Accidentes de Aviación, Buenos Aires 7 y 8 de setiembre de 2000.

ejecutivo *per se*, ya que la simple invocación de los art. 37 y 38 es suficiente para hacer efectivo su valor vinculante.

Es así como nace el Anexo 13, dedicado íntegramente a la investigación técnica de los accidentes e incidentes graves de aviación.

Objeto de la investigación técnica de los accidentes e incidentes graves de aviación

Según expresa el Anexo 13 al Convenio de Chicago de 1944, en su numeral 3.1 del Capítulo 3 sobre “Generalidades”, *“el único objetivo de la investigación de accidentes o incidentes será la prevención de futuros accidentes e incidentes. El propósito de esta actividad no es determinar la culpa o la responsabilidad”*. Queda claro, entonces, que la investigación técnica no aspira a producir consecuencias jurídicas.²

En nuestro país, el Código Aeronáutico expresa que *“Todo accidente de aviación será investigado por la autoridad aeronáutica para determinar sus causas y establecer las medidas tendientes a evitar su repetición”* (art. 185). Al precisar que el objetivo de toda investigación de accidentes aeronáuticos es determinar sus causas a fin de evitar su repetición, el legislador está introduciendo en la norma un canal valorativo: la prevención. Si nos atenemos a las reglas de hermenéutica, puede sostenerse que el art. 185 es un precepto de tipo persuasivo, justamente porque apunta a un valor. La prevención ha sido considerada jurídicamente valiosa por el codificador argentino porque a través de ella se logra un objetivo mayor: la protección de la vida humana y de las cosas que pertenecen a las personas, evitar nuevos accidentes por la misma causa, salvar vidas futuras, prevenir futuros daños. Al introducir un canal valorativo en la redacción del precepto, obviamente está estableciendo una prioridad respecto a cuál es el bien jurídico que hay que proteger por encima de otros: la seguridad. Y en aras de la seguridad, el paso previo es el de la prevención, prevención que se logra llevando a cabo una investigación técnica de los accidentes e incidentes graves de aviación.

La misma norma persuasiva es consagrada por otros códigos latinoamericanos, como el de Chile (art. 181, ley 18.916/90), el de Guatemala de 2000 (art. 116, decreto 96/00), el de Perú (art. 154.1, Ley 27.261/00), el de

² Ortiz, Luis - Capaldo, Griselda: *Problems Linked with the Use by Justice of the Technical Information of Accident Investigation*, en Proceedings of Boston Seminar of the International Society of Air Safety Investigators, Boston 1999, pp. 55/66.

Ortiz, Luis – Capaldo, Griselda: *Can Justice Use Technical and Personal Information Obtained Through Aircraft Accident Investigations?*, Journal of Air Law and Commerce, Vol. 65 – N° 2/2000, pp. 263/277.

Ortiz, Luis - Capaldo, Griselda: *Juridical and Technical Aspects in the Investigation of Aviation Accidents and Incidents in Argentina and Latin America*, ponencia, en Proceedings ISASI 2004 Seminar, Australia's Gold Coast August 30th and 02nd Australia, September 2004 (Session Chair: Max Saint Germain), pp. 1/12.

Mannin, Colm: *Enquête sur les accidents et incidents d'aéronefs en Europe Directive du Conseil du 21 novembre 1994, n° 94 / 56 / EC*, en RFDA et S, Vol. 197 N° 3/1996, pp. 333.

Uruguay (art. 92, Ley 14.305/74 modificada por Ley 16.403/93), y el de Venezuela (art. 15.2, Ley 1946/01).

Para encontrar una definición de accidente dentro del sistema jurídico aeronáutico argentino, tenemos que apelar al artículo 4 del Decreto N° 934/70, a través del cual se reglamenta el Título IX del Código.

El citado precepto lo define como “... *todo hecho que se produzca al operarse la aeronave y que ocasione muerte o lesiones a alguna persona o daños a la aeronave o motive que ésta los ocasione*”.

Evidentemente se trata de una definición de tipo contextual, porque nos está marcando un contexto: la necesidad de que el hecho se produzca al operarse la aeronave. Se puede afirmar también que es una definición aclaratoria,³ ya que precisa cuáles hechos habrán de ser jurídicamente considerados como accidentes: sólo los que ocasionan la muerte o lesiones a personas o daños a las cosas. Lamentablemente, el legislador se abstuvo de dar una definición mixta o interdisciplinaria, ya que excluye a todos los hechos que no ocasionan ni muertes ni lesiones a las personas ni daños a las cosas, con lo que deja fuera del proceso de investigación aquellos sucesos que pueden ser de interés técnico para aumentar la seguridad aérea.⁴

Si tomamos como herramienta de análisis al método contextual, vemos que, comparada con la definición aportada por el Anexo 13 al Convenio de Chicago de 1944 (Capítulo 1) y la contenida en la Directiva 94/56/CE (art. 3.a), la pergeñada por la reglamentación argentina es más amplia, pues en su dimensión contextual estarían comprendidos aquellos sucesos que se producen por el mero hecho de operar una aeronave, e independientemente de que las personas que están a bordo tengan intención de realizar un vuelo, o no. Por los motivos apuntados precedentemente, la Argentina notificó a la OACI sobre esa asimetría entre el método recomendado a nivel internacional y las normas locales. Con ello deja sentado que, para todos los accidentes o incidentes acaecidos en el país a aeronaves de matrícula argentina, se les aplicará las normas locales, en tanto que a las aeronaves de matrícula extranjera les será aplicable la definición restringida del Anexo 13.

Una vez producido un accidente aéreo, la Junta de Investigaciones de Accidentes de Aviación Civil (JIAAC) inicia su investigación técnica de inmediato. Esa investigación está regulada íntegramente por las normas y métodos recomendados por la OACI desde el Anexo 13 y sus manuales, guías y circulares complementarios, así como por otras normas vernáculas totalmente articuladas con las internacionales.

Valor vinculante de los Anexos técnicos elaborados por la OACI

¿Cuál sería la naturaleza jurídica de los Anexos técnicos al Convenio de Chicago de 1944?. Como el Derecho Internacional Público carece de un

³ Las definiciones aclaratorias son útiles para fijar fronteras, que tienen por objetivo evitar la ambigüedad de la norma cuando se la aplica al caso concreto.

⁴ Capaldo, Griselda: *Investigación de accidentes e incidentes aéreos. Aspectos técnicos, jurídicos y humanos*, relator ponente de las XXXI Jornadas Iberoamericanas de Derecho Aeronáutico y del Espacio y de la Aviación Comercial – Universidad Central de Barcelona, Barcelona, 22 a 25 Octubre de 2002, pp. 75 a 131.

Parlamento Universal, podríamos decir que son normas que pertenecen a lo que la doctrina contemporánea denomina *derecho internacional reglamentario*, y que –salvando las distancias ontológicas– se asemejan a los decretos reglamentarios que dicta la administración pública de cualquier Estado con el objeto de reglamentar los derechos y obligaciones contenidas en las leyes aprobadas por el Parlamento nacional. Ante la ausencia de un Poder Legislativo Internacional, el rol es cumplido por los propios Estados a través de la suscripción de tratados, acuerdos y convenios.

Cuando por medio de un tratado (v.gr. el Convenio de Chicago de 1944) se crea un organismo internacional de carácter intergubernamental (v.gr., la OACI),⁵ y a uno de sus componentes, llámese Consejo o Comité (v.gr., el Consejo de la OACI), se le encomendó la tarea de elaborar cierto tipo de normas, esas normas no pertenecen a la categoría de *derecho originario*, porque no han nacido de la voluntad negociadora de todos los Estados parte en el Tratado, sino de un grupo reducido de funcionarios que –por disposición del propio convenio– generalmente representan áreas, regiones u otros ponderables jurídicos. Su competencia normativa está reducida a generar normas de *derecho derivado*, muchas veces de carácter no vinculante (*soft law*), como lo son las recomendaciones, los estándares, o los códigos de conducta.

No está demás recordar que, cuando el orden aeronáutico internacional estaba regulado por el Convenio de París de 1919, el valor vinculante de sus Anexos técnicos tenía el vigor propio de las normas adoptadas directamente por las partes contratantes, ya que el organismo encargado de elaborarlos era la propia CINA, pero su sucesor, la OACI, escogió un *modus operandi* diferente que restó eficacia al sistema reglamentario internacional.

Que los Anexos técnicos al Convenio de Chicago no son derecho originario sino derivado, o dicho de otro modo, no son derecho sustantivo sino reglamentario, estaría también abonado por el artículo 54, numeral l) del Convenio de Chicago, que el “*Consejo debe adoptar normas y métodos recomendados internacional...designándolos, por razones de conveniencia, como anexos al presente Convenio...” (el subrayado es nuestro).*

¿Qué ocurre si un Estado no adapta su orden interno a las normas y métodos recomendados internacionales como lo proponen los ya mencionados art. 37 y 38 del Convenio de Chicago?, ¿o si no comunica las asimetrías que pueda haber entre ambos?. Sabemos que la Argentina lo ha hecho, al menos respecto a la definición de accidente. Pero, ¿que sucede si la Argentina tiene otras asimetrías que no comunicó, por ejemplo que sus tribunales utilizan el informe de la JIAAC para discernir culpas y responsabilidades, lo que a todas luces contradice lo expresado en el numeral 3.1 del Capítulo 3 del Anexo 13?. ¿En qué medida de esa omisión se deriva una responsabilidad internacional?.

Para responder a estas preguntas hay que volver al tema del valor vinculante de los anexos. Si son reglamentos que forman parte del derecho internacional reglamentario, obviamente obligan a los Estados, pero no directamente por el principio de *pacta sunt servanda* (que sería aplicable aquí

⁵ Por supuesto, dentro de este análisis se excluye la especial situación de los procesos de integración regional, de los cuales la Unión Europea es su más acabado ejemplo, donde existe un Parlamento comunitario facultado a dictar normas vinculantes para los Estados miembro.

en forma indirecta), sino por el “principio de buena fe”, que unánimemente es considerado por la doctrina especializada como norma de *ius cogens*, es decir, una norma imperativa que forma parte del orden público internacional. Una vez que el Estado comunica la asimetría (y aquí es necesario subrayar que el deber de notificar sí es una obligación nacida del *pacta sunt servanda*), inmediatamente la OACI la distribuye al resto de los miembros, a fin de que tomen nota de que hay un país para quien la norma recomendada a nivel internacional o bien no rige o bien rige con las modificaciones comunicadas. El hecho de comunicar la asimetría tiene como consecuencia jurídica que, a partir de ese momento, dicho Estado puede hacerla oponible a los demás. De ese modo, el resto de los miembros están advertidos de qué es lo que el Estado en cuestión exigirá, o no, a las aeronaves extranjeras. Todo esto hace, precisamente, a la buena fe internacional.

Al principio, esa obligación de notificar fue exigida sólo respecto de las normas, pero a partir de 1950 el Consejo decidió hacerla extensiva a las prácticas recomendadas, para los casos en que la comunicación de dicha asimetría fuese importante para el mantenimiento de la seguridad de la navegación aérea.⁶

En la Argentina, cada vez que se aprueba un nuevo Anexo al Convenio de Chicago o se lo modifica, el procedimiento de entrada en vigor dentro de nuestro orden interno no es el propio de un tratado, que supone un acto federal complejo, sino que se lleva a cabo con una sencilla comunicación hecha por la Autoridad de Aplicación (antes era la Fuerza Aérea, ahora la ANAC),⁷ o simplemente dejando pasar el término de 3 meses indicado por el artículo 90 del Convenio de Chicago. Este es otro argumento en favor de la postura expuesta más arriba acerca de que los Anexos no tienen la misma naturaleza jurídica del tratado, puesto que si la tuviera, esas asimetrías sólo serían efectivas si el Estado realiza otro acto federal complejo.

Ninguno de estos requisitos es exigido para los anexos de OACI, justamente porque no tienen la naturaleza jurídica propia de un tratado.

En suma, los Anexos elaborados por la OACI son normas de derecho internacional reglamentario e integran el elenco de normas de derecho derivado, por tal motivo su valor vinculante descansa más en el “principio de buena fe” que en el *pacta sunt servanda*. Esto determina que, en caso de incumplimiento, si bien nace una responsabilidad internacional en cabeza del Estado moroso o infractor, las consecuencias derivadas del mismo carecen de la severidad que tendría si se viola una norma sustantiva. De ahí que el propio Convenio de Chicago no prescriba ninguna sanción específica contra el Estado incumplidor. Esta omisión debilita la eficacia del art. 38, y con ella se debilita también el proclamado objetivo de lograr el más alto grado de uniformidad posible en las reglamentaciones que faciliten y mejoren la navegación aérea (art. 37).

⁶ Ducrest, Jacques: *Une Nouvelle Dynamique des Fonctions Législatives et Quasi-législatives de L'OACI?*, Annals of Air and Space Law, Vol. XXI-II/1996, p. 74.

⁷ Las excepciones a este mecanismo, fueron el Anexo 14 sobre Aeropuertos y el 18 sobre Transporte de Mercaderías Peligrosas sin Riesgo, que han sido aprobados por Decreto.

Consecuencias jurídicas derivadas de la omisión de comunicar asimetrías entre el orden interno y el Anexo 13 al Convenio de Chicago

Para salvaguardar su responsabilidad internacional frente a la OACI y frente al resto de los Estados miembro, varios países han comunicado diferentes asimetrías entre su orden interno y la norma recomendada, como Austria, Estados Unidos, Dinamarca, Finlandia, Islandia, Holanda, Suecia y Suiza.

Respecto de los numerales 3.1 y 5.12, por ejemplo, la Argentina no ha comunicado ninguna diferencia entre la norma internacional y la legislación vernácula. Sin embargo, nuestros tribunales habitualmente utilizan el informe técnico para discernir responsabilidades, asignar culpas y aplicar sanciones.⁸ Tampoco hay control alguno sobre la divulgación de su contenido a través de los medios de difusión masiva.

Dado que lo sintetizado precedentemente atañe no solo a la Argentina, sino que describe una conducta frecuente de los países respecto a los Anexos al Convenio de 1944, interesa sobremanera analizar qué consecuencias jurídicas se derivan de esta omisión.

Toda vez que en sede judicial de cualquiera de los Estados miembros de la OACI, se emplean los informes técnicos elaborados por la Junta de investigación del accidente aeronáutico, con el objeto de inculpar a persona determinada, sin que tal Estado haya notificado a la OACI (obligación internacional nacida del *pacta sunt servanda*) que su derecho o práctica interna difiere de la norma reglamentaria internacional, ese Estado está violando el Anexo 13 al Convenio de Chicago.

Por tratarse de normas de derecho derivado y de carácter reglamentario, se violenta también el principio de buena fe, pues omitió alertar a las demás partes contratantes sobre dicha asimetría. La primera consecuencia jurídica que se deriva de ello, es la inoponibilidad de la norma interna a las aeronaves de matrícula extranjera que se accidenten en el territorio del Estado infractor.

De ahí que, aun cuando los tribunales locales tengan competencia en el caso, por ser los de la *lex loci delicti*, los demandados de nacionalidad extranjera podrían válidamente oponerse a que ninguna parte de los informes técnicos sean empleados en su contra.

Si a su vez en dicha nación, y por disposiciones constitucionales, el orden jurídico interno está subordinado al internacional (como ocurre en la Argentina luego de la reforma de 1994), sería válido sostener que aquél queda implícitamente derogado por éste en todo lo que se le oponga, de suerte tal que esa prerrogativa también le asistiría a sus habitantes. Aclaro que esta propuesta de *lege ferenda* que vengo haciendo desde hace una década, tiene su punto débil en que se trataría de una norma de derecho reglamentario nacional modificada por otra de derecho reglamentario internacional (categoría, esta última, aún no reconocida por toda la doctrina de los publicistas) cuyo

⁸ Vide casos: *Topolevsky, Moisés c. ALFA*, Cámara Nac. Apel. Civil, Com. Y Penal Especial de Capital Federal (15.6.1953); *Deganutti de Pasqualini, María y otros c.ALFA*; Cámara Nac. Especial (23.4.1954); *Mendiguren, Elena y otros c.Aerolíneas Argentinas*, Cámara Fed. Civil y Com. (3.9.1956); *Marino, Rosario c.Dirección Nacional de Aeronáutica*, CS (26.5.1977); caso *Inter-Austral*, Cám. Fed. Civil y Com. (9.8.1985).

fuerza obligatoria descansa primariamente en el principio de buena fe y solo supletoriamente en el *pacta sunt servanda*.

Si en cambio, el Estado notificó a la OACI que hay una disparidad entre sus normas y las internacionales, eso las torna automáticamente oponibles al resto de las partes contratantes. Pero aun así subsiste una latente violación al *pacta sunt servanda*, pues el Estado no se ha mostrado dispuesto a “colaborar [en el logro del] *más alto grado de uniformidad posible en las reglamentaciones, normas, procedimientos y organización...en todas las cuestiones en que tal uniformidad facilite y mejore la navegación aérea*” (art. 37 del Convenio de Chicago).

Conciente de ello y de cómo afecta la labor de la Junta, en el *2nd Forum for Brazilian Civil Aviation Development* la OACI instó a los Estados a proteger los datos recogidos durante la investigación técnica de los accidentes aéreos. Para ello, presentó una guía dirigida a asistir a los legisladores para promulgar leyes y reglamentos que protejan la información de seguridad (SDCPS, *safety data collection and processing systems*), permitiendo una adecuada administración de justicia.⁹

Idéntica postura tuvo la OACI en octubre de 2008, en Montreal, en la reunión sobre AIG (Accident Investigation and Prevention)¹⁰ donde se analizaron unos 80 documentos de trabajo relativos a la necesidad de fortalecer la independencia de la investigación técnica de todo otro procedimiento judicial o administrativo.¹¹ El mismo énfasis se puso en la protección de los datos contenidos en el FDR,¹² así como de los restos de la aeronave accidentada.¹³ Para el logro de estos objetivos se propuso una reforma al párrafo 5.4.1 del Anexo 13, que pasaría a tener el siguiente texto:¹⁴

5.4.1 Any ~~investigation conducted under the provisions of this Annex~~ ~~judicial or administrative proceedings to apportion blame or liability should~~ shall be separate from any ~~judicial or administrative proceedings to apportion blame or liability~~ ~~investigation conducted under the provisions of this Annex.~~

Note 1.— Separation can be achieved by the investigation being conducted by accident investigation experts, and any judicial or administrative proceedings being conducted by other appropriate experts. Coordination, as per 5.10, between the two processes would likely be required at the accident site and in the gathering of factual information, with due consideration to the provisions in 5.12.

⁹ *Pilots and lawyers underscore need to protect safety data*, en ICAO JOURNAL, Vol. 62, Nro 3, 2007, p. 29. Ver también: *Guidance material addresses concerns about protection of safety information*, en ICAO Journal Issue 6/2006, pp 26-28.

¹⁰ AIG/08-WP/1, ICAO - Montreal 13 to 18 October 2008.

¹¹ Subject 1.2.2., Independence of the investigation.

¹² Subject 1.2.3: Use of information from flight data recorder (FDR).

¹³ Subject 5: Conduct of the investigation. During the investigation of accidents in some States, the judicial authorities have control over the wreckage which may delay or restrict the conduct of the investigation. Also, some States do not have an independent investigation body, nor have appropriate procedures implemented and documented for carrying out investigations. The meeting will discuss the aforementioned issues with a view to advising ICAO on actions to be taken.

¹⁴ AIG/08-WP/4, ICAO - Montreal 13 to 18 October 2008.

El uso del informe técnico por el Tribunal de la causa

La concentración del daño que normalmente producen los accidentes aéreos es directamente proporcional a la complejidad del hecho técnico aviatorio, y a su vez la complejidad del hecho técnico es directamente proporcional a la complejidad de la prueba a producir en sede civil o penal a fin de discernir las respectivas responsabilidades. Por ello las víctimas del accidente, o sus derechohabientes, y hasta la misma Justicia, se valen de todas las evidencias recogidas por la Junta de Investigación Técnica del siniestro, pero ya no con fines preventivos, como exige el Anexo 13.

De este modo, las manifestaciones ofrecidas a la Junta por quienes estuvieron directa o indirectamente involucrados en el accidente (declaraciones que persiguen un objetivo estrictamente técnico y preventivo), son empleadas luego en sede judicial con fines jurídicos e inculpatórios.

Este doble uso de una misma manifestación en ámbitos y con propósitos totalmente diferentes, es alentado desde muchos códigos aeronáuticos que contienen normas persuasivas duales.

Creo que hay dos unidades de análisis bien claras. Por un lado, la carga de prestar declaración ante la Junta. Y por el otro, el tipo de declaración que se presta.

Respecto de la primera unidad de análisis, si abordamos este tema a la luz de la legislación latinoamericana que acabamos de examinar, habría que analizar cuidadosamente cuál es la naturaleza jurídica de esa *carga de prestar declaración* impuesta por el art. 188 del Código Aeronáutico argentino, y sus equivalentes en el resto de los Códigos aquí mencionados. Desde mi punto de vista se trata de una simple *carga administrativa*, y no de una carga procesal judicial, pues:

- las actuaciones que lleva adelante la Junta de Investigación no son las propias de un proceso, como los ventilados ante los tribunales ordinarios, cualquiera sea su fuero,

- ni se hacen bajo las garantías del debido proceso, pues eso está fuera de las atribuciones de la Junta,

- los investigadores tampoco tienen *jurisdicción*, puesto que no les ha sido dado el *juris dictum*, esto es, la facultad de decir el derecho. En todo caso, tienen competencia, y sólo técnica.

- esas declaraciones no se toman bajo juramento,

- ni tampoco esas actuaciones ante la Junta tienen las notas propias de un contradictorio.

Desde ya que, si de la investigación técnica del siniestro surgieren evidencias de la comisión de un ilícito penal, los investigadores –en tanto funcionarios del gobierno– están obligados a denunciarlos bajo pena de incurrir en el delito de “incumplimiento de los deberes de funcionario público”, como tipifica a esta omisión el Código Penal argentino.

En cuanto a la segunda unidad de análisis, esto es, las manifestaciones de los testigos y actores principales del accidente ante la Junta y su posterior

uso por parte de los tribunales, habría también que examinar si ellas pueden ser válidamente empleadas para deslindar responsabilidades civiles y administrativas, e incluso para acusarlos penalmente. En principio, si durante la sustanciación del proceso ordinario, al dicente se lo acusare sin más de falso testimonio, se estaría conculcando el principio de presunción de inocencia, y si la manifestación vertida ante los técnicos de la Junta es considerada como testimonial, se estaría incurriendo en el sinsentido de investir a los investigadores técnicos con las mismas facultades indagatorias que tienen los jueces naturales.

Resulta ilustrativo evocar aquí la sentencia dictada por la Sala 3ª del Tribunal Supremo, con fecha 27 de mayo de 1988, citada por Regales Cristóbal en una medulosa comunicación científica presentada en ocasión de un Seminario sobre Investigación de Accidentes Aéreos celebrado en Madrid en 2001.¹⁵ Allí, el informe técnico emitido por la Comisión de Accidentes de Aviación Civil española es calificado por el Tribunal Supremo como “acto de información”, agregando que, en cuanto tales, “... carecen de contenido decisorio [pues] se limitan a expresar una opinión o juicio apoyado en criterios técnicos..., por lo que no pueden ser objeto de impugnación ni en la esfera administrativa, por no ser propiamente resolutorios de procedimiento, ni en vía jurisdiccional, por no ser subsumibles en ninguna de las hipótesis que, como actos recurribles, contempla ...[la Ley],...sin perjuicio de que su valor probatorio pueda desvirtuarse en el proceso al que se aporte, bien por falta de garantías en su elaboración, o por la aportación de otros medios de [prueba] que le priven de fuerza de convicción”.

Para el sistema legal español, esta calificación de la naturaleza jurídica del informe técnico brindado por la Junta como “acto de información”, aporta una interesante solución al **conflicto teleológico** planteado cuando se lo emplea como medio de prueba en sede civil, penal, o contencioso-administrativa. Dadas las similitudes entre el derecho sustantivo español y el argentino, el argumento podría ser exitosamente esgrimido ante nuestros estrados. Incluso, creo, podrían inferirse otras consecuencias valiosas, en el sentido de que, si se acusare de falso testimonio a cualquier testigo que, en sede judicial, se desdiga de las declaraciones que brindó ante la Junta, este bien podría argüir que no estaban dadas todas las garantías al momento de su exposición -principalmente la garantía constitucional de que nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo-, pues nunca le fue dicho que lo que allí declarase podía ser empleado en su contra en sede penal o civil.

Quizá este razonamiento sea útil para contra-balancear el principio de libertad de medios de prueba que existe en sede penal (a diferencia de la civil), al menos para el sistema procesal argentino.

Una solución legal para manejar este tema con equidad, prudencia y justicia, podría consistir en asignar carácter *confidencial* a las **declaraciones de los testigos, toda información que incluya datos personales de carácter sensible** y demás datos que comprometan el **secreto profesional o industrial, comercial, financiero, científico o técnico** (con excepción de los

¹⁵ Regales Cristóbal, Esteban: comunicación científica a la sexta ponencia presentada por Esteban Regales Cristóbal, al Seminario sobre Investigación de Accidentes Aéreos, Madrid, 2001, p. 71.

casos en los que el investigador técnico está persuadido de la existencia de delitos penalmente punibles o cuando se advierta la comisión de un crimen internacional o delito contra la humanidad,¹⁶ puesto que la mayoría de los Códigos Penales, que son norma de orden público, exigen que el funcionario que tuvo conocimiento de ellos los denuncie). En un segundo nivel habría que asignar carácter de *información privilegiada* al **CVR**, a los **Registradores de Vídeo de Cabina** y los **informes clínicos o psiquiátricos**, la cual sólo sería revelable mediante decisión judicial fundada que justiprecie si, a los efectos del proceso, es más importante la revelación de ciertas partes del informe que las consecuencias adversas que ello acarrearía a la investigación técnica o a otras futuras, tanto a nivel nacional como internacional. Finalmente, a las causas que provocaron el accidente y cuáles son las recomendaciones de seguridad hechas por la Junta en su informe técnico habría que asignarles carácter de *libre acceso público*.

La información privilegiada y el concepto de confidencialidad. Su aplicación en la investigación de accidentes aéreos

Acaecido el accidente, bien pueden quedar comprometidas – dentro de la esfera del derecho local - la responsabilidad contractual, la extracontractual – sea delictual o cuasidelictual - la subjetiva por el hecho de las personas, la objetiva por el hecho de las cosas o bien por el riesgo aéreo, la civil, la penal, la administrativa, y la laboral, mientras que - dentro de la esfera del derecho internacional – lo estarán la responsabilidad de los Estados y la de los organismos internacionales de carácter intergubernamental.

El Profesor Videla Escalada, en su monumental obra “Derecho Aeronáutico”, expresa que una de las finalidades esenciales de la investigación técnica de los accidentes de aviación es la determinación de sus causas con el objeto de prevenir su repetición por motivos similares, pero también añade que esa investigación contribuye a la tarea judicial de asignar responsabilidades y detectar culpas, calificando al informe final como un valioso auxiliar de la justicia.

Más adelante –citando a Le Goff- indica que, para que el informe técnico tenga un valor probatorio mayor, sería necesario que las actuaciones ante el organismo administrativo que investiga el accidente tengan carácter

¹⁶ Capaldo, Griselda: *La eficacia del derecho como instrumento facilitador de la paz frente a los desafíos del terrorismo y la globalización*, en “El Derecho ante la globalización y el terrorismo. *Cedant Arma Togae*”, Coloquio Internacional Humboldt, Montevideo 3 a 6 Abril de 2003, Alexander von Humboldt Stiftung/Fundation Tirant lo blanch, Valencia 2004, pp. 411-430.

Capaldo, Griselda: *Norma jurídica e investigación técnica de accidentes de aviación: de cómo la ineficacia del derecho pone en riesgo el principio de seguridad aeronáutica*, en Memorias de las Primeras Jornadas Iberoamericanas sobre Seguridad e Instrucción en la Aviación Civil (organizadas por la OACI – UN, Organización de Aviación Civil Internacional - Naciones Unidas), Madrid 14 a 17 de julio de 2003 (ponencia c/Ref. aceptada por la OACI), Montreal-Canadá 2003, p. 9 y pp. 112-116.

contradictorio.¹⁷ Lamento disentir con el ilustrísimo maestro, pues si la investigación técnica tuviese carácter contradictorio su objetivo dejaría de ser la prevención, con miras al futuro, para pasar a ser la asignación de responsabilidades, que mira al pasado.¹⁸

¿Cómo se resuelve este dilema en otros Estados?.

EE:UU.: en Estados Unidos tanto la *Federal Aviation Act* de 1958 como la *Independent Safety Board Act*, conceden completa independencia jurídica a la *National Transportation Safety Board* (NTSB) como organismo técnico de investigación. La primera norma prohíbe que cualquier elemento o informe relativo a la investigación técnica del suceso, sea utilizado como prueba en un juicio por indemnización de daños. Tampoco los empleados de la NTSB pueden actuar como peritos ni declarar sobre los hechos que hayan conocido merced a la investigación técnica (*Testimony of Board Employee*, 1975). Desde el caso “Ratuer v. Arrington”, los tribunales americanos han entendido que la finalidad de tales preceptos consiste en evitar que los puntos de vista del organismo investigador sustituyan a los puntos de vista de los tribunales de justicia. Sin embargo, esta prohibición general se ha morigerado desde que en 1966 y luego, en 1974, se pusieron en vigencia la *Freedom of Information Act* y la *Privacy Act*. No obstante, a través de la *Federal Evidence Rule* (501) hay ciertas manifestaciones de testigos y otras evidencias que están protegidas por la ley en cuanto a su revelación. Entre ellas se encuentran los informes de accidentes de aviación. Respecto a ellos el juez de la causa está habilitado a revisarlos privadamente para determinar si alguno de sus elementos puede ser revelado, ya que se trata de *Privileged Material*, es decir, elementos que están sujetos a una revisión judicial previa antes de decidir si se los incorpora al proceso o no.¹⁹ En base a la *Public Reliability Information Act*, la única parte del informe que es de acceso público es la que determina las causas probables del accidente y formula las recomendaciones de seguridad. Es más, para reafirmar su condición de órgano técnico e independiente, la NTSB ha sido despojada de toda facultad sancionatoria, que descansa únicamente en la *Federal Aviation Administration* (FAA).

Gran Bretaña: Gran Bretaña, además del Anexo 13 y de la Directiva 94/56/CE del Consejo de la Unión Europea, del 21 de noviembre de 1994,²⁰ tiene la *Civil Aviation Act* de 1967, reformada en 1996 justamente para acoger en el orden interno (Rule N° 4) el contenido de la norma comunitaria, que a su vez reproduce elementos esenciales del Anexo 13. Por ende, el informe técnico no puede ser utilizado en causas civiles. Sólo se permite que los parientes más cercanos de las víctimas accedan a su contenido porque se considera que tienen derecho a saber qué ocurrió. Sin embargo, a partir del año 1997, con el caso “R.D. v. Ministry of Defense”, la jurisprudencia entiende que las

¹⁷ Videla Escalada, Federico: *Derecho Aeronáutico*, Tomo IV – Vol. A, Zavalía Editor, Buenos Aires, 1976, pp. 46-47.

¹⁸ Capaldo, Griselda: *Investigation of Aircraft Accidents and Incidents in Latin America (Part I)*, en *Zeitschrift für Luft-und Weltraumrecht*, N° 3/2003, ed. Carl Heymanns Verlag, Köln, pp. 332-354.

Capaldo, Griselda: *Investigation of Aircraft Accidents and Incidents in Latin America (Part II)*, en *Zeitschrift für Luft-und Weltraumrecht*, N° 4/2003, ed. Carl Heymanns Verlag, Köln, pp. 513-531.

¹⁹ Matthewson, Charles: *It is a privilege*, *Flying Safety*, October 1994, y May 1995.

²⁰ Diario Oficial n° L 319 de 12/12/1994 P. 0014 – 0019.

conclusiones a las que arribe la Junta de Investigación del accidente no pueden ser tomadas de ninguna manera como inculpatorias para las partes involucradas en un proceso civil o penal. Simplemente sirven para conocer cómo sucedieron los hechos, pero no para inculpar.²¹ Es más, los jueces británicos no tienen acceso a los informes de accidentes civiles realizados por la *Air Accident and Investigation Branch* (AAIB), y aun cuando algunas de sus partes puedan resultar inculpatorias, las pruebas reunidas durante la investigación técnica del accidente resultan inadmisibles ante la Corte. Por ende, los jueces deben reunir sus propias evidencias, incluidas las declaraciones testimoniales.

Francia: Francia ofrece el panorama más interesante, tanto desde la perspectiva jurídica como desde la organizacional. Baste recordar que en ese país el Judicial no es un Poder del Estado, sino uno de los órganos dependientes del Ministerio de Justicia. El *Bureau Enquêtes Accidents*, a su vez, depende del Ministerio de Transporte y Servicios Públicos. En este país, se llevan a cabo dos investigaciones paralelas e independientes, una judicial y otra técnica, pero con la peculiaridad de que si ya se inició una investigación o información judicial, todas las grabaciones y registros son incautados previamente por la autoridad judicial (conforme art. 97 y 163 del Código de Procedimientos Penal) y puestos a disposición de los investigadores técnicos. El Código de Aviación Civil francés data de 1981, y fue reformado en 1999 por la Ley n° 99-243, que modificó el Libro VII sobre “Informe técnico relativo a los accidentes e incidentes”.²² En armonía con la Directiva europea 94/56/CE, su primer artículo (el L.711-1,1), señala que la única finalidad de la investigación técnica de un accidente o incidente de aviación civil es determinar las causas y establecer las recomendaciones de seguridad con el objeto de prevenir futuros accidentes o incidentes,²³ sin perjuicio de la realización de la encuesta judicial. Los artículos L 731-1 y L 731-3 de la Ley, disponen que todos los peritos, expertos y miembros de la comisión técnica tienen la obligación de observar el secreto profesional respecto de la información recogida o inferida del proceso de investigación técnica del accidente; de lo contrario son penalmente punibles. Esta obligación genérica de guardar secreto profesional sólo cede ante situaciones taxativamente señaladas por la ley, que se configuran cuando es necesario transmitir ciertos datos a las autoridades administrativas, a los directivos de las empresas de construcción o de mantenimiento de la aeronave, y a los explotadores, sólo si se pondera que la revelación de esos detalles parciales puede ser útil para prevenir futuros accidentes o incidentes graves. En suma, como en Francia la justicia realiza su propia investigación del accidente,²⁴ ella es la que gestiona y gerencia la prueba de la que se va a valer en el proceso que se abre ante sus estrados,²⁵ mientras que el *Bureau*

²¹ Baker, T.: *RAF Aviation Board of Inquiry: a Lawyer's Perspective*, Airclues, N° 2/2000.

²² Guibert, Claude – Venet, Max : *Commentaires sur le Loi n° 99-243 du 29 Mars 1999 relative aux enquêtes techniques sur les accidents et les incidents dans l'aviation civile*, en RFDA et S, Vol. 211 N° 3, 1999, pg 275-290.

²³ Loukakos, Nikolas : *Les accidents de sûreté et le rôle de la prévention dans le transport aérien de passagers*, en RFDA et S, Vol. 197 n° 3, 1996, pag. 315-331.

²⁴ Guichard, François : *Les Incidences de L'évolution du Droit Pénal français sur les activités aéronautiques*, en RFDA et S, Vol. 197 N° 2, 1996, pag 155-160.

²⁵ Lepine, Cyril: *La mise en danger délibérée d'autrui*, en RFDA et S, Vol. 197 N° 2, 1996, pp. 167-171.

Enquêtes Accidents recoge la propia –aunque no siempre de manera independiente- con fines preventivos, dándose así pleno cumplimiento a los numerales 3.1 y 5.12 del Anexo 13 de OACI. Mas como el control de la aeronave, sus registradores y todo el material vinculado con el accidente es controlado por el juez de instrucción, en caso de que se haya iniciado una información judicial, Francia viola los numerales 5.4 y 5.6 del mismo Anexo. Sin embargo, hasta hoy, no ha comunicado tales diferencias a la OACI.

Holanda: En Holanda, el derecho de acceso a la información y a los documentos empleados por el gobierno en su gestión administrativa, es una garantía consagrada en el art. 110 de la Constitución. Su ejercicio fue regulado por la *Wet Openbaarheid van Bestuur (WOB)*, esto es, la ley de libertad de información, sancionada en 1991 y reformada en 1998. Sin embargo, la confidencialidad de los registros, declaraciones y documentos recogidos durante la investigación de un accidente aéreo está protegida por el art. 27.4 de la *Accident Aviation Act* de 1992. Desde el 1 de julio de 1999, la *Netherlands Aviation Safety Board* fue sustituida por la *Netherlands Transport Safety Board*, como un nuevo organismo independiente encargado de la investigación multimodal de todos los accidentes. Por esa misma razón, la *Aviation Accident Act* también fue modificada para reflejar esta ampliación de potestades, pero el sistema de confidencialidad se mantuvo intacto.²⁶

Nueva Zelanda: a raíz de que en 1995 las conversaciones grabadas en el CVR fueron utilizadas por la justicia para inculpar al comandante de una aeronave siniestrada, se inició un proceso de reforma legislativa inspirado en el sistema norteamericano, en el canadiense y en el australiano, para proteger ciertos datos considerándolos “información privilegiada”. Incluso se prohíbe que los medios de difusión gráfica, radial o televisiva den a conocer las conversaciones grabadas en el CVR, ni las imágenes del registrador de video de cabina, ni ninguna declaración que se haya hecho espontáneamente ante el organismo encargado de la investigación técnica del suceso.

¿Cómo se resuelve este dilema en la Argentina?.

La Argentina cuenta con el Decreto 1172/03 relativo al “Acceso a la información pública”, cuyo art. 4 aprueba el Anexo VII que reglamenta el “Acceso a la información pública para el Poder Ejecutivo Nacional”. Su ámbito de aplicación en razón de las personas es amplísimo, pues –desde el punto de vista de la legitimación activa- abarca a “*Toda persona física o jurídica, pública o privada,*” a quienes les reconoce el “[...] *derecho a solicitar, acceder y recibir información, no siendo necesario acreditar derecho subjetivo, interés legítimo ni contar con patrocinio letrado.*” (art. 6), y desde el punto de vista de la legitimación pasiva engloba a todos “[...] *los organismos, entidades, empresas, sociedades, dependencias y todo otro ente que funcione bajo la jurisdicción del Poder Ejecutivo Nacional,*” e incluso “[...] *a las organizaciones privadas a las que se hayan otorgado subsidios o aportes provenientes del sector público nacional, así como a las instituciones o fondos cuya administración, guarda o conservación esté a cargo del Estado Nacional a través de sus jurisdicciones o*

²⁶ Geut, Henk: *Freedom of information versus confidentiality in accident investigations in The Netherlands*, en *Air & Space Law*, Vol. XXV, N° 1/2000, pp. 27-30.

entidades y a las empresas privadas a quienes se les hayan otorgado mediante permiso, licencia, concesión o cualquier otra forma contractual, la prestación de un servicio público o la explotación de un bien del dominio público.” (art. 2). Encuadra esta prerrogativa como un derecho de participación ciudadana (art. 4), garantizada por los principios de igualdad, publicidad, celeridad, informalidad y gratuidad (art. 7). Considera “información” a “[...] toda constancia en documentos escritos, fotográficos, grabaciones, soporte magnético, digital o en cualquier otro formato y que haya sido creada u obtenida por los sujetos mencionados en el artículo 2º o que obre en su poder o bajo su control, o cuya producción haya sido financiada total o parcialmente por el erario público, o que sirva de base para una decisión de naturaleza administrativa, incluyendo las actas de las reuniones oficiales. El sujeto requerido debe proveer la información mencionada siempre que ello no implique la obligación de crear o producir información con la que no cuente al momento de efectuarse el pedido, salvo que el Estado se encuentre legalmente obligado a producirla, en cuyo caso debe proveerla.” (art. 5). Establece un plazo de 10 días para proveer la información requerida, más una prórroga excepcional (fundada) de otros 10 días más (art. 12). Esa información “[...] debe ser brindada en el estado en que se encuentre al momento de efectuarse la petición, no estando obligado el sujeto requerido a procesarla o clasificarla.” (art. 12). Más, “cuando la información contenga datos personales o perfiles de consumo, estos datos deben ser protegidos.” (art. 12). El artículo 13, denominado “Denegatoria”, indica que “El sujeto requerido sólo puede negarse a brindar la información objeto de la solicitud, por acto fundado, si se verifica que la misma no existe o que está incluida dentro de alguna de las excepciones previstas en el presente.”²⁷ Esta denegatoria, vale la pena enfatizarlo, sólo puede “[...] ser dispuesta por un funcionario de jerarquía equivalente o superior a Director General.” (art. 13). Las excepciones pueden afectar total o parcialmente al documento (art. 17), pero tanto unas como otras deben estarse a lo dispuesto taxativamente por el art. 16, que señala que:

“Los sujetos comprendidos en el artículo 2º sólo pueden exceptuarse de proveer la información requerida cuando una Ley o Decreto así lo establezca o cuando se configure alguno de los siguientes supuestos:

- a) Información expresamente clasificada como reservada, especialmente la referida a seguridad, defensa o política exterior;
- b) información que pudiera poner en peligro el correcto funcionamiento del sistema financiero o bancario;
- c) secretos industriales, comerciales, financieros, científicos o técnicos;
- d) información que comprometa los derechos o intereses legítimos de un tercero obtenida en carácter confidencial;
- e) información preparada por los sujetos mencionados en el artículo 2º dedicados a regular o supervisar instituciones financieras o preparada por terceros para ser utilizada por aquellos y que se refiera a exámenes de

²⁷ Mediante Resolución Conjunta 3/2008 de la Fiscalía de Control Administrativo y la Resolución Conjunta 1/2008 de la Secretaría de Gabinete y Relaciones Parlamentarias, del 22 de abril de 2008 (BO: 28-04-08), se aprobó el “Procedimiento de tramitación de las denuncias por incumplimiento de las obligaciones previstas en el reglamento general del acceso a la información pública para el poder ejecutivo nacional”.

situación, evaluación de sus sistemas de operación o condición de funcionamiento o a prevención o investigación de la legitimación de activos provenientes de ilícitos;

f) información preparada por asesores jurídicos o abogados de la Administración cuya publicidad pudiera revelar la estrategia a adoptarse en la defensa o tramitación de una causa judicial o divulgare las técnicas o procedimientos de investigación o cuando la información privare a una persona el pleno ejercicio de la garantía del debido proceso;

g) cualquier tipo de información protegida por el secreto profesional;

h) notas internas con recomendaciones u opiniones producidas como parte del proceso previo al dictado de un acto administrativo o a la toma de una decisión, que no formen parte de un expediente;

i) información referida a datos personales de carácter sensible —en los términos de la Ley N° 25.326— cuya publicidad constituya una vulneración del derecho a la intimidad y al honor, salvo que se cuente con el consentimiento expreso de la persona a que refiere la información solicitada;

j) información que pueda ocasionar un peligro a la vida o seguridad de una persona.”

El art. 16 transcripto consagra, sin lugar a dudas, el “principio de confidencialidad” de ciertos documentos e información. Debemos subrayar que la calidad de “confidencial” sólo puede ser ordenada por Ley o por Decreto (lo llamaríamos “confidencialidad explícita”), o bien por la naturaleza de la información contenida en el documento (lo llamaríamos “confidencialidad implícita”).

¿Cómo afecta esta norma y sus complementarias a la difusión y uso del informe técnico de investigación de accidente de aviación con otros propósitos distintos a la prevención de accidentes e incidentes?.

En principio, la JIAAC estaría comprendida entre los sujetos que tienen la obligación de informar (art. 2). El informe que genera la Junta no estaría comprendido entre los amparados por el principio de confidencialidad explícita, puesto que hasta hoy (setiembre de 2009) no hay ninguna ley o decreto que así lo establezca. Hay, en cambio, un par de Disposiciones de la JIAAC, la 2/03-A y la 3/04. La primera, de fecha 2 de junio de 2003, crea con carácter confidencial, el Archivo de Cintas Magnetofónicas, Videoteca, Material Fotográfico e Informático y de grabaciones de voces de quienes se hallaron involucrados en un accidente/incidente de aviación. La segunda, de fecha 11 de noviembre de 2004, le confiere carácter confidencial (art. 1) a:

“a) todas las declaraciones tomadas a las personas por esta JIAAC en el curso de la investigación

b) todas las comunicaciones entre personas que hayan participado en la operación de la aeronave

c) la información de carácter médico o personal sobre personas implicadas en el accidente o incidente

d) las grabaciones de las conversaciones en el puesto de pilotaje y las transcripciones de las mismas; y

e) las opiniones expresadas en el análisis de la información incluida la información contenida en los registradores de vuelo.”

Según dimana de los Considerandos de la norma, el art. 38 del Decreto 1883/91 reglamentario de la Ley de Procedimientos Administrativos otorga fundamento al dictado de la presente medida,²⁸ así como el art. 15 del Decreto N° 934/70 otorga competencia al Presidente de la Junta para el dictado de la Disposición que estoy comentando.²⁹

En primer lugar, y según lo dispone de modo indubitable el citado art. 38 del Decreto 1883/91, sólo el Subsecretario del Ministerio o el titular del ente descentralizado de que se trate (u, obviamente, sus superiores jerárquicos) tienen competencia para declarar el carácter reservado o secreto de ciertos documentos y así exceptuarlos de la facultad de tomar vista que asiste a toda parte interesada, su apoderado o su letrado patrocinante. Dado que el Presidente de la JIAAC no reviste (ni está investido por) ninguna de las dos funciones jerárquicas señaladas por la norma, ello dejaría sin fundamento el dictado de la Disposición 3/04. Pero además, y esto es necesario resaltarlo, lo deja sin competencia administrativa para hacerlo.

En segundo lugar, se menciona al art. 15 del Decreto 934, reglamentario del Título IX del Código Aeronáutico Argentino, que faculta al Presidente de la JIAAC a dictar *las normas de procedimiento relativas a la investigación de los accidentes*. Esto fuerza la siguiente pregunta: ¿la Disposición 3/04 es una norma procedimental?. Ciertamente, impedir que la parte interesada “tome vista de un documento” hace a los aspectos procesales. Pero, la Disposición 3/04 ¿tiene la jerarquía legal *suficiente y necesaria* para adjudicar carácter confidencial a los documentos e información que se detalla en el art. 1 de la misma?. Entiendo que no, y sostengo que no, en términos de suficiencia y necesidad, dos pilares de la lógica formal y preposicional. En socorro de esta inferencia viene el propio Decreto 1172/03, que, como ya se vió, dispone que la confidencialidad o el carácter reservado total o parcial de un documento sólo puede ser dispuesto: (1) por ley o decreto, y (2) cuando se configure algunos de los supuestos señalados por los 10 literales del artículo 16, cuya atenta

²⁸ **ARTICULO 38.** — Vistas; actuaciones. — La parte interesada, su apoderado o letrado patrocinante, podrán tomar vista del expediente durante todo su trámite, con excepción de actuaciones, diligencias, informes o dictámenes que a pedido del órgano competente y previo asesoramiento del servicio jurídico correspondiente, fueren declarados reservados o secretos mediante decisión fundada del respectivo Subsecretario del Ministerio o del titular del ente descentralizado de que se trate.

El pedido de vista podrá hacerse verbalmente y se dará, sin necesidad de resolución expresa al efecto, en la que se encuentre el expediente, aunque no sea la Mesa de entradas o Receptoría.

Si el peticionante solicitare la fijación de un plazo para la vista, aquél se dispondrá por escrito rigiendo a su respecto lo establecido por el artículo 1º, inc. e), apartados 4º y 5º, de la Ley de Procedimientos Administrativos.

El día de vista se considera que abarca, sin límites, el horario de funcionamiento de la oficina en que se encuentra el expediente.

A pedido del interesado, y a su cargo, se facilitarán fotocopias de las piezas que solicitare.

²⁹ **Artículo 15:** El presidente de la Junta de Investigaciones de Accidentes de Aviación está facultado para dictar las normas de procedimiento relativas a la investigación de los accidentes, a los cuales se refiere el presente decreto.

lectura indica que ninguno de ellos se adecua a la naturaleza del informe de investigación de accidentes de aviación. Ni siquiera lo es el literal (a), que alude a la *“Información expresamente clasificada como reservada, especialmente la referida a seguridad, defensa o política exterior”*, porque la “seguridad” a la que se refiere, si tomamos el sustantivo dentro del contexto del artículo y del propio inciso, es la seguridad interior.

Sin embargo, creo que a la luz de otro tipo de legislación vigente en la Argentina, ciertos aspectos parciales del informe de la JIAAC tienen naturaleza confidencial o reservada. Ellos son:

1.- Los relativos a secretos industriales, comerciales, financieros, científicos o técnicos que estén contenidos en el informe de investigación técnica (conf. art. 16.c, del Decreto 1172);

2.- cualquier tipo de información protegida por el secreto profesional (conf. art. 16.g, del Decreto 1172);

3.- cuando la información contenga datos personales o perfiles de consumo (conf. art. 12, Decreto 1172);

4.- la información referida a datos personales de carácter sensible —en los términos de la Ley N° 25.326— cuya publicidad constituya una vulneración del derecho a la intimidad y al honor, salvo que se cuente con el consentimiento expreso de la persona a que refiere la información solicitada (conf. art. 16.i, del Decreto 1172). Para ejercer este derecho, es conveniente la lectura de la Disposición 7/2008, dictada por la Dirección Nacional de Protección de Datos Personales, por el que se aprueba la “Guía de buenas practicas en políticas de privacidad para las bases de datos del ámbito publico” y el texto modelo de “convenio de confidencialidad”.

Dejando explícitamente aclarado que sólo he detenido mi atención en los procesos sustanciados por reparación del daño civil, observo que nuestros tribunales por lo general han utilizado el informe técnico de la JIAAC con fines distintos de los previstos en el Anexo 13 al Convenio de Chicago, aunque desde 1953 a la fecha he observado una evolución o un giro de 100° (no me atrevo a sostener que es de 180°) a partir del año 2000. Creo que el hito es el caso *Hawk Air S.A. c. Estado Nacional*, CNCCFed, Sala II, del 26 de octubre de 2000, donde el preopinante, Vocos Conesa, da un giro notable en cuanto a la naturaleza que le atribuye al informe de la JIAAC. Afirma que *“4. Corresponde puntualizar, en segundo término, que el art. 185 Cód. Aeronáutico encomienda a la autoridad aeronáutica la investigación de todo accidente de aviación ‘para determinar sus causas y establecer las medidas tendientes a evitar su repetición’, mas no le confiere la facultad de definir responsabilidad en el orden civil o comercial, la que incumbe indelegablemente a los jueces de la Nación”*. (J.A., 2001-I, p. 336). En la página añade que *“[...] no es recaudo impuesto por la ley la obligación de recurrir administrativamente al dictamen de la Junta y que no hay norma que establezca que su no apelación transforma al informe o dictamen técnico en un acto decisivo firme”*, para finalmente sostener que *“[...] (el Informe Final...) del presidente de la Junta de Investigación de Accidentes de Aviación Civil no condiciona ni tiene efectos vinculantes respecto de este tribunal en sus conclusiones técnicas y mucho menos relativamente a una cuestión esencialmente jurídica, como es la atinente a la relación de causalidad entre el ilícito y los daños”* (ibídem, p. 340).

Conclusiones

En suma, hay razones suficientes para sostener que la obligación de prestar declaración ante los miembros de la Junta de investigación del accidente, no es una carga procesal sino meramente administrativa, por ende, al ser ofrecida dentro de ese contexto es obvio que no está rodeada de las garantías del debido proceso, puesto que –por tratarse de una investigación técnica y no judicial– esas garantías le son ajenas. Al no ser ofrecida en un marco de garantías procesales, las asimetrías que pudiere haber entre las declaraciones que efectúe ante la Junta y las que luego brinde ante los jueces naturales, no pueden dar lugar al delito de perjurio.

A su vez, esta conclusión parcial no está reñida -sino que más bien armoniza- con la calificación jurídica del informe técnico como mero “acto de información”, según lo ha sostenido la más alta jurisprudencia española.

Una solución legal para manejar este tema con equidad, prudencia y justicia, podría consistir en:

- asignar carácter *confidencial* a las **declaraciones de los testigos, toda información que incluya datos personales de carácter sensible** y demás datos que comprometan el **secreto profesional o industrial, comercial, financiero, científico o técnico** (con excepción de los casos en los que el investigador técnico está persuadido de la existencia de delitos penalmente punibles o cuando se advierta la comisión de un crimen internacional o delito contra la humanidad, puesto que la mayoría de los Códigos Penales, que son norma de orden público, exigen que el funcionario que tuvo conocimiento de ellos los denuncie).

- asignar carácter de *información privilegiada* al **CVR**, a los **Registradores de Vídeo de Cabina** y los **informes clínicos o psiquiátricos**, la cual sólo sería revelable mediante decisión judicial fundada que justiprecie si, a los efectos del proceso, es más importante la revelación de ciertas partes del informe que las consecuencias adversas que ello acarrearía a la investigación técnica o a otras futuras, tanto a nivel nacional como internacional.

- asignar carácter de *libre acceso público* a las causas que provocaron el accidente y cuáles son las recomendaciones de seguridad hechas por la Junta en su informe técnico.

Para cerrar esta disertación diré que en mi conciencia, en mi buen y leal saber, entender e interpretar, ha quedado fuertemente arraigada la visión de los tribunales americanos, que han entendido que la finalidad de los preceptos inhiben a los jueces utilizar en juicio el informe técnico de la investigación del accidente consiste en “*evitar que los puntos de vista del organismo investigador sustituyan a los puntos de vista de los tribunales de justicia.*”