

## **“Transporte aéreo de personas con discapacidad y movilidad reducida” : Aspectos relevantes de la tesis doctoral**

Por Carlos María Vassallo<sup>1</sup>

### **-Comentario previo.**

Luego de más de un año de elaboración de esta tesis doctoral, en abril de 2021 la hemos defendido con éxito en la Universidad del Salvador en Buenos Aires ante el jurado de los doctores Ripol Carulla<sup>2</sup>, Cappagli<sup>3</sup> y Javurek<sup>4</sup>, obra registrada en propiedad intelectual y en proceso de publicación.

Dado que el cuerpo de la tesis tiene una extensión de 430 páginas sumadas las de los anexos que contienen las entrevistas de investigación, normativa comparada y traducida y el “*Proyecto del reglamento para transporte aéreo de personas con discapacidad y movilidad reducida en República Argentina*” que suman unas doscientas páginas más, hemos comprimido en este artículo solo de 22 páginas los aspectos de hecho y jurídicos más relevantes llevándolos a forma de adelanto al conocimiento del lector.

---

<sup>1</sup> Doctor en Ciencias Jurídicas, Magister en Ciencias de la Legislación, Especialista en derecho del transporte, Profesor titular derecho aeronáutico y espacial en Universidad del Salvador e Instituto Nacional de Derecho Aeronautico y Espacial (INDAE).

<sup>2</sup> Profesor titular de la Universidad Pompeu Fabra Barcelona, Presidente del Instituto Iberoamericano de derecho aeronáutico.

<sup>3</sup> Consultor Socio de Marval, O'Farrell & Mairal entre 1991 y 2007, actualmente consultor especialista en Derecho Marítimo, Aeronáutico y Seguros.

<sup>4</sup> Profesora titular Derecho de la Navegación, Transporte y Comunicaciones en la Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Córdoba.

## Índice.

1-Introducción y planteo del problema. ....	3
2- Hipótesis principal. ....	6
2.1 -Hipótesis subordinada. ....	6
2.2 -Objetivo general y específico. ....	6
2.3-Tesis final.....	7
2.4 Aporte a la ciencia jurídica. ....	7
3 -Derechos humanos y seguridad operacional. ....	7
4- Valor DDHH y Vida. Imputación penal objetiva. El tema de los clásicos: prevalencia de una u otra vida. ....	8
5-Discriminación. Marco jurídico. La jurisprudencia análoga en la CIDH y TEDH. ....	12
5.1 Marco teórico. ....	12
5.2-El Tribunal Europeo de Derechos humanos. (TEDH) ....	15
5.3-Jurisprudencia argentina y dictámenes de INADI. ....	17
6- Normativa reglamentaria en vigencia a nivel global. EUA, UE, BR, CH. Esquema comparativo de soluciones y aportes del anteproyecto reglamentario argentino. ....	20
7- El avance que supone para la ciencia jurídica las conclusiones del trabajo de tesis.....	23

---

## **1-Introducción y planteo del problema.**

A partir de la década del 1970 se registra un crecimiento exponencial en la cantidad de pasajeros transportados por vía aérea que viene de la mano de los nuevos aviones de cabina ancha Boeing 747, Douglas DC 10 que según configuración transportaban entre 350 a 400 pasajeros por vuelo superando al Boeing 707 con 170 pasajeros que hasta entonces se usaba para vuelos intercontinentales.

Esta economía de escala provoca la reducción de costos para las aerolíneas y la masiva demanda de vuelos trajo como consecuencia que, lo que pasa en tierra también sucede en los aviones y así aparecerán el fenómeno de los pasajeros disruptivos y los PCD/PMR, en adelante solo PMR que es la forma de reconocer este servicio en aeronavegación, hasta entonces desalentados a usar el medio aéreo por diversos factores como: la reserva y compra de billetes de pasajes de forma presencial y en efectivo requiriendo muchas veces de un acompañante, aeropuertos desprovistos de pasarelas telescópicas para el embarque y desembarque, ausencia del concepto de asistencia especial aeroportuario como en vuelo.

El marco normativo tampoco acompañaba en aquellos tiempos al PMR en tanto las primeras normas específicas ni el concepto de discriminación que datan de la década del 2000.

1-*“Convención Interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad”* fue vigente en 2001,

2-*Convención de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad”* que entra en vigencia en 2008,

3-Anexo 9 al Convenio de Chicago primera edición en 1949 y Manual OACI documento 9984 de 2013;

5-Constitución Nacional 1994 art 42 y 43, 19, 75 inc 22 y 23

6-Leyes nacionales nº 22.431 general de discapacidad de 1981,

Recién entonces se incorporan tenuemente el concepto de no discriminación en algunos reglamentos de la autoridad aeronáutica “condiciones generales del contrato de transporte aéreo” Resolución 1532/98 y las aerolíneas nacionales los empiezan a incluir brevemente en sus manuales de operaciones y mitigación de riesgos.

Se llega por primera vez al dictado de normas reglamentarias específicas, en el año 2006 en la Unión Europea y en 2009 en EUA abarcando ambas regulaciones aproximadamente al 85% de los pasajeros a nivel global.

Esas dos autoridades aeronáuticas habían evidenciado la tensión sobre dos bienes jurídicos igualmente valiosos, el derecho humano del PMR a volar recibiendo un trato digno y no discriminatorio y la seguridad operacional que importa el derecho humano a la vida de todas las otras personas a bordo, cuya integridad física podría verse vulnerada si el traslado del pasajero discapacitado por afecciones psiquiátricas o con importante grado de incapacidad, muy obesas, mórbidas, comprometieran o pusieran en riesgo la seguridad operacional y el cumplimiento del vuelo sin desvíos.

Esta tensión surge de una doble obligación de los Estados, que deben garantizar a los habitantes PMR de ejercer el derecho a transitar transportados amparados en el art. 14 de la Constitución Nacional Argentina y a los terceros el contralor y fiscalización de la seguridad aérea, siendo necesario contar con un marco jurídico específico en argentina. Se exceptúa el transporte sanitario.

Dos son los pilares del problema: La “no discriminación” y “accesibilidad” al transporte aéreo.

La autoridad aeronáutica argentina y Aerolíneas Argentinas S. A., compañía aérea de mayor tráfico nacional, a la cual he pertenecido como abogado por 40 años, han demostrado interés en una norma de carácter general que incluya a los gestores aeroportuarios, aunque nunca se llegó a elaborar una reglamentación específica.

Hasta ahora la laguna normativa es cubierta con prácticas usuales reflejadas en las disímiles regulaciones de cada transportador, no consuetudinarias, cuya aplicación, en ciertos casos, conlleva conductas discriminatorias del personal de tierra y de vuelo a los PMR en las diferentes etapas del contrato siendo lo más

grave la denegación de embarque del PMR al momento de la aceptación en el aeropuerto o más sensible aún cuando ya embarcado se lo baja con la policía aeroportuaria.

La decisión definitiva siempre es del comandante y se verifica aún en pasajeros admitidos por el servicio médico y por el personal aeroportuario fundado en su autoridad y responsabilidad legal emanadas del art. 84 del código aeronáutico argentino aplicando un criterio subjetivo de seguridad, no uniforme entre los pilotos.

Estas nefastas experiencias se originan por la falta de una normativa reglamentaria argentina de aplicación general y obligatoria.

En este trabajo referimos muchos casos reales que se dan a partir del ligero o inexperto análisis que al momento del embarque realiza el personal de la aerolínea intentando relacionar, sin capacitación adecuada, los criterios de no discriminación y de seguridad operacional, este último de forma muy estricta, y entonces fácil de invocar como excusa de decisiones difíciles.

Se aplica correctamente, sin saberlo, el criterio de “*discriminación positiva*” que suponen las ayudas especiales favoreciendo a un PMR que se lo tiende a equiparar con quien no lo necesita.

Otro criterio cercano es el de “*discriminación negativa lícita*” en donde se infringe un perjuicio en base a una diferencia que concluye en una denegación de embarque por culpa del pasajero que puede estar infectado por bacterias o virus muy contagiosos, hoy el claro ejemplo del Covid-19 o los casos EPOC, operados quirúrgicamente, embarazadas de riesgo o a término, oncológicos terminales, entre otros, que puedan alterar la normalidad del cumplimiento de la ruta sin desvíos de emergencia.

Ante esos casos, se podrá denegar lícitamente el embarque en favor del resto del pasaje que según el caso podrá derivarse a un transporte sanitario.

Otros casos objeto de nuestro estudio corresponden a la “*discriminación negativa dañosa*” que importa el padecimiento de la injusticia. Se da en casos que generan dudas y se resuelven generalmente de la mano de la ignorancia lo cual provoca en Argentina cantidades de denegaciones de embarque sin razones que surjan de los Manuales de Operaciones ni del de Mitigación de Riesgo.

Según nuestros entrevistados PCD/PMR experimentan en los días previos al vuelo una fuerte tensión anímica ante la habitual incertidumbre de poder ser admitido a viajar, y ello hasta último momento.

## **2- Hipótesis principal.**

Dejamos enunciada nuestra hipótesis *principal* en estos términos:

*“Se verifica la existencia de conductas de discriminación negativa hacia los pasajeros con discapacidad y con movilidad reducida desde el momento en que se disponen a acceder a información para contratar un transporte aéreo, sus condiciones especiales, los servicios de asistencia ofrecidos en los aeropuertos de embarque tránsito y destino, asistencia y confort en vuelo, como en los reclamos post-vuelo”.*

### **2.1 -Hipótesis subordinada.**

Como *hipótesis subordinada*:

*“Se evidencian una serie de inconvenientes en el transporte aéreo de personas con discapacidad o movilidad reducida que importan el incumplimiento de los derechos humanos reconocidos en la Constitución Nacional y Tratados de ese rango, vigentes en la República Argentina”.*

### **2.2 -Objetivo general y específico.**

Los ejes de esta investigación tienen por *“objetivo general”* lograr un aporte teórico, basado en evidencia empírica, de muchos años de abogado de compañía aérea, que integre el derecho con miras a llenar el vacío reglamentario y como principal *“objetivo específico”* discernir qué prácticas empresariales en cada una de las etapas del contrato de transporte aéreo, están reñidas con los derechos humanos y cuáles son indispensables para asegurar la seguridad del

vuelo y terminar con el aporte de un anteproyecto reglamentario aeronáutico PMR completo compuesto de 41 artículos.

### **2.3-Tesis final.**

Este ha sido el enfoque principal del problema desarrollado en 12 capítulos para llegar de esa forma a **la tesis final**:

*“Ha quedado probada la existencia de conductas de “discriminación negativa dañosa” en las etapas de aceptación, falta de “adecuada accesibilidad” en el embarque y desembarque y acondicionamiento del PMR en la aeronave, en directa conexión con la ausencia de una normativa reglamentaria específica”*

### **2.4 Aporte a la ciencia jurídica.**

-Análisis en cuanto a discriminación y accesibilidad en etapa precontractual, de ejecución y post contractual y en resolución de conflictos pre y post vuelo.

-Presentación de una *propuesta de solución reglamentaria para el transporte aéreo de personas con discapacidad o movilidad reducida que se ha glosado en el Anexo 1 en 41 artículos divididos en 13 capítulos”*

### **3 -Derechos humanos y seguridad operacional.**

El interés de investigar sobre el transporte aéreo de personas con discapacidad o movilidad reducida plantea un dilema ético/moral y jurídico, pues el derecho a no ser discriminado en razón de la insuficiencia motriz crónica o de la discapacidad que presenta una persona puede no ser compatible con la seguridad operacional del vuelo.

La noción de igualdad significa mucho más que tratar a todas las personas de la misma manera. Si otorgamos un trato igual a personas que se encuentren en

circunstancias desiguales, el resultado será perpetuar y no erradicar la injusticia. La igualdad verdadera solo puede surgir de esfuerzos encaminados a abordar y corregir situaciones desequilibradas.

Son actos discriminatorios todos aquellos que signifiquen violaciones al derecho de igualdad ante la ley y a la igualdad de trato; es decir, todos los actos que supongan *“un trato desigual a los iguales e igual a los desiguales”*. La antijuridicidad estará determinada por la simple constatación de esta regla.

En seguridad operacional, trato preferencial mediando discriminación positiva no equivale a un privilegio. Este tipo de conductas aeronáuticas que otorga trato personalizado al PMR al embarcar en un vuelo con prioridad, tener personal que lo asista en el aeropuerto a través de los controles de documentación, aduana, equipaje, que embarque por medios mecánicos en forma individual, sin tumultos y contar con una mayor franquicia de equipaje son acciones tendientes a establecer puentes para la igualdad con los pasajeros hábiles.

Ya referimos que la “discriminación negativa dañosa” está gravemente presente en la denegación de embarque exigiendo requisitos que no le son aplicables a su discapacidad, tales como certificados médicos a un ciego o la exigencia de volar con un acompañante hábil a quien se maneja en la vida independientemente con su silla de ruedas, cuando tampoco corresponde.

En noviembre de 2013 la OACI publica el Anexo 19 Convenio de Aviación Civil de Chicago de 1944, denominado “Gestión de Seguridad Operacional” que aglutina las normas de safety dispersas en los 18 anexos. En el caso en estudio se debe interpretar con el Anexo 9 “Facilitación” que contiene un capítulo específico para el transporte de PMR.

**4- Valor DDHH y Vida. Imputación penal objetiva. El tema de los clásicos: prevalencia de una u otra vida.**

Ante una operación de emergencia en donde se debe priorizar vidas en el salvamento, las normas de seguridad operacional tienen la respuesta. Se actuará para sacar al pasaje hábil, con la mayor premura, dejando para último turno a los pasajeros que requieran asistencia especial. La razón en que se fundan los protocolos es la de salvar el mayor número de vidas mediante las acciones de socorro.

Ello podría, en algún caso, agravar las posibilidades de sobrevivencia del PMR como también de la tripulación de cabina y técnica que conforme mandato legal, Código Aeronáutico Argentino arts. 81 y 82 -atribuido al capitán o comandante- no abandonará su puesto hasta que no se haya cumplido con la puesta a salvo de la última persona o pasajero a su cargo.

En el caso extremo de muerte del PMR como consecuencia de las órdenes dadas por el comandante en esa oportunidad y en ejercicio de su autoridad, el Código Penal Argentino en su artículo 34 inc. 4 lo declara “*no punible*” constituyendo una excepción a la conducta sancionable en tanto dice “*el que obrare en cumplimiento de un deber o en el legítimo ejercicio de su derecho, autoridad o cargo*”.

- ¿Hasta dónde se extiende la responsabilidad penal del comandante de aeronave, por ser la máxima autoridad de un vuelo?

- ¿Tiene responsabilidad penal el comandante de aeronave por aceptar un PMR que en un incidente o accidente aeronáutico, se lesiona o muere?

- ¿Libera de responsabilidad penal al comandante de aeronave la circunstancia de que el personal del servicio médico o el destacado en el aeropuerto dependiente del explotador haya autorizado el embarque?

El delito debe importar un incremento del riesgo por encima del que la sociedad está dispuesta a tolerar para que puedan funcionar normalmente las múltiples actividades que se realizan. Ese nivel de incremento del riesgo y no otra causa debe ser la que efectivamente se concrete en el resultado perjudicial.

Esto es parte de la llamada “teoría de la imputación objetiva”, desarrollada por la doctrina y jurisprudencia alemana y que se ha impuesto en la doctrina y jurisprudencia nacional.

A diferencia de la responsabilidad civil donde rige el principio de la solidaridad, en el ámbito penal, cada uno es responsable por sí.

En la división de tareas y responsabilidades que se verifica en las actividades cotidianas, se corta esa relación entre incremento de riesgo y resultado, atribuyendo este solo al que tenía la tarea específica asignada. Se reconoce penalmente la delegación de tareas como circunstancia hábil para limitar la responsabilidad.

En la doctrina y jurisprudencia lo denomina “*principio de confianza*” y en base a ello las decisiones que tome el personal médico, del *check-in* o aceptación en el aeropuerto, en base a lo informado por el MEDIF respecto de la patología u otras dificultades que pueda presentar un pasajero que ha sido admitido, no se traslada la responsabilidad penal al comandante ni al personal de cabina del avión.

La colisión entre el bien “seguridad integral en la ejecución del transporte aéreo” y el derecho de toda persona a ser transportada por vía aérea encuentra en este ámbito la problemática más frecuente y debe primar la voluntad de la persona capaz que asume el riesgo, bajo el concepto de “autopuesta en peligro”.

En la doctrina mundial, se ejemplifica como fundamento del reconocimiento de este ámbito de autonomía y libertad potencialmente generadora de riesgos, que la tentativa de suicidio no está penalmente sancionada.

La actividad aeronáutica se desarrolla fundamentalmente en equipo e involucra la participación de un gran número de participantes. Esa es la gran razón para apoyarnos en el “principio de confianza”. Un piloto no podría dirigir un avión si no confiara en la corrección de las indicaciones y responsabilidad del personal de la torre de control o de tareas de mantenimiento de la aeronave, ni emprender el despegue confiado en que los pasajeros abrocharon el cinturón después del anuncio de los tripulantes de cabina.

A partir de la aplicación de estos dos principios “*autopuesta en peligro*” y “*principio de confianza*”, las decisiones que tome el personal de admisión en tierra —reservas, servicio médico y del aeropuerto— respecto de la admisión de un PMR que genere riesgos para él o para terceros, no se traslada al comandante la responsabilidad por las consecuencias dañosas.

*-Derecho a la vida.*

Entendemos que estos protocolos no pueden ser considerados violatorios del principio emanado de la “*Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de San José de Costa Rica*”, que dispone en su art. 4, primer párrafo, que “*toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente*”. En una emergencia no se está disponiendo de la vida del PMR, sino que la tripulación lo estará acompañando en la asistencia a su turno, que no será el prioritario, conforme el Manual de Operaciones de las aerolíneas.

Estos Manuales deben estar publicado por la aerolínea, caso muy claro de Austral Líneas Aéreas y el PMR que presta el consentimiento tácito con esa condición al ser aceptado para realizar el viaje.

Entendemos que ese consentimiento es disponible y encuadrado en el artículo 19 de la Constitución Nacional Argentina. “*..ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que la ley no manda ni privado de lo que ella no prohíbe.*”

*-Principio del mal menor.*

Los supuestos que pueden presentarse a bordo con un PMR se estarían resolviendo aplicando el principio filosófico del mal menor que se encuentra ya en la ética clásica —Platón, Aristóteles y los estoicos—, ya que en ella no se afirman valores morales absolutos, sino que se buscan criterios comparativos para elegir entre bienes diferentes.

El “*principio del mal menor*” aparentemente entraría en contradicción con otros principios éticos que parecerían indicar que nunca es lícito cometer ningún mal. En cambio, es claramente defendido por Aristóteles el Libro II de su *Ética: De duobus malis, minor est semper eligendum* (de dos males, el menor ha de ser siempre elegido).

Cicerón, en *De officiis*, pone como ejemplo de “*la opción por el mal menor no una salida cómoda, sino un caso de heroísmo*”.

El VIII Concilio de Toledo del año 653 declara que "*si un peligro inexcusable nos lleva a perpetrar uno de dos males, debemos escoger el que nos haga menos culpables*".

## **5-Discriminación. Marco jurídico. La jurisprudencia análoga en la CIDH y TEDH.**

### **5.1 Marco teórico.**

Un marco teórico bien construido será el que trate con profundidad únicamente los aspectos que se relacionan con el problema y que vincule y ligue lógicamente y coherentemente los conceptos y proposiciones existentes en estudios anteriores, normativas específicas vigentes ya implementadas y en jurisprudencia particular o bien relacionada con los valores jurídicos en pugna.

Respecto de normativas específicas vigentes ya nos hemos referido a la existencia de la europea y la de los Estados Unidos, en tanto en Latinoamérica recientemente se han puesto en vigencia una normativa de Brasil Resolución ANAC 280/2013 basada en los principios de la CIDHH y otra de Chile, decreto supremo 369/18 basada en normas de seguridad operacional más que en principios de DDHH.

Hemos comprobado uniformemente con entrevistas a una veintena de abogados de Aerolíneas Argentinas en todas sus escalas de América del Norte, Latinoamérica y Europa la ausencia de casos de jurisprudencia sobre discriminación en el transporte de PMR.

Nótese que el asesor legal de Brasil en su entrevista nos ilustra que se han verificado 3 tipos de acciones en la Justicia:

-pasajero que no reserva con anticipación su silla de ruedas de batería derramable. La acción contra la aerolínea fue rechazada.

-pasajero que se presenta a la aceptación sin cumplir procedimiento MEDIF. La acción contra la aerolínea fue rechazada.

- pasajero que pide descuento como acompañante de su hijo PMR menor de edad. Se hizo lugar con multa de Reales 60.000, y se acordó en R 25.000. Téngase en cuenta que la normativa reglamentaria del Brasil prevé bonificaciones sustanciales para los acompañantes considerados hábiles por las aerolíneas.

No hay en Brasil registros de acciones administrativas ni judiciales por accesibilidad o discriminación, solo reclamos por supuestas diferencias del servicio PMR.

La responsabilidad en Brasil es objetiva de la compañía aérea pero no se verifican acciones de regreso contra el gestor aeroportuario.

En cuanto a Chile, en entrevista con el asesor legal de la autoridad aeronáutica, nos refirió que el decreto recién se puso en vigencia en 2019 y no tienen registrada ninguna denuncia para imponer infracciones, en tanto los reclamos a las compañías aéreas son conciliados antes de llegar a la instancia judicial.

Esta característica que se da a nivel global tiene a nuestro entender varias razones:

-La vigencia desde hace más de una década en la Unión Europea y en Estados Unidos de América de claras normas reglamentarias específicas y delimitación de competencias, sumado al éxito de los procedimientos de resolución de conflictos inmediatos en los aeropuertos por oficiales de accesibilidad, que también prevé la norma de Brasil, y que

-Este tipo de conflictos son particularmente sensibles y las aerolíneas no los dejan escalar hasta una sentencia sino que se los zanja mediante acuerdos extrajudiciales o judiciales en su caso.

Estas son los principales motivos que a nuestro entender se han evidenciado en tanto, investigados los tribunales internacionales de derechos humanos como la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) no se han hallado precedentes concretos sobre transporte aéreo, solo algún acercamiento al tema con fallos de discapacidad y derecho de circulación.

*-Jurisprudencia análoga de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.  
(CIDH)*

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) es un órgano judicial autónomo de la Organización de los Estados Americanos (OEA), que tiene su sede en San José de Costa Rica cuyo propósito es aplicar e interpretar la Convención Americana sobre Derechos Humanos y otros tratados de derechos humanos a los cuales se somete el llamado Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

Si se aprueban los requisitos en el “*informe de admisibilidad*”, el planteo se convierte en caso y se le asigna número e ingresa a la “*etapa de fondo*”, resuelta la cual se puede hacer “recomendaciones” a los Estados. El resultado es confidencial salvo que la Comisión autorice su publicación.

La CIDH entiende por igualdad y no discriminación como derecho y garantía respectivamente cuya trascendencia impacta en todos los consagrados en las normas de derecho interno de un Estado y el derecho internacional.

La Corte también ha indicado que, en la actual etapa de la evolución del derecho internacional, el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del “*ius cogens*”, que es el conjunto de normas imperativas de derecho internacional general, establecidas por la comunidad internacional de Estados en su conjunto (Artículo 53 de la Convención de Viena). Este principio constituye el eje central y fundamental del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

La CIDH también ha establecido reiteradamente que el “principio de no discriminación” es uno de los pilares de cualquier sistema democrático y que es una de las bases fundamentales del sistema de protección de derechos humanos establecido por la OEA, en tanto la Declaración como la Convención Americana fueron inspiradas en el ideal de que “todos los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos”.

La CIDH ha identificado ciertos grupos o sectores de la sociedad que sufren tratos discriminatorios debido a una particular condición o situación de discriminación histórica que fueron identificados como grupos prioritarios en el Plan Estratégico de Gestión 2017-2021”.

Una de las herramientas que permiten identificar situaciones de incumplimiento en relación con la obligación de respetar establecida en el artículo 1.1 es el “juicio de proporcionalidad” en donde se dirime si el Estado puesto en tela de juicio “distingue” o “discrimina”, siendo las primeras diferencias razonables y las segundas arbitrarias. Se evalúa la proporcionalidad en sentido estricto en un balance de los derechos en juego y el grado de sacrificio de uno respecto del otro.

La CIDH ha determinado como actos de “*discriminación normativa directa*” probando la inclusión de un factor prohibido o que no cumple una manda positiva de la norma; “*discriminación indirecta*” a las leyes políticas o prácticas que con apariencia de neutrales evidencian conductas prohibidas por discriminación.

La condición de las personas con discapacidad ha sido atendida por la Comisión con especial relevancia desde la década del 90 y en seguimiento de la temática, en el año 2017, fue creada la “*Unidad de personas con discapacidad*”, que se encuentra a cargo del monitoreo y seguimiento de dicha situación, con especial énfasis en el trabajo de políticas públicas para lograr la efectiva protección de esta población en los Estados

No se han registrado casos de discriminación directa ni indirecta por discapacidad en el transporte aéreo de pasajeros.

## **5.2-El Tribunal Europeo de Derechos humanos. (TEDH)**

Es la máxima autoridad judicial para la garantía de los derechos humanos y libertades fundamentales en toda Europa, excepto Bielorrusia, Kazajistán y el Vaticano. *TEDH* /=/ *TJUE*

Este tribunal internacional interviene por violación de los derechos reconocidos por el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH) o sus Protocolos adicionales, de personas que se encontraban legalmente bajo la jurisdicción de un Estado miembro del Convenio al momento del hecho y hubiere agotado sin éxito el ejercicio de los recursos judiciales disponibles en ese Estado en salvaguarda de sus derechos.

Tienen legitimación activa los Estados y cualquier persona físicas, ONG o grupo de particulares, con independencia de su nacionalidad,

residencia o estado civil, que sean los perjudicados directos y tienen legitimación pasiva los Estados que hayan ratificado el CEDH.

Conforme a la jurisprudencia del tribunal, el “*principio de no discriminación*” es de carácter fundamental y subyace al Convenio junto con la norma del derecho y los valores de tolerancia y paz social

La discriminación tiene su significado en el artículo 14 de la Convención y también en la Ley de Derechos Humanos de 1998 y significa, en términos generales, “*tratar de manera diferente, sin una justificación objetiva y razonable, a las personas en situaciones análogas o pertinentemente similares*”.<sup>5</sup>

Discriminación por “...u otra condición..”, comprende según TEDH a la discapacidad.

No solo debería tratarse el común de las situaciones por igual, sino que las diferentes deben tratarse de manera diferente.

Al igual que el principio *thlimmenos v Greece -tratamiento adecuado de las diferencias-* el derecho de ajuste razonable puede aplicarse cuando exista una ley general y se deben hacer disposiciones especiales para el caso de las personas con discapacidad.(Hay ley y faltan disposiciones reglamentarias especiales)

“Ajuste razonable” significa una modificación y ajustes necesarios y apropiados que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando sea necesario en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el disfrute o ejercicio en igualdad de condiciones con los demás de todos los derechos humanos y libertades fundamentales.

En una sentencia dictada el 22 de marzo de 2016, sobre el pedido de exención de impuesto a la transferencia de inmueble de la residencia de un hijo discapacitado el TEDH aclaró, por primera vez en su jurisprudencia, que el artículo 14 abarcaba la discriminación basada en la discapacidad de su hijo, “con quien tenía estrechos vínculos personales y a quien prestaba atención.

El Tribunal de Justicia destacó el papel clave que la accesibilidad desempeñó en la vida del hijo del solicitante, facilitando su desarrollo personal y

---

<sup>5</sup> Kiyutin/Rusia.

<https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22dmdocnumber%22:%5B%22882651%22%2C%22itemid%22:%5B%22001-103904%22%5D%7D>

permitiéndole participar plenamente en la comunidad y en las actividades educativas, culturales y sociales.

El TEDH aplicó principios similares al decidir que el Estado no estaba justificado para impedir el voto de personas con discapacidad mental que estuvieran bajo tutela parcial.

Una joven aprobó el examen de ingreso para una escuela de música, pero fue rechazada debido a su ceguera. El tribunal consideró que se había producido una infracción del artículo 14. La escuela era para estudiantes especialmente dotados, pero el demandante lo había demostrado aprobando el examen de ingreso. La escuela no había hecho ningún intento de considerar ajustes razonables en su normativa.

En cuanto al objeto de nuestro estudio, observamos que tampoco en este Tribunal recayó una sentencia sobre discapacidad y discriminación en el transporte aéreo.

### **5.3-Jurisprudencia argentina y dictámenes de INADI.**

En Argentina el conflicto más común es la exigencia por las aerolíneas o su personal de vuelo que el PMR cuente con un acompañante hábil para su asistencia durante el vuelo o situaciones de emergencia.

El “*Caso Triaca- Waisbord*” es el único conflicto en jurisprudencia nacional que mereció instancia administrativa por INADI -organismo dictaminante -sin facultades sancionatorias- y dos acciones judiciales; penal federal y civil federal, llegando a la CSJN para resolver una cuestión de competencia.

Trata de pasajeros en sillas de ruedas que fueron rechazados al embarque en agosto de 2001 por la compañía aérea Southern Winds por no contar con un “*acompañante hábil*”. En el caso Triaca tomó intervención el Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal 4 que se acumula a la de otro denunciante Waisbord que había sufrido la misma discriminación el día anterior.

La compañía aérea justifica su accionar en su deber de velar por la seguridad operacional de todos los pasajeros, inclusive del denunciante, ante un eventual

caso de ser necesaria una evacuación forzosa circunstancias en las cuales podría convertirse en un obstáculo para el resto de los pasajeros con aptitudes normales.

En un profundo análisis del caso recae la Resolución del Juez Oyarbide al pedido de la querrela que solicita *“(...) el cese en la aplicación de su actual Manual Operativo, en lo que se refiere a las disposiciones sobre pasajeros especiales, y concretamente a las personas con discapacidad, habida cuenta que contienen normas discriminatorias (...)”*

Analizada la regulación interna de SW que determina que aquellas personas que requieran “asistencia especial” deberán viajar con acompañante hábil, S.S. Considera *“...que esta disposición, aparece totalmente arbitraria y discrecional, permitiendo a la empresa establecer a su exclusivo criterio, quienes viajan o no, a menos que cuenten con un acompañante hábil(...)”* y agrega *“(...)las pautas reguladas por la empresa SW... deja a todas luces un palmario trato discriminatorio hacia esas personas, a las que coloca en una clara situación de desigualdad frente al resto del pasaje, y que en última instancia define como pasajeros anormales, violando de este modo, no solo la normativa internacional sino la nacional que rige en la materia, y el de derechos fundamentales protegidos por nuestra Carta Magna como son la libertad individual, la igualdad sin discriminaciones arbitrarias, la dignidad y el derecho a transitar libremente por territorio argentino(...)”*

En el final de sus Considerandos se refiere al tratamiento del tema por la línea aérea nacional, Aerolíneas Argentinas S.A. que proporcionó a la causa su Manual Operativo, *“(...) donde puede observarse un tratamiento mucho más razonable en lo que a las disposiciones sobre personas con discapacidad se trata, siendo que para el caso de autos, por cierto, no se requiere de un acompañante hábil (...)”*

Resuelve en el punto II, *“Ordenar el Cese de las disposiciones contenidas en el punto 8.15.2 del Manual de Operaciones de la empresa SW, referidas a pasajeros especiales, debiendo inmediatamente redactar nuevas pautas conforme las disposiciones contenidas en la legislación nacional e internacional que rige la materia, indicadas en los considerandos (art. 1 de la Ley 23.592)”*.

A nivel civil, estos denunciados promueven acciones por reparación del daño moral y cese de conductas discriminatorias respecto de personas con discapacidad en el transporte aéreo ante el Fuero Civil y Comercial Federal.<sup>6</sup> El caso llega a la CSJN por el planteo de la incompetencia de los Tribunales Civiles a favor de los Federales, en razón de la materia, causa aeronáutica, la Procuración General de la Nación en dictamen del 28/4/06, analiza el tema, lo encuadra en derecho en posible violación a las normas contra la discriminación y eventual falta de cumplimiento de las normas reglamentarias aeroportuarias de acceso de personas con discapacidad al medio aéreo.<sup>7</sup> Como es habitual, este expediente civil no llega a sentencia pues concluye con un acuerdo de partes.

En otro caso típico, ascenso y descenso de PMR por medios físicos y no mecánicos hacia y desde la aeronave, conducta prohibida, debemos destacar al INADI -Instituto Nacional contra la discriminación y Xenofobia- y los valiosos argumentos que tienen sus dictámenes en algunos expedientes por discriminación en el transporte aéreo.

Para descalificar la conducta de las aerolíneas se ha fundado en las normas nacionales legales y reglamentarias la ley 24.314 de Accesibilidad de Personas con Movilidad Reducida<sup>8</sup> que prevé desde su entrada en vigencia la remoción de las llamadas *“barreras en los transportes”*.

También se cita en sus dictámenes el decreto 914/97 reglamentario de los artículos 20, 21 y 22 de la ley de discapacidad, en tanto se refiere al transporte de pasajeros en aeronaves que prevé ingreso a la aeronave sin empleo de fuerza física de terceras personas, disponer de silla de ruedas para los pasillos, proveer asientos con apoyabrazos rebatibles e informar por el medio más adecuado las indicaciones de emergencia. El REGUFA, norma reglamentaria dictada por el ORSNA obliga a los aeropuertos a asegurar la libertad de acceso a las personas con movilidad reducida.

---

<sup>6</sup> Autos, “Triaca Alberto Jorge c/ Southern Winds Líneas Aéreas SA s/ Daños y Perjuicios Juz. 7 Sec. 13.

<sup>7</sup> Triaca Alberto c/ Southern Winds Líneas Aéreas S.C. N 1841 del 28/4/06.

<sup>8</sup> Art. 22 de la Ley 24.314 denomina barreras en los transportes a aquellas que deben ser suprimidas paulatinamente en el plazo de un año bajo pena de cancelación del servicio.

También el INADI se funda en la Convención Interamericana para Eliminar Todas las Formas de Discriminación<sup>9</sup>, y de la Ley 23.592 que asegura el goce de todos los derechos fundamentales sin distinciones discriminatorias basadas en múltiples causas, entre ellas los caracteres físicos.

Pero la valoración jurídica más importante que a nuestro entender hace el INADI es la que desarrolla bajo el apartado “*La libertad de decisión*” en donde destaca “ (...) *que pertenece a la libertad de una persona determinar cuáles son los riesgos que está dispuesta a correr a favor de otros beneficios (...) El rol tuitivo del Estado no puede invadir la esfera íntima que hace a la dignidad del ser humano y le da un sentido a su existencia*” y agrega, “(...) *si una persona no quiere ser protegida más allá de su propio interés está dentro de su libre albedrío negarse a que se le imponga una tutela que cercene sus derechos fundamentales*” apoya sus argumentos en el art. 19 CN en tanto establece que las acciones privadas de los hombres sólo pertenecen a ella. Ya lo vimos supra como principio de autopuesta en peligro.

A modo de conclusión nuestra antecedentes administrativos y judiciales tienen en claro que en Argentina se encuentra vigente una pirámide de normas de transporte y de no discriminación suficientes y solo carece la del nivel reglamentario específico de la autoridad aeronáutica y aeroportuaria argentina, que ya no puede demorarse.

## **6-Normativa reglamentaria en vigencia a nivel global. EUA, UE, BR, CH. Esquema comparativo de soluciones y aportes del anteproyecto reglamentario argentino.**

En el Anexo 3 a esta tesis hemos realizado un cuadro de equivalencias normativas y de nuestro anteproyecto con individualización de los artículos en donde se tratan los mismos temas de aplicabilidad, derecho de información, reservas, límites cuantitativos, tarifas, acompañante, perros, ayudas técnicas, ajustes necesarios, configuración, asistencia a bordo, desembarco, transferencia, reclamos, normas de calidad, capacitación, resolución de

---

<sup>9</sup> Ley 25.280.

conflictos y recursos para costos, a los cuales me remito en honor a la brevedad.

En honor a la brevedad, tomaremos los ítems más relevantes a nivel jurídico:

### **1- Aplicabilidad:**

**UE** entre Estados Miembros y en terceros países el transporte por compañía comunitaria.

**EUA** Cías nacionales en todos los tramos y destinos. Cías extranjeras en el tramo de llegada y partida de aeropuertos de EUA.

**Brasil** a transportes nacionales e internacionales en territorio nacional;

**Proy Arg.** Aeropuertos nacionales y terceros países sin normativa equivalente. Cías extranjeras en segmento que comienza o termina en Argentina en aeronaves de gran porte sin normativa equivalente.

### **2- Autoridad de Aplicación:**

**UE** .Las reglamentaciones solo prevén procesos ante la Autoridad de Aplicación Aeronáutica u Organismos responsables de la aplicación de los reglamentos de resolución de conflictos respecto de las normas de calidad fijadas en cada reglamento de cada Estado.

**EUA** procedimiento ante el CRO Complaints Resolución Officials (oficiales de resolución de quejas) expide informe para el DOT o para que el pax demande. -

**Brasil** también prevé un Oficial de Accesibilidad a tiempo completo.

- **Chile** denuncia ante la Dirección Gral de Aeronáutica Civil, proceso sobre discriminación y luego acción civil de indemnización.

-**Proy Arg** Se dedica el capítulo 10 y prevé oficiales de accesibilidad (OA), y reclamación al ORSNA/ANAC quienes determinaran el procedimiento, sanciones en cuanto tipificar en faltas aeronáuticas y fiscalización de actividades comerciales.

### **3- Sanciones:**

**UE:** Los Estados Miembros determinaran el régimen de sanciones, eficaces, proporcionadas y disuasorias. Notificarán a la Comisión sus disposiciones.

**EUA:** No prevé sanciones. Informes anuales de procedimiento de los CRO, comunicación al DOT. Demanda formal indemnizatoria por incumplimiento de Parte 382.

**BR:** Los oficiales de accesibilidad realizaran informe a ANAC, pero no prevé sanciones específicas en el reglamento.

**CH:** prevé denuncias ante la Dirección General de Aeronáutica y responderán ante la Justicia civilmente.

**P Arg.** faltas aeronáuticas serán tipificadas y fiscalización de actividades comerciales.

#### **4- Sostenimiento económico.**

**UE.** Dos tarifas específicas. A los usuarios de los aeropuertos en su tkt. E 0,80 promedio últimos años, y servicios superiores convenidos con compañías aéreas, abonan estas últimas la tarifa adicional. Control del destino y balances auditados anuales.

**EUA.** Lo garantizan las aerolíneas a su costo en colaboración con los aeropuertos negociando de buena fe. Generalmente lo ejecutan los agentes con servicios de handling que contratan los proveedores aeroportuarios. La responsabilidad por el servicio es de ambos conjuntamente de implementación y puesta en servicio. Prohibido embarque a pulso.

**BR.** El servicio es puesto a disposición por el operador del aeropuerto. No prevé tasas, lo paga la Cia Aérea.

**CH.** Lo paga la aerolínea. Aeropuertos ofrece dentro del handling. No prevé ninguna tasa específica.

**P.Arg.** Se le dedica el capítulo 12. Obligación del gestor aeroportuario. Pueden hacerlo en propio salvo congestión y rechazo del aeroportuario. Prevé una tarifa específica universal PMR, cobradas por las aerolíneas e ingresadas mensualmente por cantidad de pasajeros embarcados en el tramo 1 del billete. Diferentes concesionario, la distribución la fijara el ORSNA. La contabilidad será

separada y la tarifa transparente auditada anualmente. Prevé entrada en servicio de equipamientos y servicios.

## **7- El avance que supone para la ciencia jurídica las conclusiones del trabajo de tesis.**

En el desarrollo del cuerpo de la obra, ha quedado demostrado que las dificultades registradas por las PMR en el transporte aéreo en Argentina importan condiciones discriminatorias negativas por variadas causales en las diferentes etapas de la ejecución del transporte aéreo:

1) *Falta de infraestructura*: el 50 % de los aeropuertos del país no cuenta con infraestructura adecuada que permita la **accesibilidad** a las aeronaves de PMR. En el resto, la disponibilidad es insuficiente. **La falta de inversión económica causa conflictos de accesibilidad** a las aeronaves y de confort y atención a bordo.

2) *Decisiones de discriminación negativa en la aceptación* al vuelo de PMR por parte de compañías aéreas y personal del gestor aeroportuario. Se advierte una falta de entrenamiento grave en el personal aeroportuario y de vuelo respecto de las competencias que puedan ejercer asistencia a un PMR.

3) **Falta de criterio uniforme de seguridad PMR** sin limitarlo a los casos que puedan constituir una amenaza directa a la seguridad operacional.

4) *La ausencia normativa reglamentaria evidencia la superposición de responsabilidades originales sin adoptar el principio de confianza* con los otros sectores dependientes del explotador.

5) Será necesario determinar la **forma del sostenimiento del servicio PMR**.

6) A **la pirámide jurídica argentina solo le falta** para completar un esquema regulatorio eficaz el dictado de un reglamento aeronáutico.

**7.1 Hipótesis probada:** *Existen conductas discriminatorias en las etapa de aceptación, embarque, desembarque y acondicionamiento en la aeronave del PMR en directa conexión con la ausencia normativa específica.*

**7.2 Aporte de anteproyecto normativo para la República Argentina** en 43 artículos contenidos en 13 capítulos.

Buenos Aires, junio de 2021

---