

SERVICIO NACIONAL DE LA DISCAPACIDAD

SUBDEPARTAMENTO DERECHO Y DISCAPACIDAD

Informe N° 3 de 2014

**Sobre proyecto de ley que modifica el Código Aeronáutico, en
materia de transporte de pasajeros y sus derechos**

Boletín N° 4595-15 del H. Senado, de 04 de octubre de 2006

Abril – 2014

I. Datos preliminares

El presente proyecto de ley que modifica el Código Aeronáutico, en materia de transporte de pasajeros y sus derechos, fue iniciado por Moción de los H. Senadores Srs. Camilo Escalona, Juan Pablo Letelier, y Pedro Muñoz. El proyecto fue ingresado a primer trámite constitucional al H. Senado el 04 de octubre de 2006, siendo derivada a la Comisión de Transportes y Telecomunicaciones.

Cabe destacar que el presente proyecto de ley se encuentra refundido con la Moción de los H. Senadores Srs. Nelson Ávila, José Antonio Gómez, Jaime Naranjo, Guillermo Vásquez Úbeda, Adolfo Zaldivar, Boletín N° 4764-15, que modifica la ley N° 18.916 de 1990, que aprueba el Código Aeronáutico, estableciendo seguro flotante colectivo en caso de suspensión de operaciones de líneas aéreas. Siendo ingresado al H. Senado el 20 de diciembre de 2006.

En la actualidad, la iniciativa legal tiene asignada suma urgencia para su tramitación. Y se encuentra en la Comisión de Transportes y Telecomunicaciones del H. Senado en estado de tercer trámite constitucional.

II. Antecedentes y fundamentos

La libertad con la que ha operado el mercado aeronáutico civil de pasajeros en el mundo no ha estado exenta de problemas. Ello debido principalmente a la ausencia de una regulación que enfrente de manera simple y directa los problemas asociados al incumplimiento de vuelos, suspensión de operaciones sin previo aviso o la vulneración al derecho de los pasajeros de contar con garantías mínimas de calidad en el servicio de transporte aéreo.

De acuerdo al Mensaje del proyecto de ley, en nuestro país la existencia de un operador único o en posición dominante permite realizar prácticas algo irregulares. Así, la suspensión y el retraso de vuelos pueden responder, más que a factores climáticos o de seguridad, a situaciones comerciales de escasa venta o de poca rentabilidad de algunos vuelos. Por su parte, también se han suscitado inconvenientes en lo referido a los derechos de los usuarios para obtener información referente al vuelo desde la compra del billete hasta su llegada a destino.

En los casos de incumplimiento, nuestra legislación ha dejado en manos de la ley N° 19.496 de 1997, que establece Normas sobre Protección de los Derechos de los Consumidores, las acusaciones por irresponsabilidad que le cabe a las compañías aéreas de asumir las obligaciones contractuales. Esto a pesar de que esta relación usuario-proveedor se encuentra definido en el Código Aeronáutico. Por su parte, las disposiciones de este último texto legal, no han sufrido en los últimos años modificaciones sustanciales en lo relativo a indemnizaciones, compensaciones y reembolsos por cancelación o retardo en los vuelos y denegación de embarque. De esta forma, nuestro sistema jurídico intenta resarcir a través de la justicia, el daño que provoca en los usuarios el incumplimiento del servicio que ofrecen las compañías aéreas.

No obstante, en un mercado aeronáutico cada día más complejo y globalizado los pasajeros necesitan garantías que aseguren un servicio inclusivo y de real calidad, independiente de factores que puedan afectar el normal desarrollo de las operaciones aéreas contratadas. En este sentido, el derecho comparado tiende al establecimiento de normas comunes sobre compensación y asistencia de los pasajeros aéreos, en caso de denegación de embarque y de cancelación o gran retraso de los vuelos. Así lo demuestra el Reglamento (CE) N° 261/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de febrero de 2004, por el que se establecen Normas Comunes sobre Compensación y Asistencia a los

pasajeros aéreos en caso de denegación de embarque y de cancelación o gran retraso de los vuelos; a cuyos estándares justamente se pretende acercar el presente proyecto de ley.

III. Objetivos

El presente proyecto de ley tiene por objeto modificar el Código Aeronáutico, reemplazando en su totalidad el Párrafo 1° del Capítulo V del Título VIII que regula el transporte de pasajeros, con el objetivo de fortalecer los derechos de los mismos.

De esta manera, se pretende incorporar una serie de temáticas hasta ahora ausente, como la obligación de los vendedores de billetes de boleto de informar objetiva y claramente respecto de las alternativas de menor valor y los vuelos directos, así como de los que tienen escalas. El deber de explicitar, al momento de la oferta y en los billetes, las condiciones, las restricciones y las limitaciones de los servicios. La incorporación al texto legal de las normas referentes al transporte de **personas con discapacidad** o en grave estado de salud, con el objeto de facilitar el conocimiento de las normas. Precisar que la sanción de las infracciones y el cobro de las indemnizaciones, prestaciones y reembolsos, por retardos y cancelación de vuelos y por denegación de embarque, se ajustarán a lo dispuesto en la ley N° 19.496. Sin perjuicio del derecho de los usuarios de reclamar montos suplementarios por concepto de perjuicios por la vía ordinaria. Así como también, perfeccionar las disposiciones relacionadas con la negativa de embarque, así como también con el retardo y cancelación de los vuelos, con la finalidad de equiparar las indemnizaciones, reembolsos y prestaciones adicionales, a la normativa vigente en la Unión Europea.

IV. Observaciones generales desde la perspectiva de los derechos humanos de las personas con discapacidad

- **Cambio de paradigma**

A través de la ley N° 20.422 de 2010, sobre Igualdad de Oportunidades e Inclusión Social de Personas con Discapacidad, se concretiza en nuestro país un cambio de paradigma en el enfoque de la discapacidad, transitando desde un modelo rehabilitador o de asistencia a uno social o de derechos humanos.

Este último modelo, consagrado en la Convención de Naciones Unidas sobre Derechos de las Personas con Discapacidad, ratificada por Chile el año 2008, en adelante "la CDPD", se desarrolla con el objeto de dar una respuesta a las especiales necesidades existentes de las personas con discapacidad, en un contexto de pleno reconocimiento a su dignidad como personas. De esta manera, el modelo social rechaza los fundamentos del modelo rehabilitador imperante hasta esa fecha, y plantea que el origen de la discapacidad no son las limitaciones individuales, sino el hecho de que la sociedad no prevé los servicios adecuados ni asegura que las necesidades de estas personas sean tenidas en cuenta. Por consiguiente, la exclusión y la segregación que han sufrido las personas con discapacidad no es consecuencia necesaria de su deficiencia o limitación, sino más bien de la forma en que la sociedad ha dado, o dejado de dar, acomodo a la misma.

En consecuencia, la aceptación de este modelo conduce a la sociedad a adecuar sus estructuras económicas y políticas, respetando la dignidad de quienes son diferentes. Por ello, los poderes públicos y los actores privados, han de asumir su responsabilidad en la modificación o eliminación de todas aquellas barreras artificiales que limitan a las personas con discapacidad. Asimismo, como seres humanos iguales en

dignidad, las personas con discapacidad no pueden ser tratadas como meros objetos de asistencia o caridad, sino como sujetos, como un fin en sí mismo.

Así, tras la firma de la CDPD, la discapacidad comienza a abordarse como una cuestión de derechos humanos, en donde la persona con discapacidad es considerada como sujeto de derechos. De esta manera, se complejiza el concepto de discapacidad, puesto que se condiciona la deficiencia de origen, a una interacción copulativa con barreras del entorno y a restricciones en la participación social, para ser considerada discapacidad.

Por consiguiente, se entiende que es el entorno y la sociedad en general los principales responsables de la discapacidad, debiendo corregirse a través de ajustes razonables y medidas de acción positiva, que permitan a las personas con discapacidad participar en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás.

- **Principales normas de la CDPD en la materia**

La CDPD establece principios rectores y obligaciones que importan un compromiso superlativo para los Estados Partes, constituyendo un estándar internacional mínimo acorde con una sociedad respetuosa de la diversidad. En este sentido, en los considerandos de la CDPD se reconoce que la discriminación por razón de discapacidad constituye una vulneración de la dignidad y el valor inherentes del ser humano (letra h). Asimismo, se admite que las personas con discapacidad siguen encontrando **barreras** para participar en igualdad de condiciones con las demás en la vida social y que se siguen vulnerando sus derechos humanos en todas las partes del mundo (letra k). A su vez, se acepta la importancia que para las personas con discapacidad reviste su **autonomía e independencia individual**, incluida la libertad de tomar sus propias decisiones (letra n). Finalmente, se reconoce la importancia

de la **accesibilidad al entorno físico**, social, económico y cultural, a la salud y la educación y a la información y las comunicaciones, para que las personas con discapacidad puedan gozar plenamente de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales (letra v).

Consecuente con lo anterior, la CDPD contempla diversas disposiciones que hacen alusión a importantes normas relacionadas con las obligaciones generales de los Estados Partes, a la igualdad y no discriminación, a la accesibilidad, a la libertad de desplazamiento y a la movilidad personal.

Así, en el artículo 4.1 sobre obligaciones generales, se dispone que *“los Estados Partes se comprometen a asegurar y promover el pleno ejercicio de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales de las personas con discapacidad sin discriminación alguna por motivos de discapacidad. A tal fin, los Estados Partes se comprometen a: (...) b) Tomar todas las medidas pertinentes, incluidas medidas legislativas, para modificar o derogar leyes, reglamentos, costumbres y prácticas existentes que constituyan discriminación contra las personas con discapacidad”*.

Igualmente, el artículo 5 sobre igualdad y no discriminación, establece que *“...los Estados Partes prohibirán toda discriminación por motivos de discapacidad y garantizarán a todas las personas con discapacidad protección legal igual y efectiva contra la discriminación por cualquier motivo”*. Asimismo, se añade que *“... a fin de promover la igualdad y eliminar la discriminación, los Estados Partes adoptarán todas las medidas pertinentes para asegurar la realización de **ajustes razonables**”*. Mientras que el artículo 2 define ajustes razonables como *“las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales”*.

Por su parte, el artículo 9 referente a accesibilidad, estipula que “... a fin de que las personas con discapacidad puedan vivir en forma independiente y participar plenamente en todos los aspectos de la vida, los Estados Partes adoptarán medidas pertinentes para asegurar el acceso de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, al entorno físico, **el transporte**, (...) y **a otros servicios e instalaciones abiertos al público o de uso público** (...). Estas medidas, que incluirán la identificación y **eliminación de obstáculos y barreras de acceso**, se aplicarán, entre otras cosas, a (...) **el transporte...**”.

A su vez, el artículo 18 alusivo al desplazamiento y la nacionalidad, dispone que “los Estados Partes reconocerán el derecho de las personas con discapacidad a **la libertad de desplazamiento**, a la libertad para elegir su residencia y a una nacionalidad, en igualdad de condiciones con las demás...”.

Finalmente, el artículo 20 sobre movilidad personal, estipula que “los Estados Partes adoptarán medidas efectivas para asegurar que las personas con discapacidad gocen de **movilidad personal con la mayor independencia posible**, entre ellas: a) facilitar la movilidad personal de las personas con discapacidad en la forma y en el momento que deseen a un costo asequible”.

- **La normativa nacional**

Nuestra Constitución nada dice respecto a los derechos de las personas con discapacidad. Sin embargo, en razón del inciso 2 de su artículo 5º, la base normativa interna a aplicar en materia de derechos fundamentales, incluye las normas y principios contenidos en los tratados internacionales sobre derechos humanos, ratificados por Chile, y que se encuentren vigentes, así como la jurisprudencia de los órganos de protección. De esta forma, nuestro sistema acoge el concepto de

bloque de constitucionalidad, a través del cual se aceptan como normas constitucionales, o al menos supralegales, aquellas que no aparecen directamente en el texto constitucional. Así, las normas y principios del Derecho Internacional de los Derechos Humanos se entienden incorporados a nuestra legislación, sirviendo no sólo como parámetro de constitucionalidad de las leyes, sino también como elemento hermenéutico e integrador ante una legislación que pudiera estar incompleta. Con lo cual se permite incorporar derechos que no se encuentran en el catálogo constitucional¹.

De esta manera, si bien los derechos contemplados en la CDPD no se encuentran consagrados en la Constitución, se consideran incorporados al catálogo constitucional, debiendo concedérsele la debida protección como a cualquier otro derecho fundamental. De esta forma, una discriminación basada en la discapacidad de una persona representa una violación de la garantía constitucional de igualdad ante la ley en los términos del artículo 19 N° 2.

Por consiguiente, con la ratificación de CDPD en el año 2008, nuestro ordenamiento jurídico ha debido enfrentar un importante proceso de adecuación, cuyo principal hito lo constituye la entrada en vigencia de la ley N° 20.422 de 2010, que establece Normas sobre Igualdad de Oportunidades e Inclusión Social de las Personas con Discapacidad. Así, el artículo 3 consagra y define una serie de principios entre los cuales encontramos el de vida independiente, la accesibilidad universal y el diseño universal.

Se entiende por vida independiente *"el estado que permite a una persona tomar decisiones, **ejercer actos de manera autónoma** y participar activamente en la comunidad, en ejercicio del derecho al libre desarrollo de la personalidad"*. Por accesibilidad universal en cambio, se entiende *"la condición que deben cumplir los entornos, procesos, bienes,*

¹ NASH ROJAS, Claudio. Derecho Internacional de los Derechos Humanos en Chile. Recepción y aplicación en el ámbito interno. Centro de Derechos Humanos, Universidad de Chile, 2012, pp. 44 y ss.

productos y **servicios**, así como los objetos o instrumentos, herramientas y dispositivos, para ser comprensibles, utilizables y practicables por todas las personas, en condiciones de seguridad y comodidad, de la forma más autónoma y natural posible". Mientras que el principio de diseño universal se define como "la actividad por la que se conciben o proyectan, desde el origen, entornos, procesos, bienes, productos, servicios, objetos, instrumentos, dispositivos o herramientas, de forma que puedan ser utilizados por todas las personas o en su mayor extensión posible".

Asimismo, en el artículo 6 se consagra el concepto de **discriminación**, definiéndose como "toda distinción, exclusión, segregación o restricción arbitraria fundada en la discapacidad, y cuyo fin o efecto sea la privación, perturbación o amenaza en el goce o ejercicio de los derechos establecidos en el ordenamiento jurídico". Igualmente, el artículo 7 entiende por **igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad**, a "la ausencia de discriminación por razón de discapacidad, así como la adopción de medidas de acción positiva orientadas a evitar o compensar las desventajas de una persona con discapacidad para participar plenamente en la vida política, educativa, laboral, económica, cultural y social".

En este sentido, el artículo 8 dispone que "con el fin de garantizar el derecho a la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad, el Estado establecerá medidas contra la discriminación, las que consistirán en exigencias de accesibilidad, realización de ajustes necesarios y prevención de conductas de acoso". Así, se añade que "se entiende por **exigencias de accesibilidad**, los requisitos que deben cumplir los bienes, entornos, productos, servicios y procedimientos, así como las condiciones de no discriminación en normas, criterios y prácticas, con arreglo al principio de accesibilidad universal". Mientras que los **ajustes necesarios** son definidos como "las medidas de adecuación del ambiente físico, social y de actitud a las carencias

específicas de las personas con discapacidad que, de forma eficaz y práctica y sin que suponga una carga desproporcionada, faciliten la accesibilidad o participación de una persona con discapacidad en igualdad de condiciones que el resto de los ciudadanos”.

Por su parte, el artículo 30 estipula que *“para asegurar a las personas con discapacidad la accesibilidad a todos los medios de transporte público de pasajeros, los organismos competentes del Estado deberán adoptar las medidas conducentes a su adaptación e incentivar o ejecutar, según corresponda, las habilitaciones y adecuaciones que se requieran en dichos medios de transporte y en la infraestructura de apoyo correspondiente”.* Añadiéndose que *“todos los medios de transporte público deberán contar con la señalización, asientos y espacios suficientes, de fácil acceso, cuyas características, dependiendo de cada medio de transporte...”.*

Asimismo, la norma dispone que *“el acceso y circulación en los medios de transporte aéreo se regirá por la normativa especial vigente”.* Remisión legal que, como veremos más adelante, supone el ajuste de dicha normativa a los estándares constitucionales e internacionales en materia de derechos humanos.

V. La normativa sobre aeronáutica civil

En este apartado se aborda las principales normas internacionales y comparadas en materia de transporte aéreo de pasajeros con discapacidad, así como la normativa nacional más importante en la materia

1.- Normativa internacional y comparada

En **Latinoamérica** se observa cierta uniformidad en el tratamiento de los pasajeros con discapacidad en el transporte aéreo. Esto a partir de los acuerdos de la Comisión Latinoamericana de Aviación, en adelante

“CLAC”. Es a través de la Resolución A 20-21 de noviembre de 2012, que se adoptó dentro de la política regional, y como guía de orientación el Manual para el Transporte Aéreo de Pasajeros con Discapacidad, el Procedimiento para la Inspección de Pasajeros con Discapacidad y la Circular informativa, documentos muy similares a nuestra Dan 382.

En **Europa** cabe destacar el Reglamento (CE) N° 1107/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad o Movilidad Reducida en el Transporte Aéreo, que establece un estándar más acorde a la visión de la discapacidad post CDPD. Así, se dispone en términos generales, que las compañías aéreas, sus agentes o los operadores turísticos no podrán negarse, alegando la discapacidad o movilidad reducida del pasajero, a aceptar una reserva de una persona con discapacidad o movilidad reducida o denegarle el embarque (artículo 3).

No obstante, las compañías aéreas o sus agentes o los operadores turísticos pueden negarse, por motivos de discapacidad o movilidad reducida, a aceptar una reserva de una persona con discapacidad o movilidad reducida o denegarle el embarque: a) con el fin de cumplir los requisitos de seguridad establecidos mediante legislación internacional, comunitaria o nacional, o con el fin de cumplir los requisitos de seguridad establecidos por la autoridad que emitió el certificado de operador aéreo a la compañía aérea en cuestión; o b) si las dimensiones de la aeronave o sus puertas imposibilitan físicamente el embarque o transporte de la persona con discapacidad o movilidad reducida. En estos casos, la compañía aérea, su agente o el operador turístico deberán hacer los **esfuerzos razonables** para proponer una alternativa aceptable a la persona en cuestión. Asimismo, se ofrecerá a toda persona con discapacidad o movilidad reducida a quien se haya denegado el embarque a causa de ello, así como a su acompañante, el derecho al reembolso o a un transporte alternativo en su caso (artículo 4.1).

En las mismas condiciones excepcionales señaladas anteriormente, la compañía aérea, su agente o el operador turístico podrán exigir que una persona con discapacidad o movilidad reducida vaya acompañada por otra persona capaz de facilitarle la asistencia necesaria (artículo 4.2). Igualmente, las compañías aéreas o sus agentes pondrán a disposición del público, en formatos accesibles y como mínimo en los mismos idiomas que la información proporcionada a los demás pasajeros, las normas de seguridad que apliquen al transporte de personas con discapacidad o movilidad reducida, así como toda restricción del transporte de estas personas o del equipo de movilidad debida a las dimensiones de la aeronave. Los operadores turísticos se encargarán de que esas normas y restricciones de seguridad en relación con los vuelos incluidos en los viajes combinados, las vacaciones combinadas y los circuitos combinados que organicen, vendan o pongan a la venta estén disponibles (artículo 4.3).

Cuando una compañía aérea, su agente o un operador turístico se acojan a las excepciones mencionadas anteriormente, deberán notificar por escrito sus motivos a las personas con discapacidad o movilidad reducida afectadas. Si ésta así lo solicita, la compañía aérea, su agente o el operador turístico le comunicarán dichos motivos por escrito en un plazo de cinco días hábiles desde la fecha de la solicitud (artículo 4.4) Como se puede apreciar, si bien esta norma considera la posibilidad de limitar o condicionar un viaje aéreo para una persona con discapacidad, se basa en razones de seguridad e imposibilidad del espacio físico y no en argumentos ambiguos.

En **Estados Unidos** la *Air Carrier Access Act* o ley de Accesibilidad en el Transporte Aéreo, en adelante "ACAA", prohíbe la discriminación en el transporte aéreo por motivo de discapacidad y exige que los transportistas aéreos se adecuen a las necesidades de los pasajeros con discapacidad. El *Department of Transportation* o Departamento de Transporte, en adelante "DOT", ha establecido una reglamentación con

el fin de definir los derechos de los pasajeros así como las obligaciones de los transportistas aéreos en virtud de dicha ley.

Así, el Título 14 CFR, Parte 382 de la DOT reglamenta el tema de la discapacidad detalladamente el tema de la discapacidad. En cuanto a la **prohibición de prácticas discriminatorias**, se dispone que los transportistas no podrán negar el transporte a ninguna persona por razón de su discapacidad. Sin embargo, las aerolíneas podrán excluir a una persona si el transporte de la misma podría comprometer la seguridad del vuelo. En este caso el transportista deberá a entregar una explicación por escrito con respecto a la decisión.

A su vez, las aerolíneas no podrán impedir que una persona ocupe un asiento particular por motivo de la discapacidad, ni tampoco podrán exigir que una persona se siente en un determinado asiento, salvo cuando así lo exija alguna regla de seguridad de la Federal Aviation Administration o Administración de Aviación Federal, en adelante "FAA". La regla emitida por la FAA, referente a la asignación de asientos en la fila de salida, establece que los transportistas podrán asignar asientos en las filas de salida únicamente a personas que puedan desempeñar una serie de funciones que sean necesarias en el curso de una evacuación de emergencia.

Ahora bien, en cuanto a la **accesibilidad** las sillas de ruedas y otros dispositivos de asistencia tienen prioridad sobre los demás objetos con respecto a su almacenamiento en la bodega de carga. Los transportistas deberán aceptar sillas de rueda a pilas, pilas incluidas, y deberán embalar dichas pilas en embalaje reservado para materiales peligrosos cuando sea necesario. Además, el transportista deberá proporcionar el embalaje, y no podrán cobrar ningún cargo por brindar toda acomodación conforme lo exija la regla, como el embalaje de materiales peligrosos para pilas. No obstante, sí que podrán cobrar por servicios en opción como el oxígeno.

Finalmente, existen disposiciones adicionales en torno a los servicios y las acomodaciones que se extienden al trato de los dispositivos de asistencia y dispositivos de movilidad, la información al pasajero, las acomodaciones para personas con impedimentos de audición, la inspección de seguridad, las enfermedades transmisibles y los certificados médicos, y de los animales de servicio.

2.- Normativa nacional sobre aeronáutica civil que afecta directamente a las personas con discapacidad

El marco normativo en la materia se encuentra determinado por el artículo 132 del Código Aeronáutico, el cual dispone expresamente que *"el transportador puede rehusar o condicionar el transporte de aquellos pasajeros cuyo **estado o condición** constituyere un peligro para la seguridad, higiene o buen orden a bordo, o cuando requiriere atención o cuidado especial durante el viaje"*.

En esta contexto, la Norma Aeronáutica DAN N° 382 de 2008, de la Dirección General de Aeronáutica Civil, establece la Norma para el Transporte Aéreo de Pasajeros con Discapacidad, Enfermos o con Necesidades Especiales. Así, este cuerpo normativo reglamenta las condiciones de la facultad del transportador aéreo para rehusar o condicionar el transporte de pasajeros con discapacidad. En este sentido, y como bien señala la letra d) del acápite 382.3 de la DAN N° 382, *"esta norma, no autoriza a los explotadores que proporcionan transporte aéreo **que dejen de cumplir las normas legales vigentes sobre derechos de las personas con discapacidad y las normas sobre derechos y deberes de los pacientes"***.

De esta forma, una primera aproximación que se puede hacer en la materia es que tanto el artículo 132 del Código Aeronáutico, como la DAN N° 382, deben ajustarse al nuevo modelo social de discapacidad. Lo que necesariamente debe significar una adecuación de estas normas

a los principios, conceptos y definiciones consagradas en la CDPD y en la ley Nº 20.422, todo ello desde la perspectiva de los derechos humanos de las personas con discapacidad.

Esta consideración de técnica legislativa debiera de observar el modo en que se construyan, implementen e interpreten las normas. De esta forma, la normativa legal y técnica, pasarán por un control de convencionalidad, y legalidad, respectivamente. Lo cual permitirá analizar sus disposiciones a la luz del marco normativo vigente en nuestro país. Evitando cualquier tipo de restricciones o perturbaciones a las garantías constitucionales de forma discriminatoria.

Asimismo, sería conveniente la incorporación de los conceptos de accesibilidad universal y ajustes razonables. Estos conceptos constituyen las denominadas medidas de **acciones afirmativas**, donde los destinatarios son determinados según el contexto y posición social, justificándose por la situación de discriminación en que se encuentra un determinado colectivo. En otras palabras, las acciones afirmativas **son medidas de carácter temporal encaminadas a acelerar la igualdad de facto de un determinado grupo vulnerable o desaventajado** (personas con discapacidad) **que han sido afectados por una situación de discriminación prolongada**. Así, el requisito de legitimidad de estas medidas es que deben estar encaminadas a la igualación efectiva en el goce de derechos que, sin estas, no resultaría posible, debido a la existencia de patrones de exclusión arraigados institucional y culturalmente². Se requiere, por ejemplo, que toda la información de seguridad, así como también aquella necesaria en las etapas previas a un vuelo, sea accesible para las personas con discapacidad sensorial.

² NASH ROJAS, Claudio; y MUJICA TORRES, Ignacio (Editores). Derechos Humanos y Juicio Justo. Red Interamericana de Formación en Gobernabilidad y Derechos Humanos, Colegio de las Américas-COLAM, Organización Interamericana Universitaria. 2010, pp. 44 y ss.

Finalmente, las referencias a la normativa en materia de discapacidad deben actualizarse, por lo que no deben hacer alusión a la ley N° 19.284 que establece disposiciones para la Plena Integración Social de las Personas con Discapacidad de 1994, derogada en parte por la ley N° 20.422, sino más bien a ésta última³.

VI. Observaciones al proyecto de ley

En este apartado se da cuenta de una serie de comentarios con la intención de integrar, desde la óptica de los derechos humanos, la normativa de la discapacidad a la de la aeronáutica civil. Lo anterior, no sin antes hacer referencia a la normativa internacional y comparada en la materia.

1.- El proyecto de ley en particular

La principal norma del proyecto que afecta directamente a las personas con discapacidad, es la referente al mencionado artículo 132 del Código Aeronáutico.

De acuerdo a la moción esta norma no presenta cambios sustanciales, al mantenerse que *“el transportador puede rehusar o condicionar el transporte de aquellos pasajeros cuyo estado o condición constituyere un peligro para la seguridad, higiene o buen orden a bordo, o cuando requiriere atención o cuidado especial durante el viaje”*. No obstante, el proyecto original agrega dos nuevos incisos que estipulan:

“Lo anterior, no será aplicable a personas discapacitadas o de movilidad reducida que pueden valerse por sí mismas, las que sólo necesitarán acreditar esta situación a través de una certificación médica”.

“Un reglamento establecerá las condiciones bajo las cuales se autorizará

³ Esto se debe principalmente a las remisiones que se hacen en la DAN N°382 a ley N° 19.284. Artículos 382.103 y 382.227 letra b).

el transporte de personas orgánicamente descompensadas, agónicas o inconscientes”.

No obstante, después del primer trámite constitucional en el Senado el inciso segundo fue eliminado, mientras que al inciso final se le agregó el término “discapacitadas” antes del vocablo “orgánicamente”.

Finalmente, con el segundo trámite constitucional en la Cámara de Diputados, el inciso primero se mantiene de manera idéntica, al igual que la eliminación del inciso segundo. No obstante el inciso final es modificado, en el sentido que *“un reglamento del **Ministerio de Defensa Nacional** establecerá las condiciones técnicas y de seguridad bajo las cuales se autorizará el transporte de **personas con discapacidad**, orgánicamente descompensadas, agónicas o inconscientes”.*

2. Conflicto de derechos y test de proporcionalidad

En razón del artículo 132 del Código Aeronáutico, existe un evidente conflicto de derechos, puesto que la norma limita los derechos de las personas con discapacidad a la accesibilidad al transporte de uso público (artículo 9 CDPD), a la libertad de desplazamiento (artículo 18 CDPD), y a la movilidad personal (artículo 20 CDPD). Derechos que, como bien se mencionó anteriormente, se encuentran incorporados al catálogo constitucional por tener el carácter de derechos humanos.

En el Sistema Interamericano de Derechos Humanos⁴, en adelante SIDH, si bien se permite la restricción de tales derechos, se exige que

⁴ Si bien la CDPD forma parte del Sistema de Naciones Unidas, en los últimos años la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a través de un enfoque integrador y sistemático, ha abordado temas aplicando no solamente la normativa relacionada con el SIDH, sino que también otros instrumentos internacionales. Por ejemplo, en los casos de temas vinculados con los derechos del niño, como la Convención sobre los Derechos del Niño. AGUILAR CAVALLO, Gonzalo. “El principio del interés superior del niño y la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. *Estudios Constitucionales*, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca. Año 6, N° 1, 2008, pp. 223-247.

esta limitación sea legítima⁵, entendiéndose que es tal, cuando la restricción:

1. respete el **principio de legalidad**, (no habría problemas);
2. tenga un **objetivo legítimo**, (la seguridad); y
3. respete el **principio de proporcionalidad**, el cual implica que la restricción deba ser:
 - a. **Necesaria**, de manera que no puedan protegerse los derechos por medios menos restrictivos que los empleados. En la especie este requisito debiera de analizarse caso a caso, pues en algunos el bien jurídico "seguridad", podría perfectamente verse protegido por medios menos restrictivos.
 - b. **Adecuada**, cuando sea conducente para proteger el bien jurídico deseado mediante la restricción del derecho particular. En el caso concreto la aplicación de esta restricción debe producir la protección del bien jurídico, en los supuestos que éste se vea amenazado. Por tanto, no debería de aplicarse la restricción con la finalidad de proteger otros bienes que no tengan el carácter de derechos fundamentales, como el simple interés comercial del explotador.
 - c. **Proporcional** propiamente tal, se exige que la medida consiga el fin buscado afectando de la menor forma el goce o ejercicio del derecho objeto de restricción. Por lo que si existe una alternativa menos gravosa debe emplearse esa alternativa. Este requisito también debe ser analizado particularmente, no obstante resulta indispensable que nuestra normativa contemple la figura de los apoyos y los ajustes razonables, que impidan que en la práctica se anulen los derechos de las personas con discapacidad.

⁵ Véase NASH ROJAS, Claudio; y MUJICA TORRES, Ignacio. Derechos Humanos y Juicio Justo... *Ob. cit.*, pp. 68 y ss.

Además, el SIDH ha requerido que las restricciones consideren valores propios de una sociedad democrática como la tolerancia, **la participación**, el **respeto por las minorías**, y la situación de **vulnerabilidad**.

En síntesis, el artículo 132 del Código Aeronáutico si bien en abstracto no constituye una norma ilegítima, pudiera llevar a una interpretación o aplicación que vulnere los derechos de las personas con discapacidad. Es decir, se podría utilizar para amparar casos en donde la restricción de los derechos de las personas que integran esta colectividad, resulte desmedido frente a las "ventajas" que se obtendrían de tal limitación.

3. Cumplimiento de las obligaciones de respeto, garantía y no discriminación

Para poder perfeccionar la disposición objeto de análisis, resulta indispensable tener en consideración la obligación de cumplimiento en materia de derechos humanos. La cual se manifiesta a través de dos obligaciones principales, y que son la de respeto y la de garantía de los derechos y libertades consagrados internacionalmente, cualquiera sea el tipo de documento en el que se consagre. Así como también, el principio de igualdad y no discriminación.

En el ámbito de la discapacidad, la **obligación de respeto** se traduce en que el Estado debe entregar a las personas con discapacidad todos los apoyos necesarios que le permitiesen ejercer sus derechos de accesibilidad, libertad de desplazamiento y movilidad. Así como también, abstenerse de ejercer actos que priven, perturben o amenacen dichos derechos.

Por su parte, el **deber de garantía**, no sólo implica el cumplimiento estricto del mandato normativo que establece cada derecho, sino una obligación positiva de crear condiciones institucionales, organizativas y procedimentales para que las personas puedan gozar y ejercer

plenamente los derechos y las libertades consagrados internacionalmente. En palabras de la Corte IDH, *"esta obligación implica el deber de los Estados Partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos"*⁶.

De esta manera, el Estado debe promover, a través de sus órganos, la posibilidad real y efectiva de que las personas con discapacidad ejerzan los derechos y disfruten las libertades que se les reconocen. Es decir, el Estado debe crear las condiciones efectivas que permitan el goce y ejercicio de los derechos consagrados en la CDPD en particular y en los demás Tratados Internacionales de Derechos Humanos en general.

Asimismo, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos ha establecido, como una obligación general, el deber del Estado de **no discriminar** a las personas en el goce y ejercicio de sus derechos. Así, la CDPD, entiende por discriminación por motivos de discapacidad *"cualquier distinción, exclusión o restricción por motivos de discapacidad que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social, cultural, civil o de otro tipo. Incluye todas las formas de discriminación, entre ellas, la denegación de ajustes razonables"*. A su vez, define ajustes razonables como *"las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales"* (artículo 2).

⁶ Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras. Fondo. Sentencia de 28 de julio de 1988, Serie C N° 4, párr. 166.

En síntesis, el Estado de Chile a través del Código Aeronáutico, debe **respetar y garantizar** los derechos y las obligaciones de las personas con discapacidad. Para ello resulta imprescindible que se creen las condiciones institucionales, organizativas y procedimentales, que permitan a las personas con discapacidad gozar y ejercer plenamente sus derechos. Así, se debe comenzar por adecuar el artículo 132, en el sentido de que se contemplen los ajustes razonables, de manera que se permita a todas las personas con discapacidad poder ejercer sus derechos.

De esta manera, se pretende evitar que la actual norma pudiese constituir una **discriminación**, es decir una exclusión por motivos de discapacidad, que deje sin efecto el reconocimiento, goce y ejercicio de los derechos de las personas que integran esta colectividad, en igualdad de condiciones que las demás.

VII. Sugerencias al proyecto de ley en lo que al artículo 132 del Código Aeronáutico se refiere

En razón de lo expuesto anteriormente este Servicio estima que el proyecto de ley objeto de análisis, pudiese ser del siguiente tenor:

"El transportador podrá rehusar o condicionar el transporte de aquellos pasajeros cuyo estado o condición constituyere un peligro para la seguridad, higiene o buen orden a bordo. Asimismo, y de manera excepcional, el transportador podrá rehusar o condicionar el transporte de pasajeros que requieran atención o cuidado especial durante el viaje.

Lo anterior, no se aplicará a personas con discapacidad, en cuyo caso el explotador aéreo deberá realizar todos los ajustes razonables que, sin suponer una carga desproporcionada, faciliten la accesibilidad y el transporte de dichas personas en igualdad de condiciones que las demás.

Un reglamento, elaborado por los Ministerios de Defensa Nacional y

Desarrollo Social, establecerá las condiciones y requisitos técnicos necesarios que deberá adoptar el explotador aéreo para el transporte de las personas con discapacidad, como las condiciones técnicas y de seguridad bajo las cuales se deberán transportar a las de personas con discapacidad, orgánicamente descompensadas, agónicas o inconscientes”.