

7 de septiembre de 2021

RESPONSABILIDAD POR UN VUELO SANGRIENTO

¿Quién responde si un loco sube a un avión, mata al piloto y se estrella?

La realidad supera la ficción.

En abril de 2010, el holandés Levent Salim Bergkotte (a quien llamaremos Salim) llegó a Buenos Aires. Traía extrañas ideas en su cabeza.

Luego de visitar la capital argentina, Salim viajó a Bariloche. El 22 de ese mes, en Spiegel's, una armería del centro de esa ciudad, compró un cortaplumas Victorinox y un tubo de gas pimienta.

El mismo día se puso en contacto con Alasdair Whewell, un hacendado con campos cerca de Bariloche. No sabemos quién le dio los datos necesarios.

Salim ofreció unos buenos pesos a Alasdair para que, al día siguiente, lo llevara a dar unas vueltas en avión sobre la ciudad para sacar fotografías. A Alasdair el trato le pareció razonable. Además, necesitaba acreditar horas de vuelo.

En la mañana del 23, antes de salir para el aeropuerto de Bariloche, Salim envió un correo electrónico a su mujer. Le contó que pensaba suicidarse estrellándose a bordo de un avión.

Salim llegó al aeropuerto, donde lo esperaba Alasdair, ignorante de lo que su pasajero tenía planeado. Ambos desfilaron ante el vi-

sor de rayos X y el escáner de metales de la Policía de Seguridad Aeroportuaria *pero los aparatos no notaron nada extraño.*

Despegado el avión (un Piper PA-28, de doble comando), Salim extrajo el tubo de gas pimienta, lo esparció en la pequeña cabina y clavó el cuchillo en el estómago de Alasdair, quien, tendido en el piso, quedó fuera de combate.

Entonces Salim apagó el motor y apuntó la nariz del avión en dirección al suelo.

Cuando las autoridades llegaron al lugar de la caída encontraron los dos cadáveres. Entre los restos, el cuchillo con rastros de sangre que las pericias demostraron que era de Alasdair. Las fauces de los cadáveres mostraron que ambos habían aspirado gas pimienta.

Alasdair tenía un hijo, Valentino, de solo cinco años. Karina, su madre, demandó por daños a la PSA, a los herederos de Salim y a "quien fuere responsable de la operación de los equipos detectores", luego identificado como Dinippon Electronic SA.

La demanda fue rechazada con costas.

El juez dijo que Karina no logró demostrar nada: ni que hubiera existido una falta de servicio achacable a la PSA o a quien tenía

los equipos a su cargo; ni que Salim hubiera hecho uso del gas pimienta o del cortaplumas para reducir a Alasdair.

El juez también dijo que el marco legal aplicable no imponía a la PSA el deber de inspeccionar el equipaje de los pasajeros porque el avión en cuestión “no estaba afectado al transporte regular aerocomercial”. Por lo tanto, “ninguna falta de servicio podía ser atribuida a la PSA, aun cuando fuese cierto que no revisó exhaustivamente a Salim, sencillamente porque no estaba obligada a hacerlo”.

Además, el juez dijo que como en los hechos la PSA había brindado el servicio de revisión de los pasajeros y la tripulación, él “avanzó en el análisis del desarrollo causal de los acontecimientos; es decir, en la dilucidación de qué fue en definitiva lo que causó que la nave se precipitase a tierra”. Y concluyó que *no se había probado que el suicida/homicida se hubiera valido del cortaplumas y del gas pimienta para tomar el control del avión y precipitarlo a tierra.*

El juez dijo que “sí había elementos de prueba que indicaban la toma de control de la aeronave por parte de Salim, pero no por qué medios”.

Agregó que “la causa eficiente del daño fue a todas luces la intervención del pasajero; pero no había prueba categórica de que tal causa obedeció a otra (generada por la PSA) que pudo haber influido en el resultado”. Dicho de otro modo, Salim llevó a su cortaplumas y al gas pimienta a dar un paseo en avión, *porque no se probó que los hubiera usado para reducir a Alasdair.*

El juez agregó otros argumentos: el avión no tenía su habilitación anual vigente y no podía ser usado con fines comerciales, ya que estaba destinado a adiestramiento. Por esa razón “contaba con doble comando que fue

lo que permitió que Salim tomase control del avión”. Corolario: Alasdair, al volar con un desconocido en un avión de doble comando “*asumió un riesgo y obró sin todo el cuidado posible*”.

Karina apeló, sobre la base de varios argumentos.

El primero: el juez de primera instancia, cuando tuvo a su cargo la causa penal, “reconstruyó acertadamente el trágico suceso y cuáles fueron sus causas de modo coincidente a lo relatado en la demanda”, pero en el fallo atacado “se condujo con absurdidad y pasando por alto que la autopsia sobre el cuerpo sin vida de Whewell reveló que había sido atacado con una navaja y gas pimienta”.

Karina dijo que se había probado que Salim “adquirió el tubo de gas y el cortaplumas Victorinox en un comercio de Bariloche el día anterior al del hecho. Y objetó que el mismo juez que antes había dicho que “la navaja estaba con su hoja desplegada y manchada con sangre de Whewell y que en las fauces de ambos fallecidos se hisoparon restos de gas pimienta, evidencia clara de que el aerosol había sido accionado cuando estaban con vida, es decir antes del impacto”, luego dijera que no estaba demostrado que Salim usó tanto el cuchillo como el gas para reducir a Alasdair”.

Sobre esa base, Karina dijo que “estaba demostrado que [Salim] se valió de esas cosas para cumplir su designio suicida, y que fue el servicio deficientemente prestado por la PSA lo que permitió que lo consumase, ya que de haberlo brindado adecuadamente habría encontrado [el gas y el cuchillo] e impedido que fuesen llevados al avión”.

Karina dijo también que el argumento del juez de que Alasdair había asumido un riesgo “era equivocado pues importaba prescindir de la agresión sufrida por el piloto y

hacía base en una cuestión sin relevancia para el desenlace fatal”. Además, como el demandado no dijo que hubiera culpa de la víctima, “la valoración oficiosa del juez era desafortunada, gratuita y agravante”.

El segundo argumento de Karina fue cómo era posible que la sentencia dijera que la PSA “no estaba compelida a controlar a los pasajeros de un avión no afectado al servicio de transporte aerocomercial regular *cuando, en los hechos, se comprobó que esa labor se cumplía*”.

Según las leyes de su creación, “atañe a la PSA controlar y garantizar la seguridad aeroportuaria y la salvaguarda de la aviación civil nacional e internacional a través de la verificación, entre otros lugares y elementos, de personas, equipajes y cosas transportadas, así como la tenencia y portación de armas, explosivos y demás elementos de peligro potencial”.

La Cámara¹ debió decidir si la PSA tenía “algún tipo de participación causal en el desenlace” (como sostenía Karina) “o si por el contrario –como se lo sostuvo en la sentencia apelada– ninguna mácula podía verse en la actuación que cupo a esa dependencia estatal o, acaso, a quien tenía a cargo mantener los equipos técnicos de que se valía [la PSA] para el cumplimiento de sus cometidos”.

El tribunal recordó que el juez anterior liberó de responsabilidad a PSA “sobre la base de dos argumentos medulares; uno jurídico y otro de orden fáctico”.

Según el primero, la PSA “no estaba obligada a inspeccionar a los eventuales pasajeros de un vuelo no afectado al servicio de

transporte aerocomercial regular de pasajeros”.

Pero el tribunal notó que “esa interpretación del marco legal *no fue sostenida por la PSA*”. Por el contrario, ésta “basó gran parte de su defensa en argüir –y machacó en ello al momento de alegar– que había cumplido cabalmente lo que le imponía la reglamentación y en echar culpas a la empresa encargada del mantenimiento y calibración de los detectores” (Dinippon Electronic SA).

La PSA sostuvo que “si algún objeto prohibido pasó sin que las máquinas lo alertaran, ello se debió a que Dinippon –a quien la PSA pidió que se la citase como tercero– no había sido diligente en ponerlas en óptimas condiciones de operatividad”.

No sin cierta ironía, el tribunal agregó que “en rigor de verdad mal podía la PSA defender lo afirmado por el juez [que había dicho que la PSA no debía revisar los equipajes de un vuelo no comercial] pues en tal caso estaría arguyendo –lo que aparece como improponible– que sin norma que la autorizara se inmiscuía en la intimidad de las personas al examinar sus equipajes y constatar lo que portaban”.

Los jueces también fueron irónicos al decir que “la defensa oficiosa de la legalidad de la actuación de la PSA [hecha por el juez anterior] lucía como una demasia de la sentencia”. Un poco más y esa sentencia debió haber sido declarada nula por falta de imparcialidad.

El tribunal concluyó que “no podía haber dudas de que la PSA sí tuvo a su cargo controlar lo que [Salim y Alasdair] llevaban consigo para verificar si algo de lo que portaban e introducirían al avión conspiraba contra la seguridad del vuelo que iban a emprender”.

¹ In re “Whebell c. PSA”, CFed.Apel.Gral Roca, 22 junio 2021, *Revista Latinoamericana de Derecho Aeronáutico* 62 (agosto 2021); IJ MDCCLVI:344

Para llegar a esa conclusión, el tribunal dijo que el deber de conducta que cabe asignar a los servicios que presta el Estado cuando ejerce su poder de policía, cualquiera fuese su ámbito, *viene dado o impuesto no solo por lo prescripto en mandatos expresos sino también en los implícitos derivados del ejercicio u organización del poder de policía*”.

“Aquí”, dijo “ningún esfuerzo hay que hacer para concluir que la PSA tiene a su cargo (desde que fue creada) la salvaguarda, sin cortapisas, de la aviación civil nacional e internacional a través de la vigilancia, verificación y control de instalaciones, vehículos, personas, equipajes, correo, cargas, mercancías y cosas transportadas así como de aeronaves y tripulaciones en el ámbito aeroportuario” y la “fiscalización y control del transporte, tenencia, portación de armas, explosivos y demás elementos de peligro potencial”.

“Claro está”, dijo también la Cámara, “que la mayor o menor determinación de los deberes jurídicos [a cargo de la PSA] son útiles para sacar conclusiones válidas sobre la anti-juridicidad del accionar estatal. [...] Ello es así [...] cuando se está ante omisiones absolutas de actuación (como podría plantearse en el caso de que el ascenso a la aeronave se hubiese producido en el ámbito de un aeroclub particular y se interrogase si le era exigible al Estado tener instalado allí, donde se sabe que no está presente, un puesto de control con el que no se contaba) pero pierde relevancia cuando, como aquí acontece, se analiza el modo en que el Estado prestó un servicio que, a la sazón, tenía organizado”. (En otras palabras, “si el Estado lo hace, que lo haga bien”).

Por último “cuando se trata de analizar los supuestos de responsabilidad directa del Estado por falta de servicio es preciso valorar, en pos de establecer si en el caso era exigible

una conducta distinta de la obrada, la naturaleza de la actividad y los medios de que dispone el Estado en la organización del servicio”.

Para que el Estado sea responsable, los jueces deben llegar a la convicción de que la actividad irregular fue la causa eficiente del daño, sea porque lo generó o no lo evitó, a través de un juicio de probabilidad que lleve a la conclusión de que reemplazar el servicio deficiente por el correcto “conduciría a la eliminación del evento dañoso del mundo de los hechos”.

Recapituló la Cámara diciendo (1) si la PSA tenía a su cargo y ejercía el poder de policía de seguridad de los vuelos civiles dentro del territorio argentino; (2) si tenía en el aeropuerto de Bariloche un puesto de control con máquinas para “mirar” dentro de los equipajes e inspeccionar personas para saber si los pasajeros a quienes se obligaba a someterse a ese examen portaban objetos peligrosos; (3) si los funcionarios de la PSA declararon que se valían de esos instrumentos técnicos para garantizar la seguridad de la aviación civil sin excepciones y que toda persona que ingresaba a la zona de embarque debía pasar por ese control y (4) si en definitiva Alasdair y Salim pasaron por ese reconocimiento, “*no vemos qué duda puede haber de que el vuelo que estaban prestos a emprender también estaba sujeto al control de esa fuerza*”.

A partir de allí, el tribunal aplicó precedentes de la Corte Suprema según los cuales “quien contrae la obligación de prestar un servicio lo debe realizar en condiciones adecuadas para llenar el fin para el que ha sido establecido, siendo responsable de los perjuicios que causare su incumplimiento o su irregular ejecución”.

En el caso, “ese desempeño irregular estuvo dado por el hecho de no haberse detectado (ya fuese por defectos en la calibración de

los aparatos con los que contaba el servicio o por negligencia o impericia de los agentes de la PSA que los operaban) que Salim llevaba consigo un cortaplumas y un tubo de gas pimienta de los que se valió para reducir a Alasdair, tomar el control de la nave y hacerla caer a tierra”.

Al tribunal le llamó la atención que el juez anterior, que “también reflexionó sobre estos aspectos, no encontrara prueba que lo convenciese de esos extremos”.

Por eso, la Cámara volvió a analizar las pruebas “teniendo como marco referencial lo que sí estaba suficientemente acreditado”.

Entonces, “si es un dato cierto que Salim se subió al avión para derribarlo y, así, quitarse la vida, lógico es suponer que también debió prever, como parte de un plan que seguramente quería exitoso, cómo prevalecer sobre el piloto quien naturalmente no aceptaría mansamente morir a manos de su pasajero. El homicida/suicida también debió vaticinar que llegado el caso tendría que combatir con ese seguro oponente, lo que a su vez lleva a suponer que planeó contar con algún elemento que le permitiese salir airoso de esa muy probable disputa. Todo ello teniendo en cuenta [...] que fue Salim quien introdujo en la nave el cilindro de gas pimienta y la navaja. [Eso] será un fuerte indicio de que lo hizo para valerse de ellos y, a la luz del resultado, de que efectivamente los utilizó; e, inversamente, la demostración de ese empleo valdrá como suficiente sospecha de que fue él quien los llevó al infortunado vuelo burlando el control de la PSA”.

Para el tribunal “no fue necesario hacer elucubraciones para conjeturar qué fue lo que aconteció, pues ello surge con absoluta claridad de la prueba producida”.

En efecto, se demostró que el día anterior Salim (o alguien que se le parecía) adquirió

en “Spiegel’s”, un conocido local del centro de Bariloche, un cortaplumas y un cilindro de gas pimienta; que en la guantera del auto de “Avis” arrendado por Salim y con el cual llegó al aeropuerto –donde quedó estacionado– fue encontrada una bolsa de papel con la leyenda “Spiegel’s Pesca-Camping Cuchillería” y dos envases vacíos: la caja de cartón de un cortaplumas marca Victorinox y la de cartón y plástico de un aerosol de gas pimienta marca “Sabre Red”.

También se probó que el cortaplumas Victorinox fue encontrado dentro del avión caído, con su hoja abierta y manchada con sangre compatible con la de ambos pasajeros; que también se encontró allí el tubo de gas pimienta manchado con sangre compatible con la de Alasdair.

Los peritos explicaron que “el agresor se valió de la navaja y del gas pimienta para prevalecer sobre su desgraciada víctima antes de la colisión”, “que la defunción de las dos personas se produjo instantáneamente cuando el aparato pegó contra el suelo”, “que Alasdair presentaba una herida de una profundidad que se corresponde con los 6cm x 1cm que mide la hoja de la Victorinox causada por un elemento puntiagudo y filoso que atravesó su pared abdominal, por encima del ombligo, en un movimiento de ‘puñalada’ (entrada y salida sin solución de continuidad), lo que ocurrió cuando aún estaba con vida, antes del impacto, pues así lo evidencia la salida del epiplón hacia la parte exterior de la cavidad abdominal, producto de la presión interior del cuerpo que desaparece con la muerte”.

También se probó que había restos de capsaicina (compuesto activo del gas pimienta) en las fauces de los viajeros, lo que demuestra que fue liberado dentro de la cabina antes de que el avión diera contra el suelo.

Según el tribunal, “semejante cúmulo de evidencia permite descartar, por irrelevantes, el resto de las aseveraciones de la sentencia tales como la eventual aceptación de riesgos por parte de Alasdair”. (Según el juez anterior, “el hecho de que el piloto subiese a su avión con doble comando a una persona desconocida” había sido un riesgo asumido por el piloto).

El tribunal resaltó también que esa supuesta imprudencia de la víctima “no fue invocada por la PSA”, por lo que “no debió ser valorada oficiosamente”.

Por consiguiente, la Cámara entendió que el argumento de la imprudencia de Alasdair no tenía “relevancia para desechar lo que aquí se reprocha al servicio estatal: haber facilitado que Salim pusiese fuera de combate a Alasdair y no la comodidad con que aquel agresor se encontró para, una vez desembarazado de quien podía arruinar lo que había ideado, apuntarse la nariz del avión hacia el suelo después de que la suerte fatal del vuelo ya estaba definitivamente echada”.

En suma, “quedó suficientemente demostrado que el homicida/suicida ingresó al avión con el cortaplumas y el gas pimienta y que los empleó, tal como lo había pensado, para someter a la única persona que podía oponerse a su doloroso designio”.

“También surge claro que el servicio [de la PSA] fue prestado deficientemente ya que el poder de inspección de personas y equipajes estaba establecido y organizado con el auxilio de aparatos especiales precisamente para evitar la introducción en los aviones de elementos que impliquen un riesgo para la aeronavegación”. Para colmo, “nada indicaba que Salim hubiera empleado alguna forma más o menos sofisticada para burlar ese reconocimiento sin ser descubierto”.

“¿Qué fue lo que pasó? ¿las máquinas no funcionaron correctamente? ¿estaba mal calibrado el arco detector de metales? ¿Quiénes tenían a su cargo observar la pantalla de la máquina de rayos equis se distrajeron o no evaluaron correctamente qué era lo que veían?” Para el tribunal, “a estas alturas [eso] es irrelevante, pues aun en la hipótesis de asignar la culpa a la empresa que atendía los aparatos afectados al cumplimiento del servicio, ese comportamiento, acaso negligente, era inoponible a los destinatarios de esa actividad estatal”. (En otras palabras, para Karina y Valentino era irrelevante si había responsabilidad o no de Dinippon Electronic: el servicio lo prestaba el Estado y éste debía responder ante ellos).

En consecuencia, “el servicio deficiente”, “a la luz de la razón y según los postulados de la experiencia común” fue “la causa eficiente del desenlace dañoso”. Si el servicio de la PSA se hubiera prestado “del modo exigible según la naturaleza de la actividad de que se trata y los medios de los que se disponía para su cumplimiento, ese evento no habría sucedido”.

Ante el hallazgo del cortaplumas y el gas pimienta, dijo el tribunal, se podría haber negado el embarque (como lo contemplan las reglas de la Organización de la Aviación Civil Internacional) o al menos disponerse que esas cosas quedasen en tierra. Ello habría hecho que Salim “desistiese de concretar su plan o, de no ser así, que se viesen afectadas sus chances de prevalecer sobre Alasdair”. “O, por qué no, que ese hallazgo alertase a Alasdair y que fuese él quien abandonase la idea de subir al pasajero a su avión”.

En consecuencia, la Cámara revocó la sentencia apelada en cuanto liberó a la PSA de responsabilidad por el accidente del que fue víctima el padre de Valentino.

La responsabilidad de la PSA fue extendida a Dinippon Electronic, pues de acuerdo al Código Procesal, “después de la intervención del tercero, o de su citación, en su caso, la sentencia dictada lo alcanzará como a los litigantes principales” y puede ser ejecutada “también contra él”.

Así como es impecable la sentencia de segunda instancia, es absurda la del tribunal inferior.

Es cierto que, para atribuir responsabilidad civil, es necesario establecer con certeza la existencia de una relación de causa y efecto entre un hecho determinado y sus consecuencias dañosas (el llamado “nexo causal”).

En el caso, fue abrumadora la cantidad de indicios que demostraban que un cuchillo y un tubo de gas pimienta fueron esenciales para

lograr la caída del avión. ¿Qué tipo de construcción intelectual es necesario hacer para sostener que quien tiene, precisamente, la obligación legal de impedir la introducción de elementos semejantes en los aviones y falla en esa misión no es responsable de lo ocurrido?

Además, ¿por qué fue el juez de primera instancia quien puso sobre el tapete los argumentos que la PSA debió haber usado en su propia defensa?

El Filosofito, que nos lee en borrador, comenta: “La sentencia inicial hizo cabriolas para favorecer a la PSA. El juez que la redactó y el jefe de la PSA vivían en la misma ciudad. ¿Era necesario buscar muy lejos el nexo causal...?”

* * *

Esta nota ha sido preparada por Juan Javier Negri. Para más información sobre este tema pueden comunicarse con el teléfono (54-11) 5556-8000 o por correo electrónico a np@negri.com.ar.

**Este artículo es un servicio de Negri & Pueyrredon Abogados a sus clientes y amigos.
No tiene por objeto prestar asesoramiento legal sobre tema alguno.**