



NOTA DE ESTUDIO

COMITÉ JURÍDICO — 33º PERÍODO DE SESIONES

(Montreal, 21 de abril - 2 de mayo de 2008)

Cuestión 3 del orden del día: Indemnización por daños causados a terceros por aeronaves a raíz de actos de interferencia ilícita o riesgos generales

PROYECTO DE CONVENIO SOBRE INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS CAUSADOS A TERCEROS POR AERONAVES EN CASO DE INTERFERENCIA ILÍCITA

INFORME DEL RELATOR

**INFORME DEL RELATOR SOBRE EL PROYECTO DE CONVENIO
SOBRE INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS CAUSADOS A TERCEROS POR AERONAVES
EN CASO DE INTERFERENCIA ILÍCITA**

(Presentado por M.B. Jennison, Estados Unidos)

1. El escenario

1.1 Imaginemos que la siguiente situación hipotética ocurriera dentro de unos años: Ruritania es sede de una final de la Copa Mundial de Fútbol. Un grupo de terroristas se apodera de una aeronave comercial que despegaba de un país vecino y la desploma sobre el enorme estadio en el momento preciso en que se inicia el evento. El mundo observa horrorizado la escena, en donde pierden la vida 5 000 personas, provenientes de 45 países, y otras 10 000 sufren heridas. Los daños materiales son de magnitud. En las semanas siguientes se producen muy serias ramificaciones políticas y de seguridad. Pero en el aspecto económico no se repiten los efectos devastadores que los ataques terroristas del 11 de septiembre de 2001 causaron en la aviación civil - y en la economía mundial en su conjunto.

1.2 Si bien el desenvolvimiento de la aviación podría detenerse brevemente para permitir que se refuerce la seguridad, la actividad se retoma rápidamente. Además, la recuperación económica es mucho más veloz, sin llevar meses ni años para retornar a los niveles anteriores al ataque. El mercado del seguro no colapsa. El transportista aéreo, obviamente entre las principales víctimas del hecho, no desaparece. Las víctimas en tierra y sus familias confían en que recibirán plena reparación por su pérdida de manera ordenada y justa. ¿Por qué? Una organización internacional, creada en virtud de un convenio internacional para hacer frente exactamente a este tipo de supuestos, entra en acción en forma inmediata y se dispone a indemnizar a las víctimas del acto terrorista, donde sea que se encuentren, más allá de los daños que sea capaz de cubrir el transportista con su seguro. La organización no es siquiera conocida ampliamente entre el público. Su director y su personal, quienes en tiempos normales se mantienen en reserva y trabajando eficiente y económicamente, pasan rápidamente a la acción para encontrar a las víctimas y evaluar sus reclamaciones, todo lo cual habrá de realizarse de manera uniforme en los tribunales de Ruritania, de acuerdo con un régimen jurídico mundial instaurado bajo la égida de la Organización de Aviación Civil Internacional (OACI).

1.3 El transportista efectúa adelantos de pagos conforme a la ley de Ruritania para aliviar la aflicción de las víctimas y dar respuesta a las necesidades más urgentes. Los fondos provienen de la cobertura de seguros del transportista, cuyo costo, vale destacarlo, se ha mantenido estable y quizás incluso controlado gracias al establecimiento de esta organización indemnizadora. Agotado el dinero proveniente del seguro, las reclamaciones por daños que aún resten son indemnizadas por un fondo internacional. El convenio ha estado en vigor el tiempo suficiente para permitir que los aportes de los transportistas aéreos mundiales alcanzaran el punto necesario para poder hacer frente a reclamaciones por casi 4 000 millones de Derechos especiales de giro (DEG) (la unidad de cuenta ajustada por inflación del Fondo Monetario Internacional), equivalentes a más de \$5 000 millones EUA.

1.4 Lo que es más, el fondo pagará las indemnizaciones mucho más rápidamente de lo que hubiera sido posible en el viejo sistema judicial contencioso vigente en Ruritania, con arreglo a un cronograma que la industria de seguros para la aviación considera normal. Aunque el ataque haya dejado cicatrices imborrables, por lo menos las víctimas han recibido plena reparación económica.

2. Introducción y consideraciones generales

2.1 El objeto de este informe es presentar el proyecto de *Convenio sobre indemnización por daños causados a terceros por aeronaves en caso de interferencia ilícita* (el Convenio sobre indemnización por interferencia ilícita) y dar al Comité los antecedentes para su labor, consistente en culminar el proyecto para su presentación a una conferencia diplomática. En esta sección introductoria se relata el desenvolvimiento de la labor desde el 32º período de sesiones del Comité Jurídico en 2004. Se destacan los motivos por los que el proyecto se dividió en dos instrumentos y las implicancias para la naturaleza del presente instrumento. A continuación, se ofrece una síntesis del sistema de indemnización de víctimas que propone el Convenio sobre indemnización por interferencia ilícita. Luego se describe su relación con el proyecto de *Convenio sobre indemnización por daños causados a terceros por aeronaves* (el Convenio sobre riesgos generales), también a consideración del Comité, así como su relación con otros instrumentos afines de aviación civil. Luego de un comentario breve pero importante sobre los autores de los actos terroristas, el informe examina las principales características del proyecto de Convenio sobre indemnización por interferencia ilícita y las cuestiones más importantes que deberá resolver el Comité. Para finalizar, se pasa revista a algunas de las principales críticas contra el proyecto, expresadas tanto dentro como fuera de la OACI.

2.2 Transformación de la revisión del Convenio de Roma: de un instrumento de reforma del sistema de responsabilidad a un mecanismo de indemnización financiado

2.2.1 En la nota de la Secretaría (LC/33-WP/3-1) se describe sucintamente lo sucedido desde que el Comité Jurídico agregara esta cuestión en su Programa de trabajo en su 31º período de sesiones en 2000. Es posible que su incorporación respondiera a un afán de prolijidad tras resolverse con éxito, a través del *Convenio para la unificación de ciertas reglas relativas al transporte aéreo internacional*, hecho en Montreal el 28 de mayo de 1999 (el Convenio de Montreal de 1999), la inmanejable fragmentación que presentaba el régimen existente de responsabilidad ante los pasajeros. En efecto, este convenio reemplazó al viejo Sistema de Varsovia, que incluía un tratado, diversos protocolos y acuerdos entre transportistas, instalando en su lugar y por primera vez un instrumento completo en sí mismo. El convenio ya ha entrado en vigor y goza de amplia adhesión.

2.2.2 La labor actual se inició con un estudio sobre la modernización del *Convenio sobre daños causados a terceros en la superficie por aeronaves extranjeras*, hecho en Roma el 7 de octubre de 1952 (el Convenio de Roma de 1952). El Comité dedicó su 32º período de sesiones en 2004 a analizar un proyecto de revisión del Convenio de Roma, pero concluyó que requería mayor elaboración antes de poder convocar una conferencia diplomática. En notas de la Secretaría (LC/32-WP/3-1 y LC/32-WP/3-2), el informe inicial del relator (LC/32-WP/3-3) y el informe del período de sesiones (Doc 9832-LC/192) se ofrecen más detalles de la labor inicial y las cuestiones examinadas por el 32º período de sesiones del Comité. Estos documentos están disponibles en el sitio web ICAO-NET.

2.2.3 Inicialmente, se siguió fielmente el modelo del Convenio de Montreal de 1999. Se adoptaron diversos principios vinculados con el Convenio de Montreal, incluida la decisión de que los terceros damnificados, quienes son elegidos virtualmente al azar por los autores del acto terrorista, recibirían un trato como mínimo igual al dispensado a los pasajeros, los que tienen una relación contractual con el transportista y han asumido los riesgos de volar. Si bien al principio pareció obvio tomar el Convenio de Montreal de 1999 como modelo, gradualmente se fueron observando inconvenientes en cuestiones clave, siendo la más problemática que, en el caso de la interferencia ilícita, el modelo colocaba la presunción de responsabilidad en el transportista – si bien éste se cuenta entre las víctimas.

2.2.4 Se produjo un cambio radical en la labor luego de los ataques terroristas del 11 de septiembre de 2001, al cobrarse conciencia de la enormidad de los daños. Se vio entonces que la

diferencia entre el siniestro “acotado” y el “catastrófico” no era sólo cuantitativa. El peor suceso previsible en el caso de los riesgos generales – la colisión entre dos aeronaves de gran porte sobre una zona urbana densamente poblada – ocasionaría reclamaciones que sumarían un gran importe, pero esta suma no superaría los límites asegurables en el mercado actual, e incluso estaría dentro de la cobertura que exigen los Estados con una importante industria de la aviación [por ejemplo, el Reglamento (CE) núm. 785/2004 del Parlamento y el Consejo de la Unión Europea (21 de abril de 2004)]. Por su parte, un atentado terrorista podría provocar daños “catastróficos” que excederían en mucho la capacidad del mercado del seguro, o que por lo menos no serían asegurables en condiciones económicamente viables. Los intentos por encontrar solución a este problema, tanto antes como durante el 32º período de sesiones del Comité, fueron infructuosos.

2.2.5 Luego del período de sesiones de 2004 del Comité Jurídico, el Consejo estableció un Grupo especial sobre la modernización del Convenio de Roma de 1952 (SG-MR) para que continuara la labor. Con la indispensable asistencia de la Dirección de asuntos jurídicos, el Grupo especial dividió la tarea en dos proyectos separados, uno sobre riesgos generales y el otro sobre interferencia ilícita, ambos puestos por el Consejo a consideración del Comité.

2.3 **Síntesis del Convenio sobre indemnización por interferencia ilícita: un sistema de indemnización en “tres capas”**

2.3.1 El Convenio sobre indemnización por interferencia ilícita utiliza tres “capas” para dar plena indemnización a las víctimas, sin descuidar la protección de los demás participantes del sector aéreo y la promoción de condiciones financieras estables en el largo plazo para la industria. La *primera capa* la proporciona el seguro de responsabilidad civil por riesgos de guerra del operador de la aeronave, hasta un nivel fijo y asegurable dentro de lo razonable. La *segunda capa* está formada por los fondos de un Mecanismo de indemnización suplementario (MIS), con un tope muy alto. De darse la remota posibilidad de que se superara la capacidad del MIS, el gobierno o los gobiernos en cuestión proporcionarán la *tercera capa, de naturaleza no vinculante y de cuantía no especificada*, conforme a sus propias leyes y políticas, pudiendo unírseles quizás otros gobiernos en un espíritu de solidaridad. El MIS se ha concebido para hacer frente a sucesos previsibles a la luz de los ataques del 11 de septiembre; la tercera capa se mantiene en reserva para aquellos sucesos no previsibles y probablemente remotos. Esta última capa no se menciona expresamente en el Convenio, pero podría incluirse una referencia al efecto en el preámbulo o en una exhortación final.

2.3.2 La industria del transporte aéreo queda protegida al excluirse la responsabilidad de los participantes de la industria y canalizar las reclamaciones hacia el operador hasta un monto fijo que está dentro de su capacidad de asegurarse. El MIS administra un fondo destinado a cubrir las reclamaciones que superen la primera capa. Se compone de los aportes que los transportistas recaudan de los pasajeros y los expedidores de carga. En estudios realizados por la industria se indica que el fondo podría funcionar con contribuciones de sólo un DEG por pasajero y un importe relativamente bajo para la carga, aún cuando el Convenio no alcanzara una amplia adhesión mundial. La cláusula de indemnización exclusiva se examina más adelante.

2.4 **Semejanzas y diferencias: los proyectos de Convenio sobre indemnización por interferencia ilícita y por riesgos generales**

2.4.1 Se encomendó a mi colega relator Sr. A. Mutti, de Argentina, la tarea de informar sobre el proyecto de Convenio sobre riesgos generales. Su cuidado informe, LC/33-WP/3-4, presta particular atención a las numerosas disposiciones comunes a ambos proyectos. Sin embargo, los dos proyectos se encuentran ahora en circunstancias muy distintas, lo que merece un comentario. El Convenio sobre riesgos generales no goza de gran impulso, dado que el régimen no exhibe tan grandes falencias. Como se ha hecho notar, los posibles daños están dentro del límite de lo asegurable. Si bien no existe un marco

convencional al cual hayan adherido gran cantidad de Estados, el régimen jurídico para la gran mayoría de los siniestros casi siempre es aquel de la jurisdicción donde se produce el accidente, y en la casi totalidad de los casos el sistema prevé la responsabilidad ilimitada, sea o no preciso probar la culpabilidad. Para finalizar, según expresan los representantes de la industria del seguro, no existen antecedentes de reclamantes legítimos por siniestros del tipo cubierto por el Convenio sobre riesgos generales que no hayan recibido la correspondiente indemnización.

2.4.2 El caso del Convenio sobre indemnización por interferencia ilícita no podría ser más diferente. Como ya se indicó, un siniestro, incluso de escala mucho menor que los ataques del 11 de septiembre, podría causar daños por un valor muy superior a los montos asegurables. A fin de indemnizar a las víctimas y evitar la ruina del transportista, que bien podría no contar con activos de cuantía más allá de su seguro, se requeriría nuevamente la participación de los gobiernos, e incluso quizás la sanción de legislación con efecto retroactivo. Por todo ello, el instrumento sobre interferencia ilícita se aparta del modelo clásico del régimen de responsabilidad para convertirse en un *instrumento de distribución del costo de la gestión de riesgos*. No se aplica aquí la noción de “responsabilidad” con su connotación de culpabilidad. El término se utiliza en las cláusulas dispositivas porque es preciso establecer la medida de la indemnización y los aseguradores ofrecen cobertura por “responsabilidad”, pero nótese que el vocablo se ha omitido deliberadamente del título. Puesto que siempre habrá un transportista, y por estar el mismo asegurado, se lo ha elegido de entre las víctimas para ser el vehículo para la indemnización de las demás víctimas. No se infiere en forma alguna su culpabilidad. El mecanismo de indemnización es un recurso completo en sí mismo, financiado a través de los aportes de los pasajeros y los expedidores de carga que recaudan los transportistas.

2.5 **La influencia de otros convenios: Ciudad del Cabo y los FIDAC**

2.5.1 La documentación para el 32º período de sesiones del Comité Jurídico incluía una versión anotada del proyecto de Convenio donde se señalaba el origen de las disposiciones, extraídas en gran parte del Convenio de Roma de 1952 y el Convenio de Montreal de 1999 (véase el Apéndice de LC/32-WP/3-1, disponible en ICAO-NET). Algunas disposiciones se tomaron de otras fuentes, y otras son originales. Durante el último receso del Comité Jurídico han cobrado importancia a nuestros fines otros dos precedentes.

2.5.2 Los *Fondos internacionales de indemnización de daños debidos a la contaminación por hidrocarburos* (los FIDAC) y sus convenios orgánicos constituyeron el modelo para el MIS. Los FIDAC funcionan con eficiencia y eficacia en la indemnización de los daños provocados por los derrames de los buques petroleros. Recaudan contribuciones y pagan indemnizaciones en forma permanente, aunque a una escala mucho menor de la que debe considerarse en nuestro caso. El costo es modesto y los Fondos son viables, aun cuando los convenios no han recibido la ratificación de algunos de los principales Estados transportadores de petróleo.

2.5.3 Otro instrumento que presenta algunos paralelos, aunque no se hayan incorporado conscientemente, es el *Convenio relativo a garantías internacionales sobre elementos de equipo móvil*, con su protocolo relativo a las aeronaves, el *Protocolo sobre cuestiones específicas de los elementos de equipo aeronáutico*, ambos firmados en Ciudad del Cabo en 2001 (los instrumentos de Ciudad del Cabo). Estos instrumentos se aplican a todas las aeronaves de transporte, lo que se relaciona con la cláusula de inclusión de los vuelos interiores que figura en el presente instrumento, y que se examina más adelante. Además, el registro internacional creado en virtud de los instrumentos de Ciudad del Cabo depende de documentos de tipo reglamentario, inferiores en rango al convenio, similares a los que se refieren a continuación al tratarse las facultades de la Conferencia de las Partes (COP) del MIS.

2.6 **Responder a las necesidades tanto de las víctimas como de los transportistas**

2.6.1 Desde el primer momento, la iniciativa de modernización del Convenio de Roma se impuso el objetivo fundamental de velar por que las víctimas continuaran accediendo a una plena indemnización, sin por ello agregar más peso a la carga financiera de los transportistas. Se reconoció que no podría ratificarse un instrumento que no lograra conciliar estas metas, ambas de difícil resolución. Por cierto, las deficiencias del texto en este sentido fueron en parte responsables de que el instrumento no obtuviera suficiente apoyo en el 32º período de sesiones del Comité Jurídico. El proyecto actual cumple ambos objetivos. No se fijan límites a la indemnización de los terceros damnificados y la responsabilidad es objetiva, vale decir, sin necesidad de demostrarse la culpa. Se aceptan todas las reclamaciones de terceros en la medida de los daños comprobados, independientemente de la existencia de cobertura de seguros suficiente para hacer frente a los mismos.

2.6.2 A fin de proteger al transportista de la ruina económica, el proyecto de Convenio establece un límite global para la responsabilidad del operador de la aeronave, sin fijar límite alguno para las reclamaciones individuales. Este límite global, de fundamental importancia, debe ser infranqueable salvo en las circunstancias más extremas, y debe tener en cuenta los límites de cobertura de seguros que el mercado es capaz de ofrecer. Los costos son modestos y se trasladan a los usuarios del transporte aéreo comercial — que en muchos países constituyen una buena parte de la población; y debieran compensarse, al menos en parte, con la estabilidad y predecibilidad que el sistema otorgará al mercado del seguro.

2.7 **Breve comentario sobre los autores de actos terroristas**

2.7.1 Los culpables de este tipo de actos no son alcanzados por este sistema, y de todos modos es improbable que posean bienes de consideración. Sería manifiestamente injusto obligar a las víctimas mismas a accionar contra los terroristas. Con todo, los terroristas no escapan al alcance de los instrumentos sobre interferencia ilícita. El Programa de trabajo del Comité también incluye mejoras de los convenios sobre la lucha contra el terrorismo resultantes de la revisión emprendida después de los ataques del 11 de septiembre. Se prevé que el 34º período de sesiones del Comité Jurídico estudie la enmienda mediante protocolo del *Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil*, firmado en Montreal el 23 de septiembre de 1971 (el Convenio de Montreal de 1971) y el *Convenio para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves*, firmado en La Haya el 16 de diciembre de 1970 (el Convenio de La Haya).

3. **Reseña de las principales funciones y características del Convenio sobre indemnización por interferencia ilícita**

3.1 Huelga sintetizar aquí las principales disposiciones del proyecto de Convenio, tarea ya realizada cabalmente por la Secretaría en su nota LC/33-WP/3-1, Apéndice A, donde se presenta una síntesis de ambos proyectos. En esta reseña nos concentraremos en los principales puntos de acuerdo o controversia.

3.2 **Alcance**

3.2.1 La expresión “acto de interferencia ilícita” se define en el Artículo 1 con referencia a los convenios sobre interferencia ilícita de La Haya (1970) y Montreal (1971), con sus enmiendas o protocolos en vigor entre los correspondientes Estados partes. Esta definición alcanzará a otros actos, tales como los delitos de transporte que actualmente analiza la OACI, una vez que los protocolos de enmienda hayan sido adoptados en conferencia diplomática y entren en vigor. El Comité debería considerar las posibles ramificaciones; por ejemplo, el caso en que las víctimas se vieran privadas de indemnización porque un Estado parte del Convenio sobre indemnización por interferencia ilícita no hubiera ratificado uno de los convenios especificados o una de sus enmiendas.

3.3 **Aplicación en ámbito nacional**

3.3.1 A medida que avanzaba el proyecto, se debatió intensamente si debería extenderse el régimen de indemnización a la aviación nacional. Quienes se oponen a su aplicación en ámbito nacional arguyen que, tradicionalmente, los convenios sobre aviación civil se han aplicado únicamente a la aviación internacional, comenzando por el *Convenio sobre Aviación Civil Internacional*, hecho en Chicago el 7 de diciembre de 1944 (el Convenio de Chicago), hasta el Convenio de Montreal de 1999, inclusive. Lo que es más, agregan, las cuestiones de responsabilidad están estrechamente ligadas al ejercicio de las funciones esenciales de un Estado soberano, lo que incluye la protección de la salud y el bienestar de sus ciudadanos. Por el otro lado, los impulsores de la aplicación en ámbito nacional argumentan que es prerrogativa de los Estados aplicar los regímenes jurídicos internacionales dentro de su territorio. Señalan también que los vuelos interiores no están exentos de sufrir un acto de interferencia ilícita y que su inclusión aumentaría sensiblemente la fuente de financiación del MIS. Además, el mercado del seguro considera a la aviación civil como un único mercado mundial, y los instrumentos de Ciudad del Cabo se aplican a todas las aeronaves en la categoría de transportes.

3.3.2 El Artículo 2(2) del proyecto permite a cada Estado parte declarar ante el Depositario que se propone aplicar el Convenio a los daños causados por sus aeronaves nacionales. El Comité podrá incluso ampliar esta disposición de modo de permitir a los Estados partes que apliquen el régimen a las actividades netamente interiores. En cualquiera de los casos, conviene mantener el carácter opcional de la aplicación nacional. Puesto que el régimen jurídico deja de ser punitivo y se desprende de la culpa como factor determinante, convendrá que los Estados que ratifiquen el Convenio sopesen cuidadosamente los costos y beneficios económicos antes de decidirse por efectuar la declaración del Artículo 2(2), sea respecto a sus operadores o a sus operaciones nacionales.

3.4 **Daños al medio ambiente**

3.4.1 El daño ambiental es indemnizable en virtud del Artículo 3(3) en la medida en que la legislación del Estado parte donde se haya producido el daño prevea su indemnización. La normativa en materia de daño al medio ambiente varía sensiblemente de un Estado a otro, y resulta adecuado que las normas para su indemnización sean las que rigen en el Estado donde ocurra el daño y ante cuyos estrados se entablen las demandas.

3.5 **Lesión mental**

3.5.1 La lesión mental no se menciona expresamente en el Convenio de Montreal de 1999. Se trata de un supuesto que genera gran controversia y cuyo tratamiento difiere mucho entre distintos Estados. El Artículo 3(5) del presente proyecto de Convenio, que incorpora la lesión mental, se redactó a la luz del debate de esta cuestión en la Declaración de la Conferencia diplomática 1999 (Doc 9775 – DC/2, Vol. I, Actas de la 17ª sesión de la Comisión Plenaria, párrafo 34), donde se explicitan los motivos que llevaron a excluir su expreso tratamiento. Esta disposición busca estrechar la conexión entre la lesión mental y el suceso, ya que un ataque terrorista se difundiría ampliamente en los medios e incluso podría transmitirse en vivo, como se narraba en el caso hipotético presentado en la introducción. La norma sólo abarcaría a quienes sufrieran traumas por haberse visto directamente afectados por el ataque, excluyéndose a aquellos que sólo lo hubieran visto por televisión. La experiencia europea muestra que este riesgo es asegurable, pero queda por determinar si puede adoptarse como norma internacional y si podrá sostenerse en el tiempo.

3.6 **Límite de responsabilidad del transportista en función del peso de la aeronave**

3.6.1 Los límites totales de las reclamaciones que prevé el Artículo 4 se establecen sobre la base de categorías de peso bruto de las aeronaves, manteniendo el criterio del Convenio de Roma

de 1952. Los montos actuales, que van de 750 000 DEG a 700 millones de DEG, aparecen entre corchetes para indicar que se los incluye únicamente para el análisis. Probablemente resulte conveniente que su determinación se deje en manos de la conferencia diplomática. Este límite de responsabilidad sólo puede franquearse en circunstancias excepcionales. Ciertamente es que una aeronave muy ligera podría utilizarse para causar un daño relativamente grande en una situación inusual, es decir, en el supuesto de ser usada por un grupo terrorista para atacar un objetivo vulnerable y de muy alto valor. Sin embargo, es evidente que las aeronaves de más porte son en general capaces de provocar daños mayores. Existe además una justificación económica para la graduación de los límites. A la par de su mayor capacidad de causar daño, las aeronaves más grandes generan más ingresos que permiten sufragar las coberturas de seguros más importantes que se les exigen. Por su lado, los límites fijados en el Artículo 4 del proyecto reflejan la actual realidad económica y operacional. Los mismos se basan en las exigencias de cobertura de seguros para explotar vuelos que atraviesen o ingresen en el espacio aéreo europeo [véase el Reglamento (CE) núm. 785/2004 del Parlamento y el Consejo de la Unión Europea (21 de abril de 2004)]. Estos valores son razonables y factibles, y la utilización de DEG evita que se diluya el valor de la cobertura por efecto de la inflación. Por último, el límite mucho más alto del MIS no se fija en función del peso de la aeronave.

3.7 Abordaje

3.7.1 Este proyecto zanja lo que podría ser un importante vacío del Convenio de Montreal de 1999: los casos de abordaje. El Artículo 5 establece que, en los siniestros donde intervengan dos o más aeronaves, los operadores serán solidariamente responsables por los daños sufridos por terceros, incluido el propietario del casco. Así, cabe suponer que el MIS podría indemnizar la pérdida de las dos aeronaves en el abordaje. Los transportistas son de por sí responsables ante sus propios pasajeros en virtud del Convenio de Montreal de 1999 pero, si el transportista de un pasajero fuera culpable, la indemnización de dicho pasajero se limitaría a 100 000 DEG por efecto de dicho Convenio.

3.8 Estructura del MIS y facultades de la Conferencia de las Partes

3.8.1 Se ha indicado ya que las principales características del MIS se han tomado de los FIDAC, si bien algunos aspectos relativos a la gobernanza se basan en el Convenio de Chicago. Al igual que los FIDAC, el MIS recauda contribuciones y paga indemnizaciones, da respuesta a los reclamos por daños sin atención a la culpabilidad, asegura la plena reparación económica de las víctimas, autofinancia su funcionamiento mediante los aportes que, en última instancia, abonan los usuarios del transporte aéreo, y no requiere de intervención gubernamental. Las reglas de los FIDAC se han ajustado para aplicarlas a la aviación reflejando dos factores clave que la diferencian del sector marítimo, a saber, que las reclamaciones por derrames de petróleo se producen con relativa regularidad y los aportes provienen en gran parte de las principales firmas petroleras.

3.8.2 La gestión ordinaria del MIS estará a cargo de una Secretaría, cuyo responsable será un Director nombrado por la Conferencia de las Partes. La COP es una institución dotada de amplias facultades (sus deberes y facultades se enumeran en el Artículo 9), pero debe recordarse que *se compone de los Estados partes*. A diferencia de la OACI, las funciones del Consejo y la Asamblea se encuentran fusionadas, si bien puede nombrar comités. La creación de una organización separada de la OACI permite que la toma de decisiones quede en manos de los Estados participantes. De producirse un suceso, la COP podrá reunirse con celeridad y actuar de manera ejecutiva. Al no tener otras responsabilidades que distraigan su atención, se dedica en forma plena a la función de indemnización. La COP fija los aportes que deben efectuarse al MIS.

3.8.3 El SG-MR estableció un grupo de trabajo oficioso y de composición abierta para ocuparse del MIS, siguiendo el modelo de un grupo similar creado para elaborar la reglamentación necesaria para la aplicación de los instrumentos de Ciudad del Cabo. Entre las atribuciones del grupo de trabajo se cuentan la redacción de proyectos de (1) el reglamento interno de la COP, (2) el reglamento

del MIS, (3) las directrices sobre indemnizaciones, (4) una determinación respecto a los aportes al MIS, (5) las directrices sobre inversiones, (6) una determinación sobre la función de reaseguro prevista en el Artículo 19(3), (7) una resolución sobre la aplicación de la responsabilidad adicional del operador que prevé el Artículo 24, (8) una resolución sobre los sucesos que tengan lugar en un Estado no parte (Artículo 26), y (9) una resolución sobre créditos de instituciones financieras. Estos documentos están ya en elaboración, y sin duda se ajustarán para reflejar el resultado de este período de sesiones del Comité. Se prevé que los miembros del grupo de trabajo presenten en este período de sesiones una nota de información con los citados proyectos, y otra nota donde se describa en mayor detalle el mecanismo de financiamiento del MIS.

3.9 **Daños producidos en un Estado no parte**

3.9.1 Una de las facultades de la COP merece un párrafo aparte. El Artículo 26 la habilita a proporcionar ayuda financiera al transportista de un Estado parte que fuera objeto de un acto de interferencia ilícita que causara un daño en un Estado no parte, para resguardar su solvencia. El Estado no parte cuyas víctimas se beneficiaran de tal ayuda no estaría obligado a respetar las disposiciones del Convenio que protegen al transportista, pero se le podría solicitar tal actitud, que moralmente estaría llamado a adoptar. Así, el Estado no parte debería limitar la responsabilidad del transportista como si fuera un Estado parte y dirigir todas las reclamaciones por encima de dicho límite de responsabilidad exclusivamente al MIS y únicamente hasta el límite de indemnización de éste. Tal actitud exigirá que tome una decisión política. La COP determinaría entonces si se han reunido las condiciones. Si decidiera denegar la ayuda financiera, las víctimas en el Estado no parte correrían el riesgo de no recibir plena indemnización una vez que se agoten los fondos del seguro del transportista y éste se declare insolvente. Cerrado el acceso al MIS, sólo quedarían los recursos del Estado no parte para responder ante las víctimas.

3.10 **Aportes: prefinanciamiento o posfinanciamiento**

3.10.1 Algunos miembros del SG-MR han insistido en que el MIS debería prefinanciarse totalmente, estableciendo un mecanismo para que antes de producirse un suceso indemnizable se haya reunido el monto total del MIS (que aún no se ha determinado) necesario para pagar el máximo de indemnizaciones. Otros han replicado que la recaudación de una cantidad importante de los aportes puede postergarse hasta después de ocurrido un suceso, lo que se denomina aquí posfinanciamiento.

3.10.2 Se arguye que un fondo MIS totalmente integrado, proveniente de los aportes que los operadores recauden de sus clientes, equivale a una gran cantidad de dinero ocioso: algo injustificable en una industria eternamente acuciada por problemas financieros. Puede también pensarse que el financiamiento previo plantea una dificultad política por considerarse remoto el riesgo. Sin embargo, 3 000 millones de DEG (el monto propuesto para el análisis) no es un valor irrazonable en comparación con los instrumentos de inversión comunes en los mercados mundiales. Asimismo, no es tan remoto el riesgo puesto que el mercado del seguro puede visualizarlo. Hubo un tiempo en que se ofrecía sin cargo la cobertura por ciertos riesgos de guerra, que incluso no se discriminaba en la prima del seguro, pero esas épocas ya no volverán. También existe la impresión de que sólo unos pocos Estados atraen hacia sí el riesgo de terrorismo, actuando así como una suerte de pararrayos. Pero lo cierto es que los terroristas han atacado objetivos vinculados con la aviación en docenas de Estados y, ante el incesante refuerzo de las medidas de seguridad, se ven forzados a buscar el flanco más débil, que bien podría estar en cualquier lugar.

3.10.3 El posfinanciamiento del MIS plantea otras cuestiones. Podría resultar más difícil inducir a los Estados a contribuir luego de ocurrido un suceso, cuando comienzan a vislumbrarse sus dimensiones geopolíticas. Además, los aportes provenientes de los cargos aplicados a los pasajeros y la carga se

reducirán en la medida en que se deprima el volumen de tráfico a resultas del ataque, quizás en gran magnitud como ocurrió después del 11 de septiembre.

3.10.4 El SG-MR decidió adoptar un esquema híbrido en el Artículo 15(2), según el cual los transportistas de un Estado recaudarán contribuciones iniciales de los pasajeros y la carga en vuelos internacionales desde la entrada en vigor del Convenio para dicho Estado. También recaudarían los aportes de los pasajeros y carga en vuelos interiores comprendidos en una declaración de inclusión en el régimen. La COP fijará los aportes necesarios para alcanzar un porcentaje dado del límite máximo de indemnizaciones a pagar por el fondo (actualmente fijado en 3 000 millones de DEG con fines de análisis) dentro de los cuatro años de su entrada en vigor. Los aportes iniciales continuarían recaudándose por un plazo establecido hasta alcanzar el nivel acordado de financiamiento previo, en cuyo momento cesaría la recaudación en dicho Estado parte, para restablecerse únicamente si algo sucediera. Aún cuando el Convenio haya entrado en vigor y se haya alcanzado la integración fijada para el fondo, los Estados que sólo entonces lo ratifiquen deberán efectuar los aportes iniciales, de modo de evitar que unos paguen por los demás. La obligación de realizar aportes es independiente del momento en que se exijan las cuotas, antes o después de producido un incidente. En general, el Artículo 13 impide que el MIS perciba cuotas que superen el triple del monto máximo de indemnización que debería abonar por siniestro (9 000 millones de DEG a los fines del análisis) dentro de dos años consecutivos. El Comité deberá definir el texto final del Artículo 15(2), optando entre una u otra de las opciones entre corchetes.

3.10.5 ¿Por qué fijar un ciclo de financiamiento de cuatro años? Los aseguradores manifiestan que normalmente lleva 10 años liquidar todas las reclamaciones por un siniestro en particular, y que es preciso disponer del grueso de los fondos entre tres y cuatro años después del suceso. Como regla general, se proveería a las necesidades inmediatas de los reclamantes mediante pagos adelantados de indemnización, con lo cual la indemnización deja de ser una cuestión de supervivencia sino que está supeditada a la identificación de las víctimas y la verificación y calificación de las reclamaciones en trámite ordinario. Debe recordarse que la función de los tribunales no es determinar la culpa sino únicamente el derecho de las víctimas a la indemnización.

3.11 **Aportes: el caso de la aviación general**

3.11.1 En la flota de aviación general se cuentan aeronaves de todo tamaño en la categoría de transporte. Algunas firmas explotan docenas de aeronaves, y los informes periodísticos indican que por lo menos una persona física ha colocado una orden de compra por un Airbus A380 para fines de transporte personal. El mecanismo de indemnización del proyecto de Convenio abarca a la aviación general, dado que sólo se refiere a “aeronaves” y “operadores”. Las víctimas de siniestros en los que participen aeronaves de la aviación general recibirán indemnización del seguro de la aeronave en la primera capa, y del MIS en la segunda. Sin embargo, el proyecto de Convenio no prevé que se recauden cuotas de aporte al MIS de los operadores de la aviación general, lo que un Estado ha calificado como un defecto importante. En un debate en el Consejo de la OACI, dicho Estado dijo que las aeronaves de la aviación general gozan de la protección del sistema sin pagar nada a cambio, y que el fondo alcanzaría más rápidamente el nivel de integración fijado si pudiera encontrarse una forma razonable y justa de recaudar el aporte de la aviación general. Sugirió para ello utilizar la masa máxima de despegue. El SG-MR, luego de debatir la cuestión de la aviación general, incluida la posible necesidad de dar con un mecanismo que permita recaudar contribuciones de las aeronaves corporativas, no decidió excluir de plano a la aviación general pero estimó razonable no incluirla en el esquema de aportes. El Comité debería considerar la cuestión de la aviación general, incluido un cotejo frente a la aviación comercial de su riesgo de ser objeto de actos de interferencia ilícita, y resolver sobre su condición.

3.12 La función de reaseguro: remedio para la insuficiencia del mercado

3.12.1 El efecto de estabilización del mercado del MIS debería facilitar a los operadores la obtención de cobertura de seguros a un costo razonable y predecible. De no existir tal cobertura, o si su costo amenazara la viabilidad económica de los transportistas, el Convenio permite al MIS responder por la primera capa de responsabilidad que cabe a los operadores. Corresponde a la Conferencia de las Partes la decisión de aplicar esta “función de reaseguro”, prevista en el Artículo 19(3), cuando el mercado sea incapaz de satisfacer los límites de cobertura del Artículo 4 o no pueda ofrecer cobertura por todos los riesgos. Por ejemplo, puede existir una limitación por riesgos nucleares, o bien puede darse que el mercado ofrezca cobertura general por riesgos de terrorismo pero no por el riesgo vinculado con armas de destrucción masiva. La COP podrá optar por indemnizar los riesgos comprendidos en la primera capa de manera indirecta, a través del operador, a partir de determinado momento y aplicar por ello un cargo. El Director puede adoptar decisiones interinas y convocar un período de sesiones extraordinario de la COP.

3.12.2 El Comité debe resolver tres cuestiones. En primer lugar, es preciso definir las condiciones que deben reunirse para activar la función de reaseguro. Algunos participantes del SG-MR consideraron que las condiciones del proyecto son excesivas, y que debería bastar con que no pueda obtenerse cobertura de seguros en condiciones comerciales razonables. Este fue el umbral utilizado por diversos Estados para extender garantías a sus transportistas después de los ataques del 11 de septiembre. El segundo interrogante es si el reaseguro ha de brindar ayuda financiera a quienes serían eventualmente responsables, reemplazando al seguro, o si directamente asume la responsabilidad. Esta determinación tendrá particular importancia cuando los fondos del MIS sean escasos, pero se vincula también con los requisitos de cobertura obligatoria y los incumplimientos contractuales. En tercer lugar, debe decidirse si la función de reaseguro será obligatoria o discrecional y, de ser obligatoria, si se activará automáticamente al reunirse las condiciones establecidas. De optarse por una función de reaseguro automática, las autoridades nacionales podrían considerarla una intromisión inadmisible en el mercado de seguros.

3.13 La indemnización exclusiva: una solución que integra a la industria toda

3.13.1 Durante la elaboración del proyecto, tanto el SG-MR como sus antecesores lidiaron repetidamente con la cuestión de excluir o no a los participantes no operacionales de la aviación civil. El interrogante terminó de dirimirse recientemente, al incorporarse la cláusula de indemnización exclusiva del Artículo 27. El proyecto aborda el régimen de indemnización de terceros desde una perspectiva amplia, que integra a toda la industria. Limitar la responsabilidad de un componente del sector, sin más, no haría sino volver más atractiva para los demás participantes la vía de reclamación por fuera del régimen creado por el Convenio. Los participantes no operacionales clave de la aviación civil –propietarios y arrendadores de aeronaves, fabricantes, proveedores de servicios de navegación aérea, explotadores de aeropuertos– están tan expuestos a la ruina económica como los operadores de aeronaves. Lo que es más, al excluirlos del régimen se socavaría la protección que el Convenio otorga a los operadores de aeronaves, vista la capacidad de estos otros participantes de intentar una acción regresiva contra los operadores a través de acuerdos recíprocos, subrogación y otros medios. Los acuerdos recíprocos de indemnización existen desde mucho tiempo atrás en la industria de la aviación. De no ser por la cláusula de indemnización exclusiva, aún los transportistas amparados por el Convenio podrían verse arrastrados a un litigio a causa de este tipo de acuerdos. El Convenio canaliza todos los reclamos al operador de la aeronave y al MIS, permitiéndose la acción regresiva únicamente contra aquellos que intencionalmente asistieran en el acto de interferencia ilícita que provoca el daño. La cláusula de indemnización exclusiva también evita la doble indemnización, reduciendo las pérdidas de las aseguradoras por un siniestro catastrófico. Esta disposición es un elemento clave que se considera necesario para el funcionamiento del sistema. Huelga decir que no ampara a quien intencionalmente comete un acto de interferencia ilícita.

3.14 **La jurisdicción única**

3.14.1 Otro elemento clave es la jurisdicción única que prevé el Artículo 30. En tanto que el Convenio de Montreal multiplica las jurisdicciones, el presente Convenio las reduce a una – retomando una de las principales disposiciones del Convenio de Roma de 1952 y una característica esencial de los FIDAC. Es altamente probable que la mayoría de las víctimas o sus sobrevivientes se encuentren dentro de la jurisdicción donde se produjo el suceso, no obstante lo cual el MIS será accesible a las víctimas dondequiera que se hallen. Por el contrario, una multiplicidad de tribunales y jurisdicciones dilataría el proceso de indemnización por la dificultad de aplicar los topes de indemnización en distintas jurisdicciones.

3.15 **El límite estricto a la responsabilidad del operador de la aeronave**

3.15.1 El límite máximo de la responsabilidad del operador es de 700 millones DEG (entre corchetes en el proyecto actual, ya que la cifra se incluye únicamente para el análisis). Este límite podrá franquearse sólo en circunstancias excepcionales. Los transportistas ven en este límite infranqueable un *quid pro quo* esencial para asumir la responsabilidad objetiva en la primera capa. En el supuesto de que los daños totales excedan las dos primeras capas –el límite de responsabilidad del transportista y el monto que debe pagar el MIS–, los reclamantes podrán “franquear el límite” accionando contra el transportista para obtener indemnización adicional, pero sólo si se reúnen rigurosamente las condiciones del Artículo 24. En esencia, el reclamante deberá probar que el transportista (en el caso de una persona física) o su administración superior cometió intencionalmente el acto de interferencia ilícita o contribuyó a su comisión por negligencia patente. La certificación de la implantación de mejores prácticas, actualmente consideradas una norma de la industria, brinda protección a los operadores, pero abre un serio interrogante respecto al criterio adecuado para su certificación. El Comité podrá resolverlo durante este período de sesiones, o sugerir opciones para la conferencia diplomática, o bien sugerir que se trata de una cuestión que corresponde tratar en el reglamento que deberá adoptar la Conferencia de las Partes.

3.15.2 Este límite infranqueable, una de las cláusulas más polémicas del proyecto, encuentra su explicación en las consideraciones políticas que acompañaron la transformación del instrumento desde 2004 y constituye un elemento clave para su éxito. Es uno de los puntos donde el proyecto más se aparta de las normas del Convenio de Montreal de 1999, que privan de protección al transportista al comprobarse su negligencia. El SG-MR apuntó a un grado de culpa inferior a la intencionalidad pero sensiblemente superior a la negligencia, labor no facilitada por el contraste entre el *common law* anglosajón y el derecho civil y por el hecho de que por lo general los operadores no son personas físicas, los sujetos originalmente alcanzados por las normas sobre cuasidelitos. La cuestión que se plantea al Comité no se reduce a la mera redacción puntual, sino más bien la graduación de la conducta que el texto debe cristalizar. En los párrafos siguientes dedicados a las críticas del proyecto se ofrecen más detalles sobre esta cuestión.

3.16 **La acción regresiva**

3.16.1 El derecho de acción regresiva previsto en el Artículo 25 se relaciona con el límite infranqueable. Una vez que el MIS ha abonado las indemnizaciones, podrá también intentar una acción regresiva contra el transportista cuando la conducta de éste configure los supuestos del Artículo 24 para franquear el límite. Tendrá igual derecho de acción contra toda otra persona que hubiera cometido el acto de interferencia ilícita.

3.16.2 Algunos transportistas pretenden también un derecho de acción regresiva contra otras personas que pudieran tener culpa, tales como las empresas de servicios de escala o los explotadores de aeropuertos, en los casos en que no se franquea el límite. Esto equivaldría a distribuir la responsabilidad de asegurar respecto a las reclamaciones canalizadas dentro de la primera capa, lo cual, vistas las

indemnizaciones recíprocas, es una cuestión que la industria misma debe determinar. Podría aceptarse un mecanismo consensuado entre los principales participantes de la industria, siempre que no suponga alteración o demora alguna en la indemnización de las víctimas.

3.17 **Aeronave de Estado**

3.17.1 El Artículo 36 del proyecto excluye a las aeronaves de Estado, las que se definen siguiendo el texto del Convenio de Chicago.

3.18 **Entrada en vigor**

3.18.1 Merece particular atención un elemento de las cláusulas finales. Es de gran importancia la viabilidad del MIS para poder hacer frente a un suceso que podría ocurrir en cualquier momento. Por ello, las disposiciones relativas a la entrada en vigor deberán considerar el monto de aportes necesario para dar viabilidad al sistema, así como los volúmenes de tráfico en cuanto se vinculan con los aportes.

4. **Críticas**

4.1 Opusieron reparos al proyecto de Convenio sobre indemnización por interferencia ilícita un Estado, y diversos transportistas aéreos y observadores independientes. Algunos parecen referirse principalmente a conflictos con el derecho interno, otros invocan importantes principios de orden público, y otros discrepan con la forma en que el instrumento equilibra los intereses económicos de los distintos participantes del sistema. Esta sección del informe se ocupa en particular de los comentarios de quienes creen que el instrumento no puede ratificarse y que debería abandonarse el intento.

4.2 **No debiera imponerse al operador de la aeronave la responsabilidad objetiva por los daños de un delito del cual él mismo es víctima**

4.2.1 Algunos transportistas aéreos no sólo objetan que se les seleccione de entre todas las víctimas para afrontar los daños, sino que además se les asigne una responsabilidad objetiva que supone una atribución de “culpa”. Se arguye que resulta particularmente injusto, puesto que las medidas de seguridad son en gran medida definidas por la OACI y los gobiernos de los Estados miembros. En el informe se hace referencia repetidas veces a la cuestión, especialmente al hablar de la génesis del proyecto de Convenio sobre indemnización por interferencia ilícita y su gradual apartamiento de los principios del Convenio de Montreal de 1999. Vale reiterar que el proyecto de Convenio no atribuye culpabilidad alguna: es un *instrumento de gestión de riesgos*. Es probable que un lector no avezado pierda de vista esta distinción porque el proyecto habla de “responsabilidad” en lugar de, por ejemplo, la “obligación de indemnizar”. Puesto que los transportistas aéreos manifiestan convicción en su postura, se sugiere al Comité abordar la cuestión incorporando una exhortación en el preámbulo o en el cierre.

4.3 **No compete a la aviación formular una respuesta al terrorismo**

4.3.1 Algunas críticas argumentan que no compete a la aviación formular una respuesta al terrorismo, por cuanto los ataques terroristas contra la aviación son en verdad ataques contra el Estado: contra el gobierno y la sociedad en su conjunto. Se trata de un “deber colectivo que debe asumir la nación u otra jurisdicción política”. Dicen que los actos terroristas que se valen de la aviación forman parte de un problema más amplio que afecta al mundo entero y requiere una reacción mundial y no sectorial. Los malhechores sólo eligen la aviación por su visibilidad y vulnerabilidad. Consciente de estas críticas, el Consejo de la OACI ha no obstante reafirmado la iniciativa en repetidas ocasiones. Por lo demás, no se observa que esté en proceso una tal iniciativa a mayor escala. La solución que propone el proyecto está a la mano ya, la solución perfecta todavía no ha aparecido. El Convenio resolvería buena parte del problema, por lo menos en la industria de la aviación, y podría erigirse en modelo para otras iniciativas.

4.3.2 Quienes se oponen replican que ya existen directrices para el tratamiento de las víctimas de delitos, incluidos los actos de terrorismo, que podrían servir de modelo. Citan como ejemplos la Resolución 40/34 de la Asamblea de las Naciones Unidas, del 29 de noviembre de 1985, Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder, y la Directiva 2004/80/EC del Consejo de la Unión Europea, del 29 de abril de 2004, que se refiere a la indemnización de las víctimas de delitos. Estos instrumentos no proporcionan medios para asegurar la plena reparación económica de las víctimas y, aunque lo hicieran, no está claro que pudieran hacer frente a los costos de un siniestro de aviación de magnitud catastrófica, o si se supone que las víctimas de un desastre aéreo esperen su turno detrás de las demás víctimas de atracos o agresiones. Ciertamente, no existe hoy ningún otro instrumento mundial en elaboración que prevea indemnizar a todas las víctimas de actos terroristas en la medida de los daños comprobables. Es prueba de la eficacia de la OACI que la misma se encuentre tan a menudo entre los protagonistas de acontecimientos cuyos efectos trascienden el sector de la aviación e incluso el transporte, como los instrumentos de Ciudad del Cabo, la marcación de explosivos, y los pasaportes de lectura mecánica.

4.4 **Toda la responsabilidad por la seguridad y la indemnización por actos terroristas debería recaer en el Estado**

4.4.1 Esta crítica se relaciona con el argumento de que la aviación no debiera ser el punto de partida de un sistema de indemnizaciones por actos terroristas, pero asume un ángulo diferente. Algunos transportistas sostienen que el gobierno debería afrontar todos los costos por ser el terrorismo un ataque contra el Estado y que, de hecho, los transportistas no deberían verse obligados siquiera a costear las mayores medidas de seguridad, incluido el costo de la gestión de los riesgos. Pero lo cierto es que toda industria tiene costos de seguridad, impuestos en mayor o menor medida por la reglamentación. Es inherente a la actividad comercial. Además, los transportistas son ya responsables ante sus pasajeros y, lo que es más, el Estado les impone una responsabilidad *ilimitada* hacia terceros –objetiva o no– prácticamente en todos los países del mundo, intervenga o no un acto de interferencia ilícita. Al expresar una objeción en estos precisos términos, un crítico no pudo sino reconocer que, sin una intervención extraordinaria del gobierno, el transportista sin duda declarará la quiebra y se disolverá. El interrogante es cómo ofrecer un medio uniforme, económico y práctico de manejar esta responsabilidad ilimitada (en especial si es objetiva) que ya existe.

4.4.2 Se ha argüido también que los actos de terrorismo se asemejan a los desastres naturales, como los huracanes, los tsunamis, los terremotos y las erupciones volcánicas, por los que los gobiernos asumen responsabilidad, con lo que no se justifica responsabilizar a los operadores de aeronaves por la indemnización de las víctimas, una “reconocida responsabilidad de los Estados soberanos”. Esta analogía no es muy feliz. Los Estados se esfuerzan por ayudar a las víctimas de los desastres naturales dentro de sus posibilidades, dando auxilio de emergencia con fondos o partidas presupuestarias especiales, o con ayuda concreta. También dan préstamos, alivian la carga reglamentaria y fiscal, y tratan de movilizar a la sociedad civil. En general, sin embargo, la actitud del Estado es alentar al ciudadano a tomar seguros por tales riesgos, y sólo en raras ocasiones se compromete a dar plena reparación económica a las víctimas, mucho menos establecer un mecanismo institucional para el tratamiento uniforme y universal de las reclamaciones por desastres naturales. Lo que es más, y he aquí una consideración esencial, en un desastre natural no interviene una persona como el operador sobre la que, en virtud de la legislación local, ya recae la presunción de responsabilidad y la obligación de indemnizar a las demás víctimas por el daño sufrido, tenga o no la capacidad para hacerlo.

4.5 **Las medidas que los Estados toman después de un siniestro son suficientes**

4.5.1 Sin antecedentes a los que referirse ni un régimen jurídico adecuado, nacional o internacional, el gobierno de Estados Unidos se vio obligado a diseñar la mejor solución posible luego de los ataques del 11 de septiembre, mediante legislación retroactiva. En los atentados se utilizaron

aeronaves nacionales, y el gobierno echó mano de medios políticos y fiscales para poner un límite a la responsabilidad de los transportistas e indemnizar a las víctimas. Otros gobiernos brindaron apoyo de corto o largo plazo a sus transportistas debido al cimbronazo que sufrieron los mercados del seguro. Sin embargo, los gobiernos no tendrían mayores incentivos para poner un límite a la responsabilidad de un transportista extranjero. Es menos probable aún que el gobierno avance con una decidida intervención económica si el hecho se produce en un país en desarrollo. El proyecto de Convenio responde a una situación genuinamente internacional: una aeronave extranjera utilizada como arma por los terroristas produce daños que exceden largamente la capacidad del seguro del transportista. El mecanismo del MIS lograría resultados idénticos a los alcanzados por las medidas de los Estados Unidos pero en un sistema multilateral, con fondos generados en la industria misma mediante un módico costo que se traslada al cliente. Además, el MIS es un mecanismo no discriminatorio y capaz de eliminar los efectos de distorsión de la competencia que podrían atribuirse a las medidas del gobierno.

4.6 El límite estricto de la responsabilidad permite que un transportista presuntamente culpable se beneficie a expensas de las víctimas

4.6.1 Algunos críticos del Convenio piensan que la inclusión del límite infranqueable a la responsabilidad del transportista es motivo suficiente para abandonar la iniciativa de modernización del Convenio de Roma, y alertan sobre el riesgo de que no se indemnice a las víctimas si el transportista es culpable pero se beneficia de todos modos con la limitación de su responsabilidad. Las críticas más encendidas en este sentido, sin embargo, parecen vincularse con determinados ordenamientos jurídicos nacionales. No dan cuenta del cambio de orientación del proyecto, que se aparta de la noción de culpabilidad del transportista, uno más entre las víctimas, para privilegiar la plena indemnización de los reclamos y la distribución del costo. Parecen más interesados en el castigo de los supuestos malhechores que en la indemnización de las víctimas, ya que éstas obtendrán plena reparación (hasta el altísimo límite del MIS) sin perjuicio del Artículo 24. La franqueabilidad del límite únicamente se plantea al nivel del MIS. Lo que es preciso establecer no es si se habrá de indemnizar a las víctimas, sino más bien cómo distribuir la obligación de contribuir a la indemnización.

4.7 La aviación no necesita “otro impuesto”

4.7.1 Se ha expresado también que ya pesan sobre la aviación demasiadas exigencias reglamentarias y cargas económicas impuestas por el gobierno, y que la OACI haría bien en no crear otras nuevas. Sin embargo, la gestión de los riesgos es inherente a toda actividad económica. En el caso de la interferencia ilícita, la industria pensaba encontrarse a resguardo, pero los ataques del 11 de septiembre demostraron lo contrario. Este proyecto remedia esta situación. Los cargos a pagar, que establecerá la COP, no son de forma alguna un impuesto sino el pago por una protección concreta contra un riesgo muy real, aunque remoto. Para los Estados, la decisión de ratificar o no el Convenio se reducirá a un cálculo económico: determinar si el costo es razonable en función del beneficio obtenido.

4.8 Los pasajeros no debieran pagar por la protección de terceros

4.8.1 Es cierto que los pasajeros costearán un sistema indemnizatorio que beneficiará a otros. Los expedidores de carga lo harán también, en una medida que aún queda por determinar. Los daños a terceros son una realidad previsible en la industria, y ésta debe sufragar los costos de gestionar sus riesgos. El sistema se esfuerza, no obstante, por distribuir el riesgo tanto como resulta razonablemente práctico. El SG-MR estudió la posibilidad de exigir contribuciones de otros participantes del sector – los que se benefician de la cláusula de indemnización exclusiva – pero no logró dar con un medio sencillo y equitativo para ello. Por otra parte, las líneas aéreas atienden una amplia clientela, particularmente en los países desarrollados. Los pasajeros son víctimas potenciales cuando están en tierra. Toda la sociedad se beneficia con la aviación, y también se beneficia si están cubiertos los daños por sucesos previsibles. Con la introducción del MIS, aún cuando un ataque terrorista ocasione muertes y lesiones que superen la

capacidad de indemnización del operador de la aeronave, el sistema no claudicará. La industria seguirá siendo asegurable y la economía en su conjunto no se verá tan afectada. Los costos deberían ser módicos y los Estados podrán determinar si el MIS es un mecanismo económico.

5. Conclusión

5.1 Los beneficios a mayor escala

5.1.1 El nuevo sistema es incapaz de prevenir lesiones, muertes, o daños materiales en caso de un ataque, pero podrá limitar sensiblemente sus secuelas económicas y reducir sus efectos catastróficos en la industria y en la sociedad toda. Es incluso concebible que el sistema permita acceder más ampliamente a la cobertura por estos riesgos a un costo más estable para todos los transportistas, aún aquellos considerados particularmente vulnerables a un ataque terrorista. La indemnización estará garantizada, dondequiera que ocurra el suceso y cualquiera la identidad de las víctimas, trayendo tranquilidad a los mercados en tiempos de inquietud y eliminando la necesidad de asistencia e intervención retroactiva del gobierno. El instrumento dará iguales oportunidades a víctimas y transportistas ante los tribunales. Puede incluso pensarse que, reforzada en esta forma la estabilidad global, se opacaría en alguna medida el atractivo del sector para los terroristas.

5.2 La labor del Comité

5.2.1 Algunas cuestiones arduas quedan aún por resolver, y muchos detalles por definir, pero las políticas que articulan el proyecto no deberían generar debate. La versión actual constituye un salto cuantitativo respecto del proyecto que se presentó al Comité en su anterior período de sesiones de 2004. Primando el buen juicio por sobre los detalles y las cuestiones de políticas, se estima que el instrumento es viable. El dilema más acuciante que se planteó al Comité en su último período de sesiones, la incompatibilidad aparentemente irreductible entre los intereses de las víctimas y los transportistas, se ha resuelto en gran parte con la incorporación del MIS. El sistema promete indemnizar plenamente a las víctimas y proteger a los transportistas de la insolvencia, sin incrementar sensiblemente los costos de estos últimos. Asimismo, algunos observadores calculan que el Convenio sería viable aún cuando, al igual que los FIDAC, no obtuviera una adhesión universal.

5.2.2 El proyecto de Convenio propone una solución equilibrada, pero será preciso que se consideren todos los intereses en juego para que surja un instrumento ratificable de la conferencia diplomática. El Comité debe realizar mucho en muy poco tiempo. El presidente y la Secretaría necesitarán toda la cooperación y buena fe que puedan obtener.