



UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
MAGISTER EN DERECHO CON MENCIONES

**PASAJEROS INSUBORDINADOS EN EL TRANSPORTE AÉREO.
SANCIÓN PENAL Y ADMINISTRATIVA**
Actividad Formativa Equivalente A Tesis

DAVID DUEÑAS SANTANDER

PROFESOR GUÍA: SR. CLAUDIO MORAGA KLENNER

SANTIAGO, CHILE
2018

INDICE

ABREVIATURAS.....	3
RESUMEN	4
INTRODUCCIÓN.....	5
1. PRECISIONES CONCEPTUALES.....	10
2. ALCANCES JURÍDICOS DEL CONCEPTO.....	14
3. ENTORNO REGULATORIO INTERNACIONAL.....	16
4. EXPERIENCIAS NORMATIVAS EN LATINOAMÉRICA.....	21
5. DISTINCIONES EN CUANTO A LA APLICACIÓN DE LA NORMATIVA.....	23
6. ASPECTOS PUNITIVOS.....	26
7. TIPIFICACIÓN DELICTUAL DE LA INSUBORDINACIÓN O DISRUPCIÓN EN EL CÓDIGO AERONÁUTICO CHILENO.....	31
8. EFICACIA DE LA SANCIÓN PENAL.....	35
9. CONSIDERACION DE LA VÍA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA.....	38
9.1. Sanción penal y principio de necesidad.....	38
9.2. Especialidad del juzgador.....	40
9.3. Aspectos probatorios.....	45
9.4. Tipicidad.....	46
9.5. Sanción y sujeto pasivo.....	48
9.6. Culpabilidad.....	51
10. LISTAS DE INFRACTORES Y PROHIBICIÓN DE EMBARQUE.....	52
11. CONCLUSIONES.....	60
12. ANEXO	62
13. BIBLIOGRAFÍA.....	66

ABREVIATURAS

CEDAE: CENTRO DE ESTUDIOS DE DERECHO AERONÁUTICO (ARGENTINA)

CLAC: COMISIÓN LATINOAMERICANA DE AVIACIÓN CIVIL

DAR: REGLAMENTO AERONÁUTICO CHILENO

DGAC: DIRECCIÓN GENERAL DE AERONÁUTICA CIVIL

D.S.: DECRETO SUPREMO

FACH: FUERZA AÉREA DE CHILE

GEPEJTA: GRUPO DE EXPERTOS EN ASUNTOS POLÍTICOS, ECONÓMICOS Y JURÍDICOS DE LA CLAC

IATA: INTERNATIONAL AIR TRANSPORT ASSOCIATION

IFALPA: INTERNATIONAL FEDERATION OF AIRLINES PILOTS' ASSOCIATIONS

OACI: ORGANIZACIÓN DE AVIACIÓN CIVIL INTERNACIONAL

RESUMEN

Este trabajo analiza el fenómeno de los pasajeros aéreos llamados disruptivos, perturbadores o insubordinados y las herramientas jurídicas más apropiadas para enfrentar estas conductas, dados sus efectos para la seguridad operacional y la gravedad que pueden revestir sus consecuencias. En especial, se examina la efectividad de sancionarlas penalmente versus las opciones que podría ofrecer el Derecho Administrativo sancionador con miras a mejorar su prevención, criticando la actual legislación que criminaliza estos actos. Para ello, a partir de la revisión de algunos aspectos conceptuales básicos y de la exposición comparativa de algunas regulaciones extranjeras, se estudia la relación de las infracciones cometidas a bordo de aeronaves con los principios que inspiran las sanciones en los ámbitos penal y administrativo. En relación con las herramientas más comúnmente aplicadas en otros ordenamientos jurídicos, se analiza la legalidad y viabilidad de la utilización de las denominadas listas de observación o registros de pasajeros no embarcables, y se revisan algunos fallos nacionales y extranjeros relevantes en la materia.

1. INTRODUCCIÓN

En 2017 más de 4.000 millones de pasajeros fueron transportados por vía aérea en el mundo. Los incidentes generados por pasajeros indisciplinados y disruptivos ha ido en aumento con los años. En las estadísticas recopiladas entre sus aerolíneas miembros por la Asociación de Transporte Aéreo Internacional (IATA), entre 2007 y 2016 se registraron más de 58.000 reportes sobre casos de descontrol de pasajeros en aeronaves causando algún tipo de perjuicio, siendo un 12% de ellos agresión física o daños a la aeronave, y un 33% derivados de la ingesta de alcohol o drogas. Según estimaciones de la industria, las consecuencias de estos incidentes pueden llegar a costar entre US\$ 10.000 y US\$ 200.000¹. A lo largo de este tiempo se ha observado una tendencia al alza en los informes de esta naturaleza, con un promedio de un incidente por cada 1.424 vuelos en 2016.

No es un tema del todo nuevo para el mundo jurídico, como quiera que ha sido abordado al analizarse los alcances y proyecciones de la seguridad aeronáutica y las amenazas que enfrenta, siendo principalmente algunas organizaciones internacionales de la aviación, como la Organización de Aviación Civil Internacional (OACI), la Asociación Internacional de Transporte Aéreo (IATA) y la Federación Internacional de Asociaciones de Pilotos de Línea Aérea (IFALPA) las que han dedicado mayores esfuerzos a proponer soluciones e instrumentos jurídicos para atacar este fenómeno. No pretendemos, por tanto, repetir las ideas ya planteadas sobre el particular ni tampoco arribar a respuestas totalmente originales, sino más bien dar a conocer la experiencia de Chile y parte de Latinoamérica en la materia y sugerir algunos énfasis en los caminos que ya se encuentran disponibles para abordar, de una u otra forma, este problema.

Trataremos, primeramente, de acotar el asunto, para evitar invadir otros tópicos que también afectan a la seguridad del transporte aéreo y, aun cuando se acercan al del pasajero insubordinado, no forman, en sentido estricto, parte de él.

¹ Las estadísticas actualizadas de la IATA pueden encontrarse en los siguientes enlaces https://www.iata.org/pressroom/facts_figures/fact_sheets/Documents/fact-sheet-unruly-passengers.pdf y <https://www.iata.org/policy/consumer-pax-rights/Pages/unruly-passengers.aspx>

Para ello, convengamos que entre las muchas amenazas que debe enfrentar el transporte aéreo, ya sea que provengan de la naturaleza (como los fenómenos meteorológicos), de la ineficiencia en la aplicación de procedimientos (como las fallas de mantenimiento), de la acción maliciosa y deliberada del hombre (como el terrorismo o la interferencia ilícita²) o de otras circunstancias casuales o provocadas, la conducta inadecuada de los pasajeros a bordo de las aeronaves es tal vez la que ha obligado a dedicar más tiempo a su análisis sin haber encontrado hasta ahora la fórmula óptima de solución.

Se trata de hechos que en muchos casos son voluntarios, cometidos por personas conscientes y racionales, pero también los hay de origen no voluntario o reactivo; no obstante, también es cierto que no se trata de acciones planificadas o premeditadas que se realicen con la intención deliberada de provocar un efecto dañino para la aeronave, sus ocupantes o la seguridad del vuelo en general. Es por ello que desde ya debemos separar aguas con el flagelo del terrorismo y de la interferencia ilícita. Siguiendo una distinción ya manifestada por el argentino Carlos M. Vasallo³, tenemos que las conductas disruptivas afectan al factor *safety* o seguridad operacional, en tanto que la interferencia ilícita impacta en el elemento *security* seguridad de la aviación.⁴

² El concepto de “interferencia ilícita ha sido definido por la OACI en el Anexo 17 al Convenio de Aviación Civil Internacional como “Actos, o tentativas, destinados a comprometer la seguridad de la aviación civil incluyendo, sin que esta lista sea exhaustiva, lo siguiente: apoderamiento ilícito de aeronaves, destrucción de una aeronave en servicio, toma de rehenes a bordo de aeronaves o en los aeródromos, intrusión por la fuerza a bordo de una aeronave, en un aeropuerto o en el recinto de una instalación aeronáutica, introducción a bordo de una aeronave o en un aeropuerto de armas o de artefactos (o sustancias) peligrosos con fines criminales, uso de una aeronave en servicio con el propósito de causar la muerte, lesiones corporales graves o daños graves a los bienes o al medio ambiente, comunicación de información falsa que comprometa la seguridad de una aeronave en vuelo, o en tierra, o la seguridad de los pasajeros, tripulación, personal de tierra y público en un aeropuerto o en el recinto de una instalación de aviación civil”.

³ Vasallo, Carlos María: *Aspectos Jurídicos sobre la Problemática de los Pasajeros Insubordinados o Perturbadores (Disruptivos)*, en La Ley Revista, Buenos Aires, 2009. <https://cedaeonline.com.ar/2017/07/18/aspectos-juridicos-sobre-la-problematika-de-los-pasajeros-insubordinados-o-perturbadores-disruptivos-2/>.

⁴ En aviación se distinguen dos acepciones de la palabra “seguridad”, una vinculada a la observancia de las reglas que permiten reducir y controlar los riesgos asociados a la operación de una aeronave o a las actividades de apoyo a dicha operación, y la otra consistente en la protección de la aviación civil contra actos de interferencia ilícita, es decir, contra actuaciones humanas maliciosas y deliberadas que ponen en riesgo una operación aérea. En idioma

Podríamos decir que, en la gran mayoría de los casos, estos hechos corresponden más bien a reacciones descontroladas o incompatibles con una sana convivencia o adecuación social frente a determinados estímulos que provocan su aparición y desarrollo. Estos estímulos suelen ser principalmente de orden psicológico, tales como miedo, rabia, inseguridad, angustia, impaciencia, etc. Debemos recordar que encontrándonos al interior de una aeronave en vuelo convergen dos elementos que escapan a la normalidad a la que estamos acostumbrados en nuestras actividades cotidianas: 1) el hecho de despegarse del suelo y desplazarse en un medio extraño, como es el espacio aéreo, en un aparato cuyo funcionamiento generalmente desconocemos y cuyo control y dirección está en manos de un tercero, fenómeno que no es connatural al ser humano y que, por ende, provoca temor y ansiedad, y 2) el hecho de que ello ocurra además en un ambiente confinado, reducido en tamaño, no siempre cómodo, sin posibilidad de escoger a nuestros acompañantes y sin posibilidad de salir de él durante el período de tiempo que dura la operación. La suma de estos factores resulta suficiente por sí misma para exigir a quienes viajan a bordo de una aeronave un esfuerzo especial de control de sus emociones e impulsos. Si ya la vida en sociedad nos impone un deber de respeto, disciplina, urbanidad y consideración por los demás, en un trance como el descrito esta exigencia resulta aún más intensa.

Pero los factores psicológicos no son el único estímulo capaz de alterar la normal conducta de los pasajeros. Suficiente experiencia hay ya acumulada como para identificar al consumo de alcohol como un fuerte detonante de actos indeseables al interior de aeronaves, de mucha más incidencia que el consumo de drogas o fármacos, pues su ingesta es promovida en los restaurantes de los aeropuertos e incluso durante el vuelo por las propias aerolíneas⁵.

castellano se ha identificado la primera acepción con la expresión “seguridad operacional”, en tanto que la segunda con los términos “seguridad de la aviación”. En inglés, se usan respectivamente las palabras “*safety*” y “*security*”.

⁵ En el artículo “*Angry People in the Sky. Air Rage and the Tokyo Convention*”, de Vernon Nase y Nicholas Humphrey, publicado en *Journal of Air Law and Commerce* (Southern Methodist University), Vol. 79 de 2014, se citan diversos casos de jurisprudencia norteamericana en los que pasajeros demandaron a aerolíneas por servir alcohol en exceso a pasajeros que terminaron causando actos de interrupción a bordo. Véase en <https://scholar.smu.edu/jalc/vol79/iss4/1>.

A juzgar por las estadísticas, un adecuado control del comportamiento no es difícil de obtener, ya que la gran mayoría de los pasajeros consigue observar una buena convivencia a bordo; pero lamentablemente, en las extraordinarias ocasiones en que el control se pierde y las emociones, los ímpetus o el alcohol ganan la batalla, ello resulta suficiente para producir una alteración sustancial en las condiciones de seguridad que son exigibles en un vuelo comercial. De ahí entonces, surge un tercer elemento condicionante, que podríamos denominar la hipersensibilidad del bien afectado, ya que la seguridad de vuelo descansa en un equilibrio virtuoso que puede desestabilizarse hasta por eventos de pequeña envergadura, o que al menos a primera vista lo parecen. En otras palabras, un hecho que en tierra resulta intrascendente o relativamente fácil de manejar, en vuelo puede llegar a ser gravemente conflictivo y peligroso hasta lo fatal.

Agreguemos a ello que en las operaciones aéreas y, especialmente, en aquellas de transporte realizado por aerolíneas que hacen oferta pública de sus servicios, existe un componente esencial para la consumación segura del vuelo, cual es la colaboración individual a una finalidad colectiva por parte de quienes van a bordo. Vale decir que cada sujeto contribuye con su actitud personal a un comportamiento colectivo del cual depende el buen orden a bordo. Al igual que en una sociedad, cada individuo hace su aporte al bien común desde su actuación personal, en una aeronave en vuelo cada pasajero suma su colaboración para que todos se beneficien de un viaje placentero y seguro, y un arribo a destino sin novedad. Es así que, por ejemplo, basta la negativa de una sola persona a tomar su asiento, a abrochar su cinturón, a dejar de usar un aparato electrónico, a abstenerse de fumar, etc., para que el vuelo demore su prosecución perjudicando a todos o, en los casos más extremos, causar un accidente fatal. En la actualidad, con la creciente y saludable incorporación de nuevos viajeros al transporte aéreo, el cual ha dejado de ser un medio exclusivo al que sólo accedían quienes gozaban de altos ingresos y mayor cultura o educación, especialmente por la fuerte irrupción desde la década de los '80 de los denominados *low cost carriers*, adquiere mayor relevancia la conciencia que cada pasajero debe tener de esta especial actitud al interior de una aeronave. En nuestra opinión, esta disposición del pasajero a colaborar con un objetivo general de seguridad mediante la observancia de

un buen comportamiento, configura un deber especial de diligencia, cuya inobservancia justifica la eventual aplicación de sanciones.

Otro elemento en el que podríamos hallar consenso es el siguiente. Aunque en muchos de los casos el comportamiento del pasajero insubordinado suele identificarse con algunas figuras delictuales comunes, mayormente las lesiones, las injurias y las amenazas, podríamos también dar por entendido que, desde un punto de vista estrictamente jurídico, no necesariamente los hechos de interrupción a bordo coincidirán con un delito tipificado penalmente. En otras palabras, su relevancia no está en la transgresión al ordenamiento penal general, puesto que no se trata simplemente de la comisión de un delito que, entre los muchos espacios donde podría haber tenido lugar, tiene como escenario el interior de una aeronave, sino de conductas que, pudiendo estar o no tipificadas como delitos, adquieren especial gravedad por el hecho de haber sido cometidas a bordo de una aeronave en vuelo. Ello es sin perjuicio de que algunas legislaciones nacionales puedan decidir tipificar como delito cualquier perturbación de la disciplina o del buen orden a bordo, lo que llevará a considerar el concurso ideal de delitos en caso de que la conducta coincida con la descrita en otro tipo penal.

Para concluir esta introducción del tema aclaremos que, si bien el presente trabajo se ha centrado en los pasajeros insubordinados, perturbadores o disruptivos, es perfectamente posible que puedan incurrir en similares conductas los miembros de la tripulación, circunstancia que, con todo, resulta de mucha menos frecuente ocurrencia aunque ya se han documentado algunos casos⁶ y, recientemente, durante el 37° Período de Sesiones del Comité Jurídico de la OACI, se ha aprobado agregar la consideración de este asunto en el estudio de la materia en cuestión⁷.

⁶Piera, Alejandro: *Informe del ponente del Subcomité Especial sobre la Elaboración de un instrumento para la modernización del Convenio de Tokio de 1963 sobre las infracciones y ciertos otros actos cometidos a bordo de las aeronaves*, presentado al Subcomité Jurídico de la OACI, el 7 de mayo de 2012, Montreal Canadá.

⁷ De ello da cuenta el Informe Final del 37° Comité Jurídico de la OACI celebrado entre el 4 y el 7 de septiembre de 2018 en Montreal, el cual recogió lo planteado en la Nota de Estudio LC/37-WP/2-9 presentada por la Asociación Latinoamericana de Derecho Aeronáutico y Espacial (ALADA) en el sentido de introducir a futuro la expresión “personas insubordinadas o disruptivas” en lugar de referirlo únicamente a pasajeros.

2. PRECISIONES CONCEPTUALES

Sobre la base de lo ya dicho, citaremos algunas definiciones, tanto genéricas como casuísticas, que resultan ilustrativas de lo que es el fenómeno en análisis.

Así, la OACI en varios de sus instrumentos ha delineado el concepto de “pasajero perturbador o insubordinado”. Por ejemplo, en el Manual sobre Aspectos Jurídicos de los Pasajeros Insubordinados y Disruptivos, esta Organización ha aclarado que el uso de los términos “*unruly passengers*”, “*disruptive passengers*” y “*unruly and disruptive passengers*” deben ser entendidos comúnmente como referidos a pasajeros que no respetan las normas de conducta a bordo de una aeronave o no siguen las instrucciones de los miembros de la tripulación y, de esa forma, crean una amenaza para la seguridad del vuelo y/o perturban el buen orden y la disciplina a bordo⁸.

En otros textos, la misma OACI ha establecido que se trata de “*Un pasajero que no respeta las normas de conducta en un aeropuerto o a bordo de una aeronave o que no respeta las instrucciones del personal de aeropuerto o de los miembros de la tripulación y, por consiguiente, perturba el orden y la disciplina en el aeropuerto o a bordo de la aeronave*”⁹. Esta definición aporta la novedad de ampliar el ámbito físico en el cual puede producirse la conducta indeseada, incluyendo, además del interior de una aeronave, a los aeropuertos.

La IATA, por su parte, define al pasajero insubordinado como aquel que no respeta las reglas de conducta a bordo de la aeronave o no sigue las instrucciones de los miembros de la tripulación, perturbando así el buen orden y la disciplina a bordo y comprometiendo la seguridad¹⁰.

En la doctrina, Carlos M. Vasallo ha ensayado la siguiente definición: “*El pasajero disruptivo es aquél que adopta o ha adoptado conductas alteradas, violentas o revoltosas que interfieren en las obligaciones y funciones de la tripulación, y perturba la*

⁸ Manual de la OACI sobre Aspectos Jurídicos sobre Pasajeros Disruptivos e Insubordinados.

⁹ Anexo 17 al Convenio de Aviación Civil Internacional, Manual de Seguridad de la Aviación (Doc 8973/9) y Circular 288 de la OACI.

¹⁰ *Guidance on Unruly Passenger Prevention and Management*, IATA, 2015.

*tranquilidad de los otros pasajeros, y que desde el punto de vista psicológico, pueden ser portadoras de una personalidad normal o anormal*¹¹.

Más allá de estos esfuerzos por capturar de modo genérico la idea que nos ocupa, creemos que resulta más ilustrativo para captar la real dimensión y gravedad de este fenómeno atender a la categorización de los tipos de actos que lo configuran. Así lo consigna la OACI al definir a los pasajeros “insubordinados”¹² como aquellos que cometen a bordo de una aeronave civil, desde el momento en que se cierra la puerta de la aeronave antes del despegue hasta el momento en que se vuelve a abrir después del aterrizaje, un acto de:

- Agresión, intimidación, amenaza o acto temerario intencional que pone en peligro el orden o la seguridad de los bienes o las personas;
- Agresión, intimidación, amenaza o interferencia en el desempeño de las funciones de un miembro de la tripulación o que disminuye la capacidad de éste para desempeñar dichas funciones;
- Acto temerario intencional o daño a una aeronave, su equipo o estructuras y equipo de atención que ponen en peligro el orden y la seguridad operacional de la aeronave o la seguridad de sus ocupantes;
- Comunicación de información que se sabe que es falsa, poniendo con ello en peligro la seguridad operacional de una aeronave en vuelo; y
- Desobediencia de órdenes o instrucciones legítimas impartidas con la finalidad de realizar operaciones seguras, ordenadas o eficientes.

Otro tanto ocurre con el Manual de Prevención y Manejo de Pasajeros Disruptivos de la IATA, el cual distingue, en ausencia de una regulación estatal diferente, las siguientes categorías:

Nivel 1: Conducta disruptiva verbal

¹¹ Vasallo, *Aspectos Jurídicos sobre la Problemática de los Pasajeros Insubordinados*.

¹² Curiosamente, el Manual de Seguridad de la Aviación define dos conceptos distintos (perturbador e insubordinado), pero a lo largo del texto les da un tratamiento conjunto y semejante.

Nivel 2: Conducta físicamente abusiva

Nivel 3: Conducta amenazante para la vida (o despliegue de armas)

Nivel 4: Irrupción o intento de irrumpir en el compartimento de la tripulación de vuelo.

Dependiendo del nivel en el que se enmarque la conducta respectiva, distinto será el tipo de reacción de la tripulación y las medidas que deban aplicarse. Igualmente, según la respuesta del pasajero ante las medidas aplicadas, el hecho puede quedar en la mera anécdota, generar un seguimiento y vigilancia durante el vuelo o extremar las decisiones hasta el punto de imponer medidas de fuerza o incluso interrumpir el vuelo.

Esta misma asociación ha elaborado también una lista no exhaustiva de ejemplos de comportamientos indisciplinados o disruptivos a bordo, en la que se identifican situaciones como las siguientes:

- Consumo ilegal de sustancias
- Negativa a acatar instrucciones de seguridad, ya sea dadas verbalmente por la tripulación o contenidas en otro material escrito o audiovisual
- Confrontación física o verbal con miembros de la tripulación u otros pasajeros
- Pasajeros no cooperadores, es decir, que interfieren con las tareas de la tripulación, se niegan a seguir instrucciones para embarcar o abandonar la aeronave, etc.
- Proferir amenazas de cualquier tipo, sea que vayan dirigidas a una persona específica o que causen confusión y caos, como declaraciones referentes a una amenaza de bomba o simplemente cualquier comportamiento amenazante que pueda afectar la seguridad de la tripulación, pasajeros o la aeronave
- Abuso o acoso sexual
- Otro tipo de comportamiento desordenado (como por ejemplo gritos, comportamiento molesto, patear y golpear los respaldos de los asientos o las bandejas, etc.).

Por nuestra parte, e intentando clasificar las conductas disruptivas bajo algún criterio estándar objetivo, nos atrevemos a proponer la siguiente tipología:

- a) Actos de resistencia a acatar las órdenes impartidas por la tripulación
- b) Problemas de relaciones personales con otros pasajeros
- c) Inconductas derivadas del consumo de alcohol o de otras sustancias. En nuestra opinión, el solo consumo no constituye al pasajero en insubordinado, pues ello dependerá de la reacción que el consumo le provoque. Con todo, si se trata de sustancias ilegales, se podría configurar una falta o delito distinto e independientemente de la insubordinación propiamente tal.

A la luz de las definiciones repasadas y de la experiencia cotidiana recogida por expertos y legos, nos parece que a estas alturas ya existe una noción más o menos precisa y acotada de lo que se entiende por este fenómeno y cuáles son los hechos que lo constituyen. Diariamente observamos en los medios de prensa algunos de los episodios más llamativos en los que pasajeros descontrolados obligan a adoptar medidas especiales para no afectar la seguridad de la operación respectiva.

Algunos casos han sido destacados por los medios de prensa y han generado controversia pública en torno a la justificación de las medidas adoptadas y a la necesidad del uso de la fuerza. Así, por ejemplo, en abril de 2017 el pasajero David Dao fue expulsado desde un avión de United Airlines que se aprontaba a despegar en el aeropuerto de Chicago, por negarse a ceder su asiento para que personal de la misma empresa pudiera ocuparlo. La negativa del pasajero provocó que la tripulación lo arrastrara por la fuerza causándole lesiones¹³. Igualmente, en el mes de agosto de 2018 el cantante mexicano Alejandro Fernández tuvo que ser forzado a descender de un avión a punto de despegar en Ciudad de México debido a que, encontrándose en aparente estado de embriaguez, se habría rehusado a abrocharse el cinturón de seguridad y apagar el teléfono celular. Asimismo, habría proferido amenazas a tripulantes y pasajeros y mostrado en su aparato móvil imágenes de un accidente aéreo ocurrido pocos días antes¹⁴. En Chile, una situación similar al primer ejemplo se vivió en el aeropuerto de Calama en agosto de 2015 cuando el pasajero Oscar Escandón

¹³https://en.wikipedia.org/wiki/United_Express_Flight_3411_incident

¹⁴<https://www.elmundo.es/loc/celebrities/2018/08/16/5b754b60468aeba5198b4613.html>

fue obligado por la fuerza a abandonar el vuelo de Sky Airlines que se aprontaba a despegar hacia Santiago, debido a que se negó a hacerlo voluntariamente¹⁵.

Numerosas situaciones similares se experimentan a diario en todo el mundo y con elementos parecidos: negativa a obedecer instrucciones, consumo de alcohol, estados nerviosos, escasa tolerancia, desconocimiento de las reglas aplicables durante un vuelo¹⁶.

3. ALCANCES JURÍDICOS DEL CONCEPTO

Precisando un poco más la configuración jurídica del tema, una primera distinción básica nos lleva a excluir del fenómeno a los actos deliberados de terrorismo y de interferencia ilícita, tales como colocación de bombas, uso de explosivos o armas, sabotaje, intentos de secuestro o apoderamiento de la aeronave y su uso en contra de personas o bienes en tierra, y cualquiera otra acción deliberada y maliciosa tendiente a afectar la seguridad de la aviación. El tratamiento de este tipo de hechos requiere el uso de herramientas diversas, a cargo de personal especializado y con sujeción a otros instrumentos internacionales¹⁷. Con acierto, el chileno Álvaro Lisboa Montt, distinguiendo a las conductas disruptivas de ese otro tipo de hechos, señala que *“No estamos, normalmente, ante peligrosos delincuentes sino ante personas destempladas, inmoderadas, con reacciones excesivas o desproporcionadas y*

¹⁵https://www.chvnoticias.cl/trending/pasajero-denuncia-que-lo-hicieron-bajar-violentamente-desde-avion-en-calama_20150814/

¹⁶<http://www.emol.com/noticias/Tendencias/2016/08/03/815554/10-incidentes-aereos-protagonizados-por-pasajeros-Ridiculos-pero-graves.html>

¹⁷ A este respecto pueden citarse el Convenio de Tokio de 1963 sobre Infracciones y Otros Actos cometidos a bordo de Aeronaves; el Convenio de La Haya de 1970 para la represión del Apoderamiento Ilícito de Aeronaves; el Convenio de Montreal de 1971 para la Represión de Actos Ilícitos contra la Seguridad de la Aviación; el Protocolo de Montreal de 1988 para la Represión de Actos Ilícitos de Violencia en los Aeropuertos; el Convenio de Montreal de 1991 sobre Marcación de Explosivos Plásticos para fines de su Detección, y el Convenio de Beijing de 2010 para la Represión de Actos Ilícitos relacionados con la Aviación Civil Internacional.

*carentes de templanza y racionalidad*¹⁸. Este rasgo característico de los sujetos activos de conductas disruptivas tiene, a nuestro juicio, relevante incidencia en la respuesta punitiva que el ordenamiento jurídico debe contemplar frente a estos hechos, como veremos en el Capítulo 7 de este trabajo.

Una segunda distinción entre los actos que pueden afectar la seguridad de una operación aérea nos lleva a reconocer su distinto grado de intensidad y trascendencia en función del bien superior a proteger, cual es la seguridad operacional. Es así que las inconductas menores o faltas de urbanidad podrán ser sobrellevadas por los demás pasajeros y por la tripulación con cierto grado de tolerancia y en buena medida con un adecuado manejo psicológico de la situación. En otros términos, no debe confundirse a un simple mal educado o descortés (ejemplos: ronquidos, falta de higiene, risas estentóreas, etc.) con alguien cuyo actuar puede constituir una amenaza. Con todo, si bien una conducta apartada de los buenos modales no ameritará procedimientos especiales por parte de la tripulación, ello sí puede constituir un detonante para el surgimiento de un conflicto entre pasajeros que lleve a escalar el grado de amenaza para el vuelo.

Y sin querer en absoluto minimizar su trascendencia, pensamos que también hay un matiz diferenciador con respecto a los incidentes verificados en tierra, ya sea antes del embarque o después de que éste ha cesado, puesto que, aun habiendo indisciplina o alteración del orden en tales casos, esas conductas más difícilmente serán la causa de algún accidente aéreo, como quiera que el hecho de encontrarse sus protagonistas en tierra y al interior de un aeropuerto distancia al potencial peligro de la operación aérea misma, facilita la intervención de los agentes del orden público en lugar de los tripulantes y posibilita la aplicación de medidas de control y represión sin riesgo para el vuelo, ya que éste aun no se ha iniciado o se encuentra ya concluido. Subsiste en estos casos, con todo, la disyuntiva en torno a la vía sancionatoria apropiada, que analizaremos más adelante.

¹⁸ Lisboa, Álvaro: *Modificación al Convenio sobre Infracciones y Ciertos Otros Actos Cometidos a bordo de las Aeronaves (Tokio 1963). Progresos e Inconvenientes*, ponencia presentada en las XLI Jornadas Iberoamericanas de Derechos Aeronáutico y del Espacio y de la Aviación Comercial, Madrid, 2014.

4. ENTORNO REGULATORIO INTERNACIONAL

Se reconoce al Convenio de Tokio de 1963, sobre Infracciones y otros Actos cometidos a bordo de Aeronaves¹⁹, como el instrumento jurídico más directamente relacionado con el fenómeno de los pasajeros insubordinados. De hecho, el episodio que históricamente es reconocido por los autores como el generador de la iniciativa para la redacción, discusión y aprobación de este tratado internacional fue precisamente un acto que hoy día calificaríamos como típicamente disruptivo a bordo de una aeronave, como lo fue el caso Córdova y Santano acaecido en un vuelo entre Puerto Rico y Nueva York en 1948²⁰. Como se ha documentado, se trató de una reyerta entre dos pasajeros que habían consumido suficiente alcohol y debieron ser controlados por la tripulación, la que también resultó envuelta en la trifulca. Arrestados al llegar a destino, ambos pasajeros fueron juzgados por un tribunal norteamericano, a falta de normativa específica aplicable al modo aéreo, bajo la ley aplicable al transporte marítimo en alta mar, lo que desembocó en su completa absolución por escapar el caso de los alcances de la ley pretendidamente aplicable y motivó la posterior enmienda a ésta para incluir en sus disposiciones al transporte aéreo.

El Convenio en mención señala en su artículo 1.1 b) que sus disposiciones se aplican a *“los actos que, sean o no infracciones, puedan poner o pongan en peligro la seguridad de la aeronave o de las personas o bienes de la misma, o que pongan en peligro el buen orden y la disciplina a bordo”*. Esta fórmula pareciera contener la idea que intuitivamente tenemos acerca del fenómeno en análisis, es decir, personas que observan un comportamiento que se aparta de lo que es exigible a bordo de una aeronave, ya sea porque viola alguna disposición, precepto o instrucción expresa, o porque altera el estado normal de las cosas en una operación aérea, dañando por lo general la convivencia, el respeto, las relaciones entre quienes se encuentran al interior de la aeronave pero, fundamentalmente, provocando con ello un peligro para la seguridad operacional.

¹⁹ Ratificado por Chile y promulgado como ley de la República mediante Decreto Supremo N° 711, de 1974, publicado en el Diario Oficial de 17 de diciembre de 1974.

²⁰ Aparicio Gallego, Javier: *Protección Penal de la Navegación Aérea Internacional*, en Seminario de Especialización en Derecho Aeronáutico. Instituto Iberoamericano de Derecho Aeronáutico y del Espacio y de la Aviación Comercial. Madrid, 2007. Dempsey, Paul Stephen: *Public International Air Law*, McGill University, Montreal, 2008, pág. 237.

No obstante, existe consenso en la comunidad internacional en cuanto a que el Convenio de Tokio, en su texto original, no soluciona los problemas derivados de conductas disruptivas o perturbadoras, ya que no tipifica comportamientos específicos, no establece sanciones y sólo desarrolla en detalle las facultades preventivas que el comandante y la tripulación pueden ejercer frente a situaciones que, a su juicio, afecten la seguridad del vuelo²¹²².

A tal grado llegó el consenso sobre las carencias de dicho tratado, que en 2014 y luego de discutirse el asunto durante varios años y emitirse diversas recomendaciones y sugerencias por parte de la OACI²³, esta organización convoca a una Conferencia Diplomática para concordar una enmienda al Convenio de Tokio mediante un protocolo complementario. Este instrumento pretende cubrir, entre otras brechas, los problemas de jurisdicción apreciados en la aplicación práctica del tratado en mención, asignando competencia para conocer de estos hechos, además del Estado de matrícula ya previsto en Tokio, al Estado de primer aterrizaje y al Estado del explotador de la aeronave²⁴ (que, en caso de haberse cedido el uso de ésta en virtud de un contrato como el arrendamiento, por ejemplo, será distinto del propietario). Pero también el Protocolo de Montreal de 2014 aspira a perfeccionar el texto del tratado que complementa, incluyendo una descripción más precisa de ciertos comportamientos que deberían considerarse como infracciones e instando a los Estados a emprender procedimientos penales o de otro tipo. Muy decidor en cuanto a las pretensiones de la Conferencia resulta el tercero de los Considerandos del Acta Final, al declarar que ella

²¹ En el artículo “La OACI y el Terrorismo Aeronáutico”, publicado en <https://cedaeonline.com.ar/2015/09/16/la-oaci-y-el-terrorismo-aeronautico/> (Buenos Aires, 2015), Ángela Marina Donato sostiene a propósito de este Convenio internacional que “*al no contener reglas precisas sobre la extradición, como asimismo la debilidad de los artículos 3 y 4 que no refuerzan la idea de ejercicio de jurisdicción por el estado de aterrizaje, colocan al convenio de Tokio en una situación frágil, siendo rescatable sin embargo, la iniciativa de haber abierto el camino de la regulación internacional para la prevención de los ilícitos aeronáuticos*”.

²² Piera, *Informe del ponente del Subcomité Especial sobre la Elaboración de un instrumento para la modernización del Convenio de Tokio*.

²³ Por ejemplo, la Resolución A33-4 aprobada en la 33ª Asamblea de la OACI llamó la atención sobre la necesidad de que los Estados Contratantes adopten en sus ordenamientos jurídicos nacionales este tipo de infracciones cometidas a bordo de aeronaves civiles por parte de pasajeros insubordinados, y propuso un modelo de legislación en su Apéndice.

²⁴ En conformidad al artículo 99 del Código Aeronáutico chileno, “explotador” es la persona que utiliza la aeronave por cuenta propia, con o sin fines de lucro, conservando su dirección técnica. Agrega esta norma que se presume explotador al propietario de la aeronave.

se encuentra: “CONSCIENTE de que el derecho internacional vigente y las legislaciones y reglamentos nacionales de muchos Estados pueden no ser totalmente adecuados para hacer frente con eficacia a las infracciones de menor gravedad y otros actos cometidos por pasajeros insubordinados o perturbadores a bordo de aeronaves civiles”.

Es así que este Protocolo de 2014 incorpora al Convenio de Tokio comportamientos que incluyen la agresión física o la amenaza de cometerla contra un miembro de la tripulación, así como la negativa a seguir instrucciones impartidas por o en nombre del comandante de la aeronave por razones de seguridad. El mismo texto alienta en su artículo X, que introduce un nuevo artículo 15 bis al Convenio de Tokio de 1963, a que cada Estado Parte tome las medidas que sean necesarias para iniciar “*procedimientos penales, administrativos o cualquier otro tipo de procedimiento judicial contra quienes incurran en dichos comportamientos*”²⁵. Adelantando parte de nuestras conclusiones, queda en esta última frase de manifiesto que no existe una inclinación única o preferente en los instrumentos internacionales de Derecho Aeronáutico para tipificar como delito los actos de interrupción a bordo.

Este Protocolo requiere de 22 ratificaciones o adhesiones para su entrada en vigor, registrándose a la fecha de este trabajo treinta firmas, cuatro ratificaciones y nueve adhesiones. Chile no está entre ellas²⁶.

Por otra parte, el Convenio de Chicago de 1944, considerado la Carta Magna de la aviación internacional, contempla un sistema normativo basado en anexos técnicos a su texto los que, sin alcanzar la categoría de tratado internacional, quedan a

²⁵ Sobre los alcances de este protocolo y la discusión de sus detalles en la Conferencia Diplomática celebrada al efecto, véase la ponencia de Álvaro Lisboa Montt “Modificación del Convenio sobre las Infracciones y ciertos otros actos cometidos a bordo de las aeronaves (Tokio 1963). Progresos e Inconvenientes”, presentada en las XLI Jornadas Iberoamericanas de Derecho Aeronáutico y del Espacio (Madrid, 2014) en www.instibaerospa.org/index.php?d=socios&area=publis&data=1090.

²⁶ Al 15 de junio de 2018, los Estados contratantes del Protocolo de Montreal de 2014 son: Bahrein, Congo, Costa de Marfil, Egipto, Gabón, Ghana, Guyana, Jordania, Malta, Mozambique, Portugal, República Dominicana y Uganda.

disposición de los Estados Parte para su incorporación al Derecho interno. En este ámbito no existe reglamentación acabada sobre el tratamiento de los pasajeros perturbadores. El Anexo 17, fuera de aportar una definición, contiene sólo una norma relativa al tema y acotada a una situación muy puntual. Se trata de su párrafo 4.7.1 que señala: *“cada Estado contratante definirá requisitos para los transportistas aéreos relativos al transporte de pasajeros posiblemente perturbadores que viajen bajo coacción, por haber sido sometidos a procedimientos judiciales o administrativos”*.

Mayor desarrollo de las medidas para prevenir y afrontar estos episodios aporta el Manual de Seguridad de la Aviación de la OACI (Doc 8973/9), elaborado por la Organización para servir como guía de orientación sobre la materia, pero sin llegar a abordar posibles sanciones o procedimientos de persecución.

Si bien el Convenio de Tokio y el Anexo 17 al Convenio de Chicago identifican en forma explícita como bien jurídico afectado por las conductas indeseables el orden y la disciplina en los ambientes protegidos, creemos que implícitamente subyace, en uno y otro, un valor superior que indirectamente constituye el verdadero bien jurídico a cautelar, cual es la seguridad de la aviación. Veremos más adelante que este elemento resulta de capital relevancia para una aplicación uniforme de sanciones a los infractores.

Otro aporte de la OACI al conocimiento, definición y manejo del tema en estudio es la Circular 288 emitida por dicha Organización y que se refiere a los Aspectos Jurídicos de los Pasajeros Insubordinados o Perturbadores. Este documento está destinado a orientar a los Estados en la elaboración de sus normativas internas sobre la materia y en él se comprende un modelo de legislación elaborado por un grupo ad-hoc de expertos, el que contiene una lista de actos que constituirían siempre una infracción por parte de los pasajeros. Estos actos se pueden diferenciar según el siguiente criterio:

- los que constituyen un desacato o agresión a la autoridad del comandante y su tripulación
- los que crean un peligro para la seguridad operacional, y

- otros actos dañinos para la aeronave o su seguridad (como fumar a bordo, dañar los detectores de humo o hacer funcionar aparatos prohibidos).

En una breve síntesis, la Circular recomienda atacar el problema desde tres campos de acción principales: a) elaboración de una lista de infracciones tipificadas para incluirlas en el derecho interno; b) extensión de la jurisdicción sobre esas infracciones, y c) mecanismos apropiados para tratarlas. Nos referiremos más adelante al primero y al tercero de dichos aspectos.

Por último, y si bien no constituye un referente normativo, pues se trata sólo de lineamientos aplicables al interior del gremio del transporte aéreo, es útil señalar que en el mundo de la industria, la Asociación Internacional de Transporte Aéreo (IATA), que agrupa a más del 80% de los operadores internacionales, además de llamar constantemente la atención sobre el rápido, preocupante y progresivo crecimiento de los incidentes de pasajeros en aeronaves, ha elaborado procedimientos para sus asociados y una lista de principios que hacen hincapié en la necesidad de que los Estados ratifiquen el Protocolo de Montreal de 2014, apliquen la Circular 288 de la OACI y establezcan su jurisdicción sobre actos ocurridos en aeronaves que aterricen en sus territorios²⁷.

Ninguno de los instrumentos mencionados, aplicables todos exclusivamente en operaciones aéreas internacionales, es decir, aquellas en las que origen y destino se encuentran situados en diferentes Estados, califica la naturaleza de las infracciones perpetradas por los pasajeros disruptivos, dejando entregado a los Estados su calificación como delitos, faltas o contravenciones, o su persecución por la vía penal, civil o administrativa. El mismo Protocolo de Montreal de 2014 contempla en su Artículo X una modificación al Convenio de Tokio de 1963 introduciendo a este último tratado un nuevo Artículo 15 *bis* en el cual *“se alienta a cada Estado contratante a tomar las medidas que sean necesarias para iniciar procedimientos penales, administrativos o cualquier otro tipo de procedimiento judicial contra toda persona que a bordo de una aeronave cometa una infracción u acto referido en el mismo instrumento, en particular:*

²⁷ IATA *Guidance on Unruly Passenger Prevention and Management* (2015). <https://www.iata.org/policy/Documents/2015-Guidance-on-Unruly-Passenger-Prevention-and-Management.pdf>

agresión física o amenaza de cometer tal agresión contra un miembro de la tripulación; o negativa a obedecer instrucciones legítimas impartidas por el comandante de la aeronave, o en nombre del comandante de la aeronave, con la finalidad de garantizar la seguridad de la aeronave o la de las personas o bienes a bordo de la misma”.

Más aún, durante el 37° período de sesiones del Comité Jurídico de la OACI, recientemente celebrado en Montreal en septiembre de 2018, el presidente del Grupo Especial creado por dicha Organización para analizar los aspectos jurídicos de los pasajeros insubordinados (*Unruly Passengers Task Force*), abordó específicamente el tema de las sanciones administrativas, destacando que algunos Estados, tales como Australia, Canadá, Nueva Zelanda, Portugal, Singapur y Estados Unidos, han formulado procedimientos menos onerosos o más ágiles, que se acompañan de sanciones más leves o rápidas para resolver con expedición los incidentes menores, lo que contribuye a enviar un mensaje disuasivo más contundente contra estos comportamientos.²⁸

5. EXPERIENCIAS NORMATIVAS EN LATINOAMÉRICA

Fuera del marco jurídico internacional disponible, muchas legislaciones domésticas de distintos Estados han abordado también la regulación de estas conductas, tipificándolas y sancionándolas de diversas maneras, ya sea como delitos penales o como faltas o contravenciones administrativas. En Chile, el Código Aeronáutico ha tipificado como delito una figura de amplias dimensiones y alcances que se ha entendido comprensiva de las conductas perturbadoras realizadas por pasajeros aéreos. Se trata del Artículo 194 *bis*²⁹, que en la segunda parte de su redacción comprendería los comportamientos en análisis, al penalizar la realización de actos que constituyan peligro actual o potencial para quienes van a bordo de una aeronave, aun cuando sean ejecutados sin violencia, intimidación ni amenaza. Volveremos sobre este

²⁸ Nota de Estudio LC/37-WP/2-3. 37° Período de Sesiones del Comité Jurídico de la OACI, Montreal 4 al 7 de septiembre de 2018. https://www.icao.int/Meetings/LC37/Documents/LC%2037_%20WP2-3%20SP%20Acts%20and%20Offences-.pdf

²⁹ Este delito no formaba parte del texto original del Código y fue agregado por la Ley N° 19.047, publicada en 1991.

tipo penal más adelante cuando abordemos los instrumentos punitivos apropiados para sancionar los hechos que nos ocupan.

A fin de presentar un breve panorama de lo que algunas legislaciones nacionales han establecido, mencionaremos que la 39° Reunión del Grupo de Expertos en Asuntos Políticos, Jurídicos y Económicos (GEPEJTA) de la Comisión Latinoamericana de Aviación Civil (CLAC), celebrada en San Salvador, El Salvador, en agosto de 2017, entregó los resultados de una encuesta circulada entre los Estados miembros acerca de la normativa de que algunos de ellos disponen sobre pasajeros insubordinados³⁰. Se recibieron respuestas de nueve países: Argentina, Bolivia, Chile, Colombia, Guatemala, El Salvador, Perú, Venezuela y República Dominicana.

A partir de lo reportado por ellos, se mostró que todos poseen algún tipo de regulación: seis de ellos en rango legal, cuatro en reglamentos técnicos-aeronáuticos, dos en reglamentos generales y dos en otra clase de precepto (según se desprende del número de respuestas, algunos Estados cuentan con instrumentos normativos de más de un tipo). Tres de los Estados consultados (Colombia, Perú y República Dominicana) han definido de modo general el comportamiento insubordinado y además han elaborado una lista tipificada de conductas específicas. Cuatro Estados han normado únicamente una definición general y dos optaron por aprobar un listado detallado sin una definición general. En cuanto a las sanciones aplicables, ellas van, en los distintos países, desde la privación de libertad y la prohibición de volar, hasta a las multas pecuniarias, destacando el caso de Argentina y Perú que consideran el registro de pasajeros perturbadores, en el primero de ellos a cargo de las aerolíneas y en el segundo en manos de la autoridad aeronáutica.

En lo que respecta al órgano sancionador, la mayoría de los nueve países que respondieron la encuesta contemplan preferentemente a los tribunales de justicia y tres de ellos asignan competencia a sus autoridades aeronáuticas. Llama la atención que en cuatro de los Estados se faculta a las propias aerolíneas para aplicar directamente sanciones. Por último, la encuesta arrojó que cuatro Estados manejan estadísticas de

³⁰ Véase Nota de Estudio NE/09 GEPEJTA 39, presentada por Colombia.
<http://clacsec.lima.icao.int/Reuniones/2017/GEPEJTA39/NE/NE09/GE39NE09.pdf>

casos ocurridos en los años 2015 y 2016, ascendiendo a 14 en Perú, 20 en Chile, 99 en República Dominicana y 269 en Colombia.

6. DISTINCIONES EN CUANTO A LA APLICACIÓN DE LA NORMATIVA

Desde un punto de vista jurídico es posible distinguir tres momentos o períodos en los que resulta relevante la consideración de la normativa aplicable y de las acciones concretas que pueden adoptarse frente al pasajero insubordinado. Estos momentos son: 1) antes de iniciarse el vuelo, 2) durante éste y 3) después de finalizado el vuelo. En su Artículo 1.3 el Convenio de Tokio de 1963 establece que, para los efectos de sus disposiciones, se considera que una aeronave está en vuelo desde que se aplica la fuerza motriz para despegar y hasta que termina el recorrido de aterrizaje, y en su Artículo 5.2 agrega que, para efectos del ejercicio de las facultades concedidas al comandante de la aeronave, se considera que la aeronave está en vuelo desde que se cierran las puertas externas después del embarque y hasta que se abra cualquiera de ellas para el desembarque.

Entonces, a la luz de los antecedentes disponibles, podemos con un importante grado de certeza considerar que aquello que ocurre durante el vuelo ya estaría suficientemente cubierto por el Convenio de Tokio en cuanto a las acciones y medidas prácticas de prevención y control que pueden adoptarse. En efecto, dicho tratado detalla las atribuciones del comandante para enfrentar estos casos y las medidas concretas que puede ordenar, incluso haciendo uso legítimo de la fuerza. De igual modo, dicho Convenio establece una garantía de inmunidad para la tripulación por los actos que ésta realice en ejecución de estas decisiones. Adicionalmente, el tratado en comento establece en su Artículo 3.1 que es competente para ejercer jurisdicción sobre los actos ocurridos entre el cierre y la apertura de puertas el Estado de matrícula de la aeronave, criterio que ha sido complementado por el Protocolo de

Montreal de 2014, modificatorio del Convenio de Tokio, agregando que también son competentes el Estado de aterrizaje³¹ y el Estado del explotador de la aeronave³²³³.

Si bien, como hemos mencionado previamente, a la fecha el Protocolo de Montreal de 2014 no ha entrado en vigencia, lo que queremos dar a entender es que los mayores esfuerzos de la comunidad internacional por brindar soluciones jurídicas ante los actos indebidos que acaezcan a bordo de una aeronave parecieran haber sido llevados a cabo. No obstante, otros problemas jurídicos podrán surgir en torno a la justificación de las medidas adoptadas por la tripulación y la ponderación de la suficiencia en el uso de la fuerza³⁴.

Aclarado el espacio de lo que puede ocurrir durante la operación de vuelo, inquietudes diversas pueden generarse respecto a los períodos anterior y posterior a dicha fase, sea antes de que los pasajeros aborden la aeronave o después de que desembarquen de ella.

En la fase previa al embarque, estando aun al interior del aeropuerto, pueden suscitarse también actos problemáticos o conflictivos por parte de pasajeros, los cuales suelen ser incluidos en la tipología de insubordinación desde que constituyen conductas que alteran la disciplina que debe observarse durante el ritual de abordaje, proceso inserto en un entorno teñido de seguridad y dirigido por agentes estatales dotados de autoridad. Con todo, nos parece que en esta etapa se cuenta con herramientas suficientes de control y represión que permiten evitar consecuencias mayores para la vida humana. El solo hecho de encontrarse en tierra firme y con acceso rápido a personal policial hace que disminuya notablemente la peligrosidad de una reyerta, desorden o desacato. Producido el hecho, además, la aerolínea

³¹El artículo 3.1 *bis* letra a) del Protocolo de Montreal de 2014 señala que el Estado de aterrizaje será competente cuando la aeronave a bordo de la cual se comete la infracción o el acto aterriza en su territorio con el presunto infractor todavía a bordo.

³²El artículo 3.1 bis letra b) del mismo Protocolo señala que el Estado del explotador será competente si la infracción o el acto es cometido a bordo de una aeronave arrendada sin tripulación a un arrendatario que tiene su oficina principal o su residencia permanente en dicho Estado.

³³ En conformidad a lo dispuesto por el artículo 99 del Código Aeronáutico chileno, “explotador” es la persona natural o jurídica que utiliza la aeronave por cuenta propia, con o sin fines de lucro, conservando su dirección técnica.

³⁴ Ejemplo de ello es el caso del pasajero David Dao, referido en la nota 13..

generalmente contará con facultades legales para rehusar o condicionar el transporte de aquellos pasajeros cuyo estado o condición constituya un peligro para la seguridad, higiene o buen orden a bordo, como lo establece, por ejemplo, el Artículo 132 inciso primero del Código Aeronáutico chileno. Este precepto señala lo siguiente:

“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 requirieren atención o cuidado especial durante el viaje”.

Más allá de lo jurídico, creemos que en esta fase el interés primordial deberecaer en las acciones de prevención que puedan desplegarse para anticipar y disuadir la ocurrencia de estas conductas y, en este sentido, pensamos que las energías debieran ponerse en medidas tales como el control del consumo de alcohol en los aeropuertos; la identificación de potenciales pasajeros insubordinados según su comportamiento en el proceso de embarque; la promoción mediante campañas públicas de los deberes del pasajero y las consecuencias de su mal comportamiento a bordo; la aplicación de incentivos o estímulos adecuados para generar un cambio conductual permanente y, en general, toda política que colabore a generar una buena predisposición en el pasajero, minimizando aquellos factores que contribuyen a crear tensión, nerviosismo, agresividad, angustia, ansiedad, miedo, rabia, etc. con ocasión del vuelo. Ejemplo de ello es lo que las propias aerolíneas y los explotadores de aeropuertos puedan hacer para familiarizar al público con los rigores del servicio ofrecido y para mejorar la experiencia de viaje³⁵.

En la fase posterior al cese del vuelo el principal problema será el de la detención, procesamiento y castigo de los infractores, con todas las consecuencias prácticas que implica la intervención de autoridades aeroportuarias y policiales, el ejercicio de jurisdicción y la aplicación de medidas cautelares, sin perjuicio de la eventual intervención de agentes diplomáticos y/o consulares. Será necesario que con la debida fluidez se cumpla una cadena de hechos que incluyen la entrega del infractor por parte

³⁵ Un ejemplo de ello es la iniciativa tomada por el concesionario del aeropuerto de Santiago y que puede verse en <https://www.nuevopudahuel.cl/yoga-at-the-airport?language=en>

de la tripulación a las autoridades policiales, acompañado de la denuncia formal y escrita por parte del comandante del vuelo; el sometimiento del pasajero a arresto u otra medida de control; su posterior paso al órgano encargado de procesar el hecho, sea en sede penal o administrativa, y finalmente el juzgamiento y sanción.

Asumiendo entonces que habrá una expedita coordinación entre agentes del Estado y personal de la aerolínea, y que el infractor quedará, en definitiva, sujeto a un procedimiento, lo deseable es que, luego de un proceso justo y rápido, se aplique un castigo adecuado, proporcional a la gravedad y consecuencias del hecho y suficientemente ejemplarizador, a objeto de dar eficacia a la normativa y evitar su reiteración. A partir de la experiencia en Chile, creemos que existen diversos aspectos que pueden ser objeto de análisis y cuestionamiento, como por ejemplo la efectividad del diseño normativo vigente; la pertinencia del procedimiento y tipo de sanciones previsto; la determinación del ente acusador, etc.

Desde ya anticipamos que, en desmedro del procesamiento y castigo por la vía penal, que es el que nuestra legislación contempla en la actualidad, otras dos direcciones se nos presentan con un mayor atractivo a la hora de encontrar caminos correctivos o sancionatorios: una es considerar la posibilidad de privilegiar sanciones no penales, es decir, administrativas, y principalmente las multas, lo cual, a nuestro juicio, podría quedar a cargo de la autoridad aeronáutica. Otro, puede ser la aplicación de medidas prohibitivas contra el pasajero infractor, como por ejemplo el impedimento de abordar un nuevo vuelo en la misma empresa. Abordaremos estos elementos de la problemática y su viabilidad en los párrafos siguientes.

7. ASPECTOS PUNITIVOS

El fenómeno de las conductas de insubordinación de pasajeros ofrece diversos aspectos de interés en torno a su tratamiento jurídico, varios de los cuales, según reseñamos antes, fueron abordados durante la Conferencia Diplomática de Montreal

en 2014 y quedaron recogidos en el respectivo Protocolo³⁶. Creemos también que ya se han elaborado importantes argumentos sobre la tipificación o descripción de los actos que deben entenderse perturbadores, como asimismo sobre los aspectos de jurisdicción³⁷, sin mencionar que las medidas de represión y control a bordo, así como sus consecuencias para la tripulación, ya están universalmente consensuadas desde Tokio 1963.

Sin embargo, nos parece que uno de los problemas jurídicos que aún puede generar debate en cuanto a las opciones normativas y de política sancionatoria es el del tratamiento que debe darse al acto de insubordinación una vez consumado y controlado, es decir, los procedimientos y sanciones a los que debe ser sometido el infractor, especialmente cuando el asunto recaiga en la esfera de acción de órganos o agentes externos al medio aeronáutico, teniendo presente la necesidad de dar eficacia a la normativa, castigando con justicia, previniendo la reincidencia y ejemplarizando hacia el cuerpo social.

Tanto la OACI como la IATA han llamado la atención sobre la necesidad de crear mejores mecanismos de ejecución de las normas (*enforcement*), pues no es extraño que los entes persecutores se abstengan de ejercer acciones contra el pasajero disruptivo debido a que los hechos no son apreciados como de interés público, o en razón del costo de llevar a término una causa criminal.

Parte de eso es lo que muestra la experiencia de Chile, donde como en muchos países el ejercicio de las acciones penales está en manos de un organismo independiente denominado Ministerio Público, cuyas prioridades suelen estar enfocadas en la relevancia social de los ilícitos, lo que, sumado a la carencia de una aproximación especializada con respecto a la actividad aeronáutica, hace difícil para sus Fiscales dimensionar el peligro que una conducta de insubordinación puede representar en comparación con delitos de sangre u otros de connotación pública. Recordemos que el

³⁶ Una completa descripción del contenido de este Protocolo puede verse en el artículo de Ángela Marina Donato citado como Nota 13 supra.

³⁷ Por ejemplo: Piera, Alejandro, *Mirada crítica al Convenio de Tokio de 1963 sobre las Infracciones y Ciertos Otros Actos Cometidos a Bordo de las Aeronaves ¿Debería la OACI intentar modificarlo?*, en Revista Latinoamericana de Derecho Aeronáutico, N° 17 – 20, 2014, IJ-LXX-754.

Ministerio Público cuenta con facultades discrecionales para desestimar casos, abstenerse de investigar, archivar provisionalmente causas por falta de antecedentes o aplicar el principio de oportunidad cuando no hay afectación grave del interés público³⁸. El resultado, como ya veremos, es una alta tasa de impunidad.

Pensamos que ello acontece porque tal vez el aspecto más complejo que ofrece este tema para quienes no son cercanos al transporte aéreo es la ponderación de los efectos que una conducta disruptiva puede causar en una operación aérea determinada. Hemos mencionado ya que la especial gravedad de esta clase de actos está dada por las consecuencias que ellos producen en la seguridad operacional. Tiende a mencionarse como elemento principal del concepto en cuestión la mantención de la disciplina y el buen orden a bordo, lo cual es correcto, pero no siempre se enfatiza que dicho objetivo se persigue porque su afectación impacta en la seguridad y, por ende, pone en riesgo a todos quienes van a bordo y a quienes están en tierra. En otras palabras, para nadie es difícil apreciar un desacato, un acto de rebeldía, un desorden o una inconducta, pero no todos podrán captar la dimensión y trascendencia de ese acto en función de la seguridad operacional, rasgo en el que se revela su gravedad.

La OACI ha definido el concepto de seguridad operacional como *“Un estado en que el riesgo de lesiones a las personas o daños a los bienes se reduce y se mantiene en un nivel aceptable, o por debajo del mismo, por medio de un proceso continuo de identificación de peligros y gestión de riesgos”*³⁹. Se trata de la reducción a un mínimo razonable de todo factor de riesgo o posibilidad de error que pueda conducir a un accidente, entendiendo que la seguridad de un vuelo se estructura sobre un equilibrio de múltiples factores concatenados e interdependientes.

Como ya hemos anticipado, en Chile se ha tipificado como delito aeronáutico una gama de conductas que pueden ser cometidas en contra de la seguridad de la aviación sin emplear violencia, amenaza ni intimidación (Artículo 194 *bis* del Código

³⁸Baytelman, Andrés: *Evaluación de la Reforma Procesal Penal Chilena*, Centro de Estudios de la Justicia de la Escuela de Derecho de la Universidad de Chile y el Centro de Investigaciones Jurídicas de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales, Santiago, 2006, pág. 50.

³⁹ Doc 9859. Manual de Gestión de la Seguridad Operacional OACI.

Aeronáutico). Estando ya sancionados penalmente la mayoría de los actos de violencia comunes y siendo la redacción del tipo penal aeronáutico tan amplia como se concibe en la norma citada, queda aparentemente excluida toda posibilidad de sanciones no penales a los actos de insubordinación. Ello significa que cualquier conducta disruptiva, en la medida que constituya un peligro real o potencial para las personas a bordo, sólo será posible de ser perseguida como delito.

Se excluye así la posibilidad de acudir a las potestades de punición infraccional que el mismo Código entrega a la autoridad aeronáutica en su Artículo 184, que señala:

“Corresponderá a la Dirección General de Aeronáutica Civil conocer y sancionar las infracciones de este código, de las leyes y reglamentos sobre aeronáutica y de las instrucciones que ella dicte en ejercicio de sus atribuciones(...), todo ello sin perjuicio de las facultades de los Tribunales de Justicia”.

Pero ¿es la vía penal la fórmula óptima para perseguir y sancionar de modo efectivo estas faltas y evitar su repetición o es la vía contencioso-administrativa la que podría ofrecer mayor efectividad en el castigo y la prevención? En este punto, y tal como lo reflejó la encuesta a que aludimos más arriba, en Latinoamérica se verifican ambas variantes, incluso con dualidad de procesos según el tipo de conducta. La naturaleza de una y otra aproximación es manifiestamente distinta, así como los efectos que uno y otro castigo puede producir desde el punto de vista de los fines que se persigan con su aplicación.

Para clarificar lo que puede parecer difuso cuando se trata de adoptar definiciones de política sancionatoria frente a un determinado tipo de hechos, puede resultar útil atender al criterio esbozado por Eduardo Cordero Quinzacara, quien distingue entre un Derecho Penal “nuclear” y un Derecho Penal “colateral”. El primero sería aquel en el que la única vía sancionatoria debe ser la penal o criminal, ya que existe un atentado directo a bienes jurídicos individuales, en tanto que el segundo sería aquel en el que se castigan conductas que representan un mero peligro abstracto de bienes supraindividuales, es decir, el tema de la lesividad cede su importancia frente a normas

o reglas que establecen estándares de funcionamiento en los sistemas sociales que deben ser respetados.

En el Derecho Penal colateral la conducta individual no tiene la capacidad de afectar esas grandes cifras, pero sí lo tendrá la acumulación de ellas. Esto es lo que ocurre en materia tributaria y aduanera, en donde una evasión no pone realmente en peligro la Hacienda Pública, sino que es el efecto sumativo de dicha conducta la que puede ser lesiva para este bien jurídico. En el Derecho Penal colateral la conducta individual no tendría la capacidad de afectar esas grandes cifras, pero sí la acumulación de ellas. Enfatiza además este autor que la estructura de estos ilícitos se caracteriza por su referencia a normas extrapenales, tales como las urbanísticas, ambientales, tributarias, aduaneras, etc. A partir de todo ello, identifica el Derecho Penal colateral con el Derecho Administrativo sancionatorio o infraccional, ya que tanto aquél como éste “se caracterizan por configurar conductas de peligro abstracto de bienes jurídicos supraindividuales”⁴⁰.

A la luz de este análisis, nos parece que los ilícitos aeronáuticos como los cometidos por pasajeros cuya conducta altera la disciplina y buen orden a bordo de la aeronave, afectando con ello la seguridad del vuelo, se encuadran perfectamente en esta segunda tendencia punitiva, como quiera que el atentado reprochable en ellos no apunta a bienes individuales, sino a un bien jurídico que mira a la sociedad en su conjunto. En tales condiciones, creemos evidentes motivos de eficacia debieran llevar a que las sanciones correspondientes a estos hechos se apliquen por la vía administrativa.

Veremos a continuación cómo se ha desarrollado este tópico y qué lecciones pueden extraerse a partir de la experiencia de Chile.

⁴⁰ Cordero Quinzacara, Eduardo: *El Derecho Administrativo Sancionador y su Relación con el Derecho Penal*, en Revista de Derecho (Valdivia). Vol. 25 N° 2. Valdivia, 2012, págs. 131 a 157. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502012000200006>

8. TIPIFICACIÓN DELICTUAL DE LA INSUBORDINACIÓN O DISRUPCIÓN EN EL CÓDIGO AERONÁUTICO CHILENO

Hemos dicho que el modelo punitivo seguido por Chile consiste en dar el carácter de delito penal a las conductas de insubordinación de pasajeros. Así al menos puede desprenderse de la actuación práctica de los actores involucrados, pues la generalidad de estos casos suelen ser denunciados ante el Ministerio Público por las autoridades administrativas o por las líneas aéreas. El Título XIII del Código Aeronáutico chileno establece los que denomina “Delitos contra la Seguridad de la Aviación”, elevando a la categoría de ilícitos penales diversas conductas especialmente graves en cuanto a los efectos nocivos que pueden producir para la vida o integridad de las personas. El Informe complementario N° 17 de la Comisión Conjunta de las Comisiones Legislativas de la Junta de Gobierno, fechado 06 de septiembre de 1989, respecto del proyecto de ley que “Aprueba el Código Aeronáutico” (Boletín N° 677-07) señala que fueron incorporadas en esta calidad solamente las figuras que se consideraron “*conductas importantes atentatorias contra la seguridad de vuelo de la aviación civil*”⁴¹. Si bien el delito del Artículo 194 bis no corresponde al texto original del Código, sino que fue incorporado un año después de su entrada en vigencia como producto de ciertas adecuaciones efectuadas a la Ley N° 18.314 sobre conductas terroristas⁴², aparece inspirado por la protección al mismo bien jurídico, esto es, la seguridad de vuelo.

Los delitos aeronáuticos contemplados en el Código chileno han sido además catalogados doctrinariamente como delitos “de peligro”, por entenderse consumados mediante la sola realización de la acción típica, sin necesidad de tener que causar una lesión efectiva, sino únicamente por su peligrosidad implícita. Más allá de eso, la figura del Artículo 194 *bis* describe la acción tipificada como actos que pongan “o *puedan poner*” en peligro la vida, la integridad o la salud de las personas a bordo, ratificando el

⁴¹ Morales Contardo, Patricio: *Los Atentados contra Aeronaves en el Derecho Chileno y el Delito del Artículo 194 bis del Código Aeronáutico*. Tesis de Magister en Derecho de la Universidad de Chile, Santiago, 2015.

⁴² La ley modificatoria del Código es la N° 19.047 de 1991. Originalmente, el artículo 1° N° 4 de la Ley Antiterrorista tipificaba como delito terrorista el realizar actos que pongan o puedan poner en peligro la vida, la integridad corporal o la salud de pasajeros o tripulantes.

carácter potencialmente peligroso de la conducta, independiente de sus resultados, circunstancia que entendemos debe ser acreditada en juicio.

Ahora bien, siguiendo en esta parte un interesante estudio efectuado desde la mirada penalista⁴³, podemos apreciar que la redacción del artículo que venimos comentando es por demás confusa e imprecisa, pudiendo llevar a extrañas interpretaciones y, peor aún, a la impunidad de los comportamientos disruptivos.

En efecto, el Artículo 194 *bis* del Código Aeronáutico presenta el siguiente texto:

“Los que sin emplear violencia, amenaza de violencia ni intimidación atentaren en contra de una aeronave en vuelo o en servicio o realizaren actos que pongan o puedan poner en peligro la vida, la integridad personal o la salud de sus pasajeros o tripulantes, serán sancionados con presidio menor en su grado medio a máximo”.

Como se aprecia, el precepto compendia dos figuras delictuales:

- Atentar en contra de una aeronave en vuelo o en servicio
- Realizar actos que pongan o puedan poner en peligro la vida, la integridad personal o la salud de pasajeros o tripulantes

Las dos se enmarcan en una misma frase de encabezamiento: *“Los que sin emplear violencia, amenaza de violencia ni intimidación”*, por lo que entendemos que esta condición es exigible a ambas figuras. Siendo así, deberemos entender también que esta norma excluye de su alcance a quienes empleen violencia, amenaza o intimidación. Luego, quedarían fuera del marco delictual una gran parte de las conductas perturbadoras, pues muchas de ellas suelen ir acompañadas de gritos, forcejeos, golpes, insultos, resistencia, amedrentamientos y admoniciones airadas e iracundas. Al no existir un tipo penal aeronáutico para los actos violentos, ellos sólo podrían quedar comprendidos en la Ley Antiterrorista (Ley N° 18.314), específicamente en su artículo 2° N° 2, que sanciona el hecho de *“Apoderarse o atentar en contra de*

⁴³ Morales Contardo, *Los Atentados contra Aeronaves en el Derecho Chileno*.

una nave, aeronave, ferrocarril, bus u otro medio de transporte público en servicio, o realizar actos que pongan en peligro la vida, la integridad corporal o la salud de sus pasajeros o tripulantes". Pero, el artículo 1° de este último texto legal exige que los hechos sean cometidos con una especial motivación, la de causar terror en la población, circunstancia que difícilmente estará en la mente del pasajero que llamamos insubordinado o disruptivo. Otra opción es aplicar simplemente el Código Penal en sus figuras de lesiones, amenazas, injurias u otra que se ajuste a los hechos, pero advertimos que ello no será muy efectivo, pues no siempre la conducta disruptiva acarrea esos resultados materiales.

En conclusión, todo indica que estamos en presencia de un tipo penal defectuosamente concebido y que, por lo mismo, no se adapta con facilidad al fenómeno que hemos venido describiendo en el presente trabajo, sin mencionar que su excesivamente vaga redacción tampoco resulta de gran utilidad si se quiere dar al sujeto activo alguna noción de lo que está prohibido o permitido a bordo de una aeronave.

La concepción de este delito en la forma que hemos descrito pugna abiertamente con lo decidido por la OACI en 39° Período de Sesiones de su Asamblea, en 2016, ocasión en la que se aprobó la Resolución A 39-11 que contiene la "Declaración consolidada de los criterios permanentes de la OACI en la esfera jurídica". En efecto, el Apéndice E de esta Resolución, denominado "Adopción de legislación interna sobre ciertas infracciones cometidas a bordo de aeronaves civiles (pasajeros insubordinados o perturbadores)", insta a los Estados a incorporar en su Derecho interno, en la medida de lo posible, la legislación modelo que el mismo texto considera, el cual propone la tipificación detallada de las conductas disruptivas punibles, separándolas en tres grandes grupos de actos que, a su vez engloban cada una a una diversidad de comportamientos específicos. El texto de la citada Resolución y su Apéndice E incluyen como anexo al presente trabajo.

Sumado a lo dicho, hay otras vallas que superar para que la penalización delictual de este tipo de actos sea efectiva. En primer término, es necesario tener presente que la

opción por la vía penal trae aparejada automáticamente la sujeción a un procedimiento determinado, cual es el del Código Procesal Penal, con todas las garantías que son propias de la persecución de delitos. Entre ellas, por ejemplo, se encuentra la presunción de inocencia, que como veremos más adelante, pone una barrera a la aplicación directa por parte de las aerolíneas de medidas como las llamadas “listas negras” o de observación de pasajeros.

Asimismo, el proceso penal impone la necesidad de un análisis estricto de tipicidad, acorde al texto del precepto legal. Como hemos indicado, el tenor literal del Artículo 194 *bis*, en su segunda figura delictual, no es particularmente feliz en cuanto a rigor de tipicidad, especialmente teniendo en mente el artículo 19 N° 3 de la Constitución Política de la República de Chile, el cual establece en su inciso final que *“Ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté expresamente descrita en ella”*. La lectura del precepto en análisis indica que pareciera describir más bien un efecto que la conducta capaz de causarlo.

Como tercera exigencia derivada del marco criminal en el que hasta ahora se entendió encuadrado el comportamiento disruptivo a bordo de aeronaves, tenemos que la condena requiere también un alto estándar probatorio, que exige la acreditación más allá de toda duda razonable y, en general, un riguroso marco de garantías que revela un especial cuidado frente al riesgo de sancionar erróneamente, todo lo cual proviene de la posibilidad cierta de privación de libertad del acusado, que es consustancial al Derecho Penal. En este sentido, por ejemplo, no bastará un simple reporte del personal de seguridad del aeropuerto, sino que será indispensable la declaración de los testigos presenciales y, fundamentalmente, del comandante y demás tripulación de vuelo o auxiliar⁴⁴; esto último para tener por acreditado el elemento determinante de esta figura delictual: que se puso o pudo ponerse en peligro la seguridad del vuelo y, con ello, la

⁴⁴ El artículo 58 del Código Aeronáutico chileno divide al personal de vuelo en “tripulación de vuelo” y “tripulación auxiliar”, siendo la primera la encargada de la operación, mando y funcionamiento de la aeronave o sus partes, y la segunda aquella encargada del cuidado y seguridad de las personas o cosas transportadas.

vida, la integridad personal o la salud de quienes se encontraban a bordo⁴⁵. La experiencia ha mostrado, sin embargo, que no resulta fácil obtener esta declaración, ya que habitualmente las tripulaciones deben continuar sus labores en sucesivos tramos del vuelo o en otras operaciones, lo que les impide disponer del tiempo para comparecer y las hace reacias a facilitar estas diligencias.

En general, dada la naturaleza y fines del Derecho Penal, la posibilidad de obtener una condena por la persecución de un hecho tipificado como delito, demandará un importante esfuerzo en la producción de prueba, la cual además deberá ser de calidad tal que produzca un elevado nivel de convicción en el juzgador, preocupado siempre de no incurrir en falsos positivos de condena.

9. EFICACIA DE LA SANCIÓN PENAL

Abundando un poco más en la finalidad de la pena, sabemos que tradicionalmente la doctrina del Derecho Penal ha reconocido ciertos objetivos en su aplicación: la retribución, es decir, el castigo por el mal causado; la prevención general, esto es, el efecto ejemplarizador de la pena hacia la sociedad, y la prevención especial, o sea, la acción directa sobre el infractor para evitar su reincidencia. Hoy en día se agregan a ellos otros propósitos, como la resocialización o reinserción laboral del delincuente⁴⁶.

En cuanto al primer efecto esperado, la pena de prisión no parece ser adecuada a todos los casos de insubordinación, como quiera que las consecuencias concretas de cada acto no siempre revestirán la misma gravedad; por de pronto, algunos causarán un daño efectivo y otros sólo podrían llegar a producirlos. Acerca de la prevención general, creemos que mayor efectividad es capaz de aportar una campaña de difusión y conciencia sobre los deberes del pasajero, o incluso una advertencia formal al

⁴⁵ La Circular 288 de la OACI, "*Texto de Orientación sobre los Aspectos Jurídicos de los Pasajeros Insubordinados o Perturbadores.*", considera que no debiera tener que probarse que el acto del presunto infractor es de naturaleza tal que pone en peligro la seguridad operacional (párrafo 2.3.3).

⁴⁶ Cury Urzúa, Enrique: *Derecho Penal. Parte General*, séptima edición, Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago, 2005, pág. 64.

momento de abordar, que un castigo de presidio aplicado aislada y esporádicamente. Por último, en lo tocante a la prevención especial, se debe atender primordialmente a la persona del autor y sus características más que al delito mismo, de manera que retribución y prevención se superpongan (como sostiene Von Liszt, “*sólo la pena necesaria es justa*”⁴⁷).

Cuando, como en la mayoría de los casos, el pasajero insubordinado no actúa con habitualidad ni se caracteriza por mostrar en su vida cotidiana una tendencia a violentar el orden jurídico, aparece claramente que no es necesariamente la severidad de la privación de libertad lo que impedirá la reincidencia.

Nos parece válido, entonces, cuestionar la pertinencia de elevar a la calidad de delito todas las conductas disruptivas, por más importante que sea el bien jurídico protegido o el peligro que puedan ocasionar. En efecto, no debe perderse de vista que se trata de infractores ocasionales; que no hacen de su conducta reprochable una forma de vida; que no actúan premeditadamente; que no persiguen una ganancia o beneficio material; que no responden a una organización criminal y que muy extraordinariamente reincidirán. A la vista de todos estos factores resulta altamente improbable que la pena prevista para el delito en comento –presidio menor en su grado medio a máximo (desde 541 días hasta cinco años de privación de libertad) – llegue a ser aplicada de modo efectivo, asumiendo que durante el proceso se haya probado efectivamente y conforme al estándar penal la comisión del hecho enmarcado en el tipo y sus consecuencias reales o potenciales. Si, por el contrario, llegare a aplicarse efectivamente la privación de libertad, el encierro por más de un año en una cárcel no parece ser la retaliación adecuada para quien cometió un acto de disruptión, teniendo presente que muchas veces “*la prisión es una forma costosa de convertir a las malas personas en personas peores*”⁴⁸.

Ahora bien, en la práctica, por tratarse en casi la totalidad de los casos de infractores sin antecedentes criminales previos, los Fiscales del Ministerio Público suelen requerir

⁴⁷Bullemore, Vivian y McKinnon, John: *Fin y Función del Derecho Penal y de la Pena. Las Teorías de la Pena*, en Anales de la Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago, 2004, pág. 13.

⁴⁸ Garland, David: *Castigo, control social y nueva modernidad*, en Revista Derecho Penal Contemporáneo N° 11, Legis, Bogotá, 2005, pág. 53.

ante el juez, con el necesario acuerdo del imputado, la medida de suspensión condicional del procedimiento prevista en el artículo 237 del Código Procesal Penal, sujeta normalmente a la condición de no viajar en la misma aerolínea por un período de uno a tres años, más el pago de una indemnización a la empresa afectada. Transcurrido el plazo de suspensión, se extingue la acción penal. El efecto de estas decisiones se asemeja al de las llamadas “listas negras”, de observación o de prohibición, que abordaremos más adelante.

Sin perjuicio de ello, la mejor muestra de lo inefectivo que ha sido la penalización criminal de las conductas disruptivas en Chile es el hecho de que en los más de veinticinco años que lleva en vigor el Artículo 194 *bis* del Código Aeronáutico se registra sólo una condena⁴⁹.

Por ello no es de extrañar que la propia IATA, apreciando este fenómeno a nivel mundial, haya concluido que el costo de procesar casos criminales lleva a los fiscales a abstenerse de tomar medidas en contra de los pasajeros problemáticos porque no se considera que ello sea de interés público. A partir de ese hecho, dicha asociación ha promovido en el seno del Grupo de Trabajo creado por la OACI para revisar la Circular 288 (“Material de orientación sobre los aspectos legales de los pasajeros perturbadores”) la inclusión de directrices para el uso de sanciones administrativas, como por ejemplo, multas monetarias, además de los enjuiciamientos criminales.⁵⁰

⁴⁹ Se trata de la causa Rol N° 5.712-06 de la Excma. Corte Suprema.

⁵⁰ “Often, even when there are no jurisdictional issues, prosecutors do not take action against disruptive passengers because it is not seen as being in the public interest due to the cost of bringing criminal cases. IATA used its participation in an ICAO Task Force on the revision of ICAO Circular 288 (“Guidance Material on the Legal Aspects of Unruly/ Disruptive Passengers”) to advocate for the inclusion of more guidance for states on the use of administrative and other types of sanctions (for example, monetary fines) in addition to criminal prosecutions”. IATA Fact Sheet on Unruly Passengers

https://www.iata.org/pressroom/facts_figures/fact_sheets/Documents/fact-sheet-unrulypassengers.pdf

10. CONSIDERACIÓN DE LA VÍA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

Muchos órganos del Estado están dotados legalmente de potestad sancionadora, esto es, “*el poder jurídico con que cuenta la Administración del Estado, de carácter permanente, expresamente atribuido por la ley, en virtud del cual se le habilita para perseguir al sujeto imputado de aquellas conductas activas u omisivas, que se estima son constitutivas de infracción administrativa, e imponerle una retribución negativa o sanción por las mismas*”⁵¹. Creemos que en la actualidad existen razones para no despreciar las ventajas de preferir que los actos de insubordinación de pasajeros, o al menos algunos de ellos, sean conocidos y sancionados conforme a esta potestad en lugar de hacerlo en sede criminal. Ello produciría, en nuestra opinión, una mayor efectividad en la aplicación de la ley, mayor rapidez en los procedimientos, mayor facilidad en la demostración de los hechos y mayor economía en los procesos. Analizaremos separadamente algunos argumentos que, en nuestra opinión, así lo demuestran.

10.1 Sanción penal y principio de necesidad

Comencemos por recordar que la doctrina penal es uniforme en reconocer el denominado principio de mínima intervención, cuyo efecto es reducir la criminalización de conductas a lo estrictamente indispensable en términos de utilidad social, de acuerdo a la gravedad de los hechos, teniendo presente que el Derecho Penal es considerado *ultima ratio* en materia de política social y cuya aplicación sólo es legítima en tanto otros medios de intervención o de control conductual no sean efectivos⁵². Cabe preguntarse, entonces, si la criminalización del tipo de actos que nos ocupan es el remedio apropiado para combatirlos, teniendo presente el perfil de quienes incurren

⁵¹ Bermúdez Soto, Jorge: *Derecho Administrativo General*, Tercera Edición, 2014 Thomson Reuters La Ley, Santiago, 2014, pág. 326.

⁵² Según indica Raúl Carnevali Rodríguez, este principio apunta a que “el Derecho penal debe ser el último instrumento al que la sociedad recurre para proteger determinados bienes jurídicos, siempre y cuando no haya otras formas de control menos lesivas “formales e informales”. Si se logra la misma eficacia disuasiva a través de otros medios menos gravosos, la sociedad debe inhibirse de recurrir a su instrumento más intenso”. Carnevali Rodríguez, Raúl: *Derecho Penal Como Ultima Ratio. Hacia una Política Criminal Racional*, en *Ius et Praxis*, 14(1), 13-48. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122008000100002>

en ellos, como detallamos en la sección anterior, y que el factor retributivo debiera ceder en estos casos ante los de prevención general y especial.

Eduardo Cordero Quinzacara desarrolla esta idea a partir de las exigencias que el rol de servicialidad y consagración del bien común le imponen actualmente al Estado, llegando a lo que se ha denominado la moderna sociedad del riesgo. Todo ello *“demanda una intervención decidida del Estado mediante una acción oportuna y eficaz, la que muchas veces no se encuentra en la naturaleza, dinámica y ritualidad propia de los procesos judiciales y que exige, por lo tanto, asumir tal función por medio de sus órganos administrativos, dejando para una segunda fase el control jurisdiccional”*.⁵³ La persecución judicial criminal sería, así, subsidiaria de otras vías de persecución, como por ejemplo la administrativa.

Es efectivo que las potenciales consecuencias de un acto de interrupción a bordo de una aeronave pueden ser catastróficas, pero ello no necesariamente significa que la manera más efectiva de prevenirlas sea el encarcelamiento de los autores, teniendo presente además que el poder punitivo del Estado tiene diversas maneras de expresarse. Así, el mismo Derecho Penal ofrece alternativas como los acuerdos reparatorios o la suspensión condicional del procedimiento.

10.2 Especialidad del juzgador

Tal como sostiene Cristián Román Cordero⁵⁴, el Estado tiene el deber jurídico de actuar a efectos de evitar que los riesgos derivados de actividades complejas y cuyo desarrollo corresponde a particulares deriven en daños a terceros, deber que concreta, por una parte, normando esos sectores y, por otro, sancionando la infracción de tal normativa, lo cual, precisamente por la marcada especialización de esos ámbitos de actividad, no podrían satisfactoriamente realizar los tribunales ordinarios de justicia.

⁵³ Cordero Quinzacara, *El Derecho Administrativo Sancionador*.

⁵⁴ Román Cordero, Cristián: *El Castigo en el Derecho Administrativo*, en Revista Derecho y Humanidades, N° 16, Vol. 1, Santiago, 2010, Pág. 159.

Siguiendo esa línea de pensamiento, pensamos que la vía contencioso-administrativa eliminaría con mayor probabilidad de certeza esa distancia que se verifica entre el persecutor penal y la apreciación técnica de la gravedad de los hechos en función de la seguridad del vuelo. En efecto, hemos ya anticipado que la Dirección General de Aeronáutica Civil (DGAC) cuenta con atribuciones para conocer y sancionar las infracciones a leyes, reglamentos e instrucciones aeronáuticas, para lo cual cuenta con un procedimiento especial dotado de los elementos propios de un debido proceso y, lo que es más importante, con la experticia técnica que le permite ponderar con certeza cualquier afectación a la seguridad de vuelo y el grado en que ello pueda producirse. En efecto, en el artículo 3° letra r) de la Ley N° 16.752, Orgánica del mencionado Servicio, establece que corresponde a éste: *“Investigar las infracciones a las leyes, reglamentos y demás disposiciones relacionadas con la navegación aérea cuya aplicación y control le corresponda...”*. A su turno, los literales j) y z) del mismo artículo en mención le confieren atribuciones para fiscalizar la seguridad de vuelo y el cumplimiento de la normativa legal y reglamentaria relativa a la aeronavegación, por lo que claramente estaremos en presencia de preceptos cuya aplicación y control le corresponde.

Sin perjuicio de lo anterior, las potestades de la DGAC para sancionar administrativamente las infracciones a la normativa aeronáutica arrancan también del artículo 184 del Código Aeronáutico⁵⁵, ya citado más arriba, y en el Reglamento del Procedimiento Infraccional Aeronáutico (DAR 51), aprobado por Decreto Supremo N° 148 de 2004 (Ministerio de Defensa Nacional), que establece las reglas para su tramitación. Ambos textos contienen las reglas por las que se rige este procedimiento sancionatorio, quedando las bases fundamentales en el nivel legal y su complemento de mayor detalle en el reglamento, conforme lo permite la Constitución en su artículo 63 N° 18⁵⁶. Así entonces, quedan establecidas reglas de procedimiento como las siguientes:

⁵⁵*“El principio de legalidad en materia administrativa sancionadora está referido, principalmente, a la legalidad en la vertiente de atribución de la potestad”*. Bermúdez, *Derecho Administrativo General*, pág. 338.

⁵⁶Quezada Rodríguez, Flavio: *El Procedimiento Administrativo Sancionador en la Ley N° 19.880*, en “Sanciones Administrativas”, coord. Jaime Arancibia Mattar y Pablo Alarcón Jaña, Thomson Reuters Legal Publishing, Santiago, 2014.

- El inicio del procedimiento de oficio o por denuncia (artículo 3.1 del Reglamento)
- El derecho del presunto infractor a ser escuchado (artículo 186 del Código y artículo 3.5 del Reglamento)
- El término probatorio y el derecho a presentar medios de prueba (artículo 187 del Código y artículo 3.11 del Reglamento)
- La obligación de formular cargos cuando hubiere mérito para ello y el derecho a presentar descargos (artículos 3.8 y 3.9 del Reglamento)
- Las causales de sobreseimiento (artículo 3.10 del Reglamento)
- Los recursos de reposición y jerárquico (artículo 188 del Código y artículo 3.14 del Reglamento).

Están presentes en este procedimiento los principios esenciales que resultan exigibles a la actividad sancionadora del Estado, según enumera Luis Cordero Vega: legalidad, por cuanto infracción, sanción y procedimiento se encuentran establecidos por norma legal; tipicidad, desde que existen obligaciones y prohibiciones expresas para los pasajeros en la normativa técnica, además de la obligación reconocida en el Código Aeronáutico de acatar las órdenes del comandante⁵⁷; culpabilidad, pues la sanción será impuesta como consecuencia de un reproche subjetivo al infractor y no por su responsabilidad objetiva⁵⁸.

Siguiendo igualmente la caracterización elaborada por Cristian Román Cordero⁵⁹, es posible reconocer entre los aspectos enumerados de este procedimiento infraccional la presencia de los elementos distintivos que garantizan un debido procedimiento. Es así que puede identificarse un procedimiento idóneo (el establecido en el D.S. N° 148 de 2004) seguido ante un órgano administrativo determinado (la DGAC); el respeto a la reserva de ley al menos en cuanto a los aspectos sustantivos del procedimiento (artículos 185 y siguientes del Código Aeronáutico); la satisfacción de las exigencias

⁵⁷ El artículo 65 del Código Aeronáutico establece que el comandante de la aeronave tiene potestad disciplinaria sobre la tripulación y autoridad sobre los pasajeros.

⁵⁸ Cordero Vega, Luis: *Lecciones de Derecho Administrativo*, Thomson Reuters La Ley, Santiago, 2015, págs. 500-505.

⁵⁹ Román Cordero, Cristian: *El Debido Procedimiento Administrativo Sancionador*, en Revista de Derecho Público, Vol. 71, Santiago, 2014, págs. 183-214.

que impone un justo y racional procedimiento, lo que incluye garantizar el derecho a la defensa jurídica y el derecho a la presunción de inocencia; el derecho de acceso a la justicia; el derecho a ser informado de la acusación, a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, el derecho a alegar e impugnar la prueba, etc.

Especial detenimiento merece la fase de impugnación en el procedimiento infraccional aeronáutico, pues si bien contempla expresamente el derecho del sancionado a recurrir de lo resuelto por el Director General de Aeronáutica Civil, dentro del plazo de quince días, ante el Comandante en Jefe de la Fuerza Aérea de Chile (FACH), que para este caso sería considerado el superior jerárquico del susodicho, llama la atención que el artículo 188 del Código Aeronáutico permita este recurso jerárquico únicamente en contra de las resoluciones que apliquen multas superiores a 20 Ingresos Mínimos Mensuales o que cancelen un permiso o licencia, teniendo presente que el artículo 185 letra b) del mismo Código admite multas desde 5 Ingresos Mínimos Mensuales. Ello contrasta visiblemente con lo prevenido por el artículo 15 de la Ley N° 19.880, sobre Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los actos de los órganos de la Administración del Estado, que, al consagrar el principio de impugnabilidad, establece que todo acto administrativo es impugnabile por el interesado mediante los recursos administrativos de reposición y jerárquico, regulados en esta última ley. El artículo 59 de ella señala que el recurso jerárquico procede, bien en subsidio del de reposición o bien sin necesidad de éste, dentro de los cinco días siguientes a la respectiva notificación.

Sin que sea este el objeto del presente trabajo, citaremos como referencia para el análisis de este punto la sentencia del Tribunal Constitucional dictada en autos Rol N° 2009-11, cuya conclusión es que una limitación de esta naturaleza atenta contra una de las bases generales de la administración del Estado a que alude el artículo 38 inciso primero de la Constitución Política de la República, cual es el principio de impugnabilidad, conforme al cual se puede recurrir en contra de todo abuso o exceso cometido por los órganos del Estado, tal como lo consagra el artículo 2° de la Ley N° 18.545, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado.

Pasando a otro orden de consideraciones, es usual que tratándose de procedimientos administrativos sancionadores se cuestione uno de los elementos consustanciales al debido proceso, cual es la imparcialidad del tribunal, toda vez que la tramitación de muchos de ellos está radicada en la misma entidad estatal cuyas atribuciones fiscalizadoras permiten detectar la falta y denunciar el presunto ilícito. De hecho, el principio de imparcialidad aparece expresamente establecido en el artículo 11 de la Ley N° 19.880 sobre Bases de los Procedimientos Administrativos. Adicionalmente, la doctrina ha reconocido que la Administración del Estado no es imparcial en el ejercicio de sus funciones, pues debe ser parcial al interés público y al bien común⁶⁰.

La sentencia dictada por el Tribunal Constitucional en los autos Rol N° 4.012-17, al pronunciarse sobre la constitucionalidad del proyecto de ley de reforma a la Ley N° 19.496, sobre Protección de los Derechos de los Consumidores, es útil para abordar este punto. Dicha sentencia concluyó en su Considerando 34° que las medidas que comprenden la facultad de juzgar por parte del Servicio Nacional del Consumidor (SERNAC) *“sólo pueden ser adoptadas por un tribunal independiente e imparcial, características que éste no reúne”*, y en su Considerando 37° remata diciendo que *“La función jurisdiccional corresponde que sea ejercida únicamente por aquellos órganos que revisten características de independencia e imparcialidad, como lo son los tribunales de justicia, y no por un órgano perteneciente a la Administración del Estado, como lo es el Servicio Nacional del Consumidor”*. Asimismo estimó, entre otros vicios de constitucionalidad, que se vulneraba el principio de separación de funciones entre Poder Judicial y Administración del Estado.

Visto lo anterior, podría pensarse que todo órgano de la Administración del Estado que tenga potestades sancionatorias, como lo es la DGAC con respecto a las infracciones a las leyes y reglamentos sobre seguridad de la aviación, sería susceptible de similar cuestionamiento de constitucionalidad. Sin embargo, el mismo fallo del Tribunal Constitucional contiene una importante distinción que permite dejar a salvo las atribuciones contravencionales del citado organismo técnico. En efecto, el

⁶⁰ Quezada Rodríguez, *El Procedimiento Administrativo Sancionador en la Ley N° 19.880*, pág. 13.

Considerando 39° aclara que esta decisión no se extiende necesariamente a otros casos de organismos administrativos con potestades sancionadoras, pues lo reprochado en su análisis es que *“el mismo servicio estatal llamado a proteger a una de las partes lucrativamente interesadas, los consumidores, sea instituido como árbitro supremo, para luego dirimir los contenciosos e impugnaciones que enderecen contra sus proveedores”*. Ciertamente tal no es el caso de la DGAC, pues su mandato legal no es la protección de actores específicos del negocio aeronáutico, sino la custodia de un bien jurídico especialmente caro a la actividad, cual es la seguridad de las operaciones aéreas.

Por nuestra parte, no apreciamos amenaza a la imparcialidad por el hecho de que un acto de interrupción a bordo de una aeronave sea conocido y resuelto por la DGAC, ya que los episodios de este tipo no serán normalmente fiscalizados ni detectados y, por lo mismo, tampoco denunciados, por inspectores de la autoridad aeronáutica, sino por agentes de la aerolínea afectada, como quiera que no está contemplada la presencia regular de inspectores de la DGACu otros agentes del Estado en vuelos comerciales⁶¹. Por otra parte, la ley concreta la garantía de imparcialidad en la persona del funcionario a cargo de sustanciar el procedimiento, más que en el servicio público del cual éste depende, y lo hace a través del deber de abstención consagrado en el artículo 12 de la Ley N° 19.880.

10.3 Aspectos probatorios

En tercer lugar y desde el punto de vista probatorio, la reconstrucción de los hechos para dar por acreditada la infracción ofrecerá menos dificultad en sede administrativa que en sede penal. El artículo 35 de la Ley N° 19.880, aplicable supletoriamente al procedimiento infraccional aeronáutico, establece que *“Los hechos relevantes para la decisión de un procedimiento, podrán acreditarse por cualquier medio de prueba*

⁶¹ Por decreto Supremo N° 180 de 11 de junio de 2018, del Ministerio de RR.EE., se promulgó el Acuerdo entre Chile y los EE.UU. para la asignación de oficiales de seguridad a bordo. No obstante, se trata sólo de agentes de la autoridad norteamericana y su intervención queda restringida a enfrentar actos de interferencia ilícita en aeronaves de aerolíneas de ese país que realicen operaciones desde y hacia Chile.

admisible en derecho, apreciándose en conciencia”. A la luz de ello, se ha sostenido que “el nivel de persuasión exigido en el procedimiento administrativo es mucho menos intenso que el exigido para el ámbito penal. Piénsese, por ejemplo, en la acreditación de los hechos de la infracción mediante el acta de fiscalización emitida por funcionarios públicos muchas veces dependientes del decisor, actas a las que la ley le asigna un valor de presunción legal de veracidad”⁶².

En el caso de las infracciones aeronáuticas existen inspectores estatales, funcionarios dependientes de la DGAC, que cumplen funciones de prevención de actos de interferencia ilícita en los aeropuertos y que, aun cuando no desempeñan sus labores a bordo de las aeronaves sino en los terminales aeroportuarios, suelen ser los primeros en concurrir al avión una vez que éste aterriza luego de experimentar algún episodio de insubordinación de pasajeros en vuelo. Con todo, la percepción directa e inmediata de los hechos que configuren el acto ilícito corresponderá en todos los casos a los miembros de la tripulación.

Aunque no puede descartarse que la punición administrativa cree el riesgo de incurrir en mayores falsos positivos en comparación con el estándar penal, pensamos que, a cambio, se gana en la efectividad e inmediatez de la pena y se aumenta la intensidad de la ejecución de la norma (*enforcement*). Por ello estimamos que la sanción no debe ser de carácter penal ni centrarse en la privación de libertad, ya que ello obliga a elevar el estándar probatorio para no cometer el error de sancionar a un inocente privándolo de un derecho fundamental como es la libertad. La preferencia por una sanción administrativa en lugar de una penal no se opone a lo recomendado por la Circular 288 de la OACI, ya que ésta deja a la elección de los estados la herramienta de castigo y la vía procesal que estimen apropiada⁶³.

Si atribuimos a la seguridad de la aviación y, por medio de ella a la vida humana, un valor supremo que es altamente digno de ser protegido, respetado y mantenido sin alteraciones, entonces debemos reconocer que se requerirá un alto estándar

⁶² Letelier Wartemberg, Raúl: *Garantías Penales y Sanciones Administrativas*, en Revista Política Criminal. Vol. 12, Nº 24, Santiago, 2017.
http://www.politicacriminal.cl/Vol_12/n_24/Vol12N24A1.pdf

⁶³ Circular 288 de la OACI “*Texto de Orientación sobre los Aspectos Jurídicos de los Pasajeros Insubordinados o Perturbadores.*”. Párrafo 4.2.2.

probatorio para derrotar a ese valor y hacerlo sucumbir ante cualquier otro bien jurídico. En otras palabras, tratándose de un bien de entidad suprema, como es la seguridad del vuelo y de los ocupantes de la aeronave, la sociedad reconoce como aceptable la existencia de una mayor probabilidad de falsos positivos en la sanción.

Sin perjuicio de ello, es evidente que deben existir mecanismos de control para evitar la arbitrariedad: control judicial o contencioso-administrativo posterior por parte de un órgano diverso e independiente (en lo ideal, perteneciente a otro poder del Estado), con facultades de suspensión de los efectos del acto sancionatorio. Como ya hemos dicho, el procedimiento infraccional aeronáutico amerita en esta parte un reestudio de los medios de impugnación para igualarlo a la generalidad de los procedimientos administrativos.

10.4 Tipicidad

En un cuarto orden de consideraciones, la competencia contravencional de la autoridad técnica aeronáutica presupone la transgresión a deberes establecidos en leyes, pero también a reglamentos e incluso a instrucciones, con lo cual el espectro normativo se expande hacia disposiciones de menor nivel jerárquico y de más dinámica dictación y reforma. La doctrina ha concordado en este aspecto que en la vertiente sancionadora administrativa el principio de reserva de ley se flexibiliza en comparación con el *ius puniendi* penal, por lo que la necesidad de que las conductas castigadas estén tipificadas en la ley es menos estricta y se admite, en consecuencia, la “*colaboración reglamentaria*”, particularmente en materias técnicas⁶⁴. Se ha sostenido que el alcance de los principios derivados de la punición criminal debe ser en el Derecho Administrativo Sancionador más flexible que en el Derecho Penal debido a que en dicha sede en caso alguno se podrá afectar la libertad personal del perseguido⁶⁵.

En la actualidad, por ejemplo, el Reglamento de Operaciones Aéreas DAR 06, aprobado por D.S. N° 52 de 2002 (Ministerio de Defensa Nacional), establece en su

⁶⁴ Bermúdez Soto, *Derecho Administrativo General*, pág. 339.

⁶⁵ Román Cordero, Cristian: “*El Castigo en el Derecho Administrativo*”. Revista Derecho y Humanidades, N° 16 vol. 1, 2010, Pág. 163.

párrafo 2.7 que *“Ninguna persona actuará, a propósito o por negligencia, de manera que pueda poner en peligro a un avión, sus pasajeros o cualquier persona o propiedad”*; el párrafo 2.10 del mismo reglamento prohíbe expresamente fumar a bordo; el párrafo 2.11.2 exige a los pasajeros atender a las instrucciones de la tripulación durante despegue y aterrizaje, y el párrafo 2.12.2 obliga a quienes vayan a bordo a ajustar sus cinturones cuando el piloto así lo ordene.

La posibilidad de tipificar conductas reprochables de los pasajeros en un reglamento no debiera pugnar con el principio de tipicidad en tanto éste admita ser concebido con un alcance prioritariamente material, más queligado a la formalidad del rango normativo, y siempre que la ley establezca, al menos genéricamente, la reprochabilidad del acto y la sanción.

En la medida que los deberes específicos del pasajero relacionados con la seguridad operacional se encuentren, como será lo lógico, establecidos mediante reglamentación técnica aeronáutica, resulta igual de evidente que la sanción por su no acatamiento debiera ser la administrativa. Y esta lógica a que aludimos proviene del hecho de que la mantención del orden y disciplina a bordo, con el fin de evitar un impacto actual o potencial en la seguridad operacional, forma parte del interés general y representa una necesidad social, más allá de la mera relación contractual entre transportador y pasajero.

10.5 Sanción y sujeto pasivo

Creemos, a partir de lo reseñado, que no resulta descabellado pensar que la infracción a estas o a otras normas que en el futuro se dicten pueda ser objeto de un proceso sancionatorio incoado por la DGAC merced a sus facultades legales. Si así ocurriere, el catálogo de sanciones que contempla para estos casos el artículo 185 del Código Aeronáutico chileno permitiría aplicar al pasajero insubordinado la sanción de multa pecuniaria, no contemplada en el ordenamiento penal aplicable hoy en día y que, fuera de no acarrear el estigma ético-social de la pena criminal, ofrece mayor inmediatez en su aplicación.

El citado Código admite la imposición de multas de entre cinco y quinientos Ingresos Mínimos Mensuales, lo cual equivale a un rango de aproximadamente US\$ 2.000.- a US\$ 200.000.- Además, el escalonamiento progresivo de la multa permite diferenciar la sanción entre quienes incurren por primera vez en el ilícito y quienes reinciden en él, como asimismo graduarla según las consecuencias o resultados dañosos que el hecho llegare a producir.

En relación con la posibilidad de hacer aplicable a los pasajeros el procedimiento infraccional aeronáutico que la ley radica en la DGAC, cabe mencionar que, hasta la fecha, dicha institución sólo ha utilizado este mecanismo sancionatorio en contra de tripulantes, aerolíneas, operadores aéreos, centros de mantenimiento y, en general, entidades sujetas a las autorizaciones o permisos que ella misma concede y que, por lo tanto, están sometidas a su fiscalización en conformidad a la ley. Efectivamente, el inciso segundo del artículo 187 del Código Aeronáutico, al establecer que *“Todas las notificaciones se efectuarán por carta certificada dirigida al domicilio que el afectado hubiere registrado en la Dirección General de Aeronáutica Civil”*, lleva a primera vista a pensar que únicamente ese tipo de personas quedan bajo la potestad punitiva de la DGAC y que los pasajeros no son en sentido estricto sujetos pasivos de sus regulaciones ni proveedores de un servicio sometido a reglas fijadas por la Administración. No obstante, creemos que ello no es así y que nada impide someter a un pasajero aéreo a dicho procedimiento, teniendo presente que el valor de la seguridad de vuelo como bien jurídico digno de protección no es un objetivo perseguido únicamente por la autoridad. Como afirma Luis Cordero, *“más que intereses particulares, están en juego reglas bajo las cuales se busca gestionar intereses de trasfondo colectivo y, en definitiva, velar por el bien común”*⁶⁶.

Andrés Bordialí y Juan Carlos Ferrada, por su parte, reconocen que en determinados sectores económicos o ámbitos de regulación jurídica tutelados por órganos de la Administración del Estado, éstos aparecen facultados también para resolver o componer los conflictos que en relación a tales materias se produzcan entre los

⁶⁶ Cordero Vega, *Lecciones de Derecho Administrativo*, pág. 505.

ciudadanos y los actores económicos⁶⁷. No obstante, si bien el transporte aéreo está regulado por un contrato, nos parece que la eventual intervención sancionadora de la DGAC respondería, más que a la resolución de una controversia entre privados, a la ejecución de normas que prohíben a los pasajeros comportarse de manera que pongan en riesgo la seguridad aeronáutica. No ejercería entonces, por la vía sancionatoria, la regulación de una actividad económica, sino más bien un rol de policía administrativa.

En la concesión de facultades sancionadoras por vía administrativa a la DGAC creemos reconocer un interés en alivianar a los tribunales ordinarios de la revisión de cuestiones que, además de estar revestidas de elementos técnicos, resultan muchas veces de alcancenaturalmente reglamentario, léase incumplimiento de procedimientos o protocolos de seguridad que, si bien pueden derivar en graves tragedias, deben quedar en el dominio de la función correctiva o disciplinadora que la autoridad administrativa y técnica ejerce para reafirmar la vigencia de las normas por ella dictadas.

Volviendo a la cuestión de la procedencia de aplicar el procedimiento infraccional aeronáutico a pasajeros, puede mencionarse, a mayor abundamiento, que la sola circunstancia de existir en la normativa técnica aeronáutica aprobada por la DGAC numerosas disposiciones dirigidas a ellos es prueba de tal posibilidad, ya que inútil sería imponerles obligaciones cuyo cumplimiento no puede ser juzgado y sancionado, especialmente teniendo presente que, como se ha dicho, la competencia para ello está legalmente asignada al mencionado servicio público en el artículo 184 del aludido Código. Súmese a ello el hecho de que el D.S. N° 148 de 2004, que aprobó el respectivo reglamento que fija el procedimiento aplicable, establece en su párrafo 2.3 que *“Las notificaciones que deban practicarse conforme al procedimiento infraccional se efectuarán por carta certificada (...). Las notificaciones efectuadas a los titulares de licencias aeronáuticas serán hechas de conformidad a lo dispuesto en el inciso anterior, al domicilio que registren en su hoja de vida o a otro que pudiere ser*

⁶⁷ Bordalí Salamanca, Andrés, y Ferrada Bórquez, Juan Carlos: *Las Facultades Juzgadoras de la Administración: Una Involución en Relación al Principio Clásico de la División de Poderes*. Revista de Derecho. Universidad Austral de Chile, v.13, diciembre 2002, pág.187-205.

determinado por algún medio acreditable. Las notificaciones podrán también hacerse de modo personal por medio de un empleado o funcionario de la Dirección General de Aeronáutica Civil, el cual deberá dejar copia íntegra del acto o resolución que se notifica en el domicilio del interesado". De esta manera, pensamos, el reglamento complementó de modo más general lo que el Código abordó con una perspectiva más especial para ciertos sujetos pasivos de las eventuales sanciones.

Desde luego que la opción que hemos venido sugiriendo, esto es, sujetar los actos disruptivos cometidos por pasajeros a bordo de aeronaves a la potestad sancionatoria de la autoridad técnica aeronáutica, no resultará simple de llevar a la práctica y requerirá de algunos esfuerzos adicionales, particularmente en lo que se refiere a la localización y notificación del infractor, como asimismo para ejecutar el cobro de la multa. Ante ello, cabría atender a otros medios alternativos que pueden ser útiles para hacer efectiva la sanción, ya sea por ejemplo mediante la retención de la multa desde la devolución de impuestos; la inclusión del infractor en un registro *ad hoc* otras vías de apercibimiento, como la inhabilidad para acceder a ciertos beneficios, prestaciones o permisos públicos⁶⁸. Igualmente, no es difícil concebir formas de acceder a la identidad y domicilio de los presuntos infractores para efectos de su citación y denuncia, incluyendo la información en poder de las aerolíneas y la que sea factible de obtener mediante convenios entre organismos del Estado.

10.6 Culpabilidad

Por último, y sin querer profundizar en las complejidades de la ciencia penal, estimamos útil atender al factor culpabilidad. En el ámbito administrativo este elemento posee un carácter especial, ya que no cumple la función de poner límites al rol punitivo del Estado, sino que la sanción es admisible por la mera inobservancia de una orden administrativa, bastando acreditar la infracción o mera inobservancia de la norma para

⁶⁸ Sobre este particular, puede tenerse como referencia la Ley N° 21.083, publicada en el Diario Oficial el 5 de abril de 2018, que modifica a la Ley N° 18.290 (Ley de Tránsito) adoptando medidas de seguridad y control del pago en el transporte público de pasajeros, tales como la sanción a la evasión en este medio de transporte.

dar por establecida la culpa. Es esta la noción de “culpa infraccional” a que alude Luis Cordero Vega⁶⁹.

En otras palabras y como señala Jorge Bermúdez, “*más que determinar si la infracción se comete con dolo o culpa, es necesario determinar si existe responsabilidad en el hecho que vulnera el ordenamiento jurídico y si existen circunstancias de fuerza mayor o caso fortuito que permitan eximir de responsabilidad*”.⁷⁰

En virtud de esto, en materia administrativa no podrá invocarse el llamado error de prohibición, como por ejemplo si el infractor no conocía o no entendía los deberes que violó. En materia penal, por el contrario, el conocimiento del injusto es un elemento integrante del dolo que se radica en la culpabilidad. Por esto el dolo desaparece cuando, por un error de prohibición, no hay consciencia de la ilicitud⁷¹.

En los casos de infracciones administrativas lo que al Estado le importa no es la culpabilidad, sino el mero incumplimiento. En el ámbito penal, en cambio, y especialmente tratándose de delitos de peligro, el autor debe al menos representarse las consecuencias del riesgo que está creando (noción de la “culpa consciente” o “culpa con representación”)⁷².

Como asegura el destacado tratadista español Alejandro Nieto, “*El elemento subjetivo de la culpabilidad pierde la esencialidad característica del delito porque a efectos de la prevención de peligros abstractos lo que al Estado importa no es la culpabilidad sino el mero incumplimiento*”⁷³.

⁶⁹ Cordero Vega, *Lecciones de Derecho Administrativo*, pág. 504.

⁷⁰ Bermúdez, *Derecho Administrativo General*, pág. 343.

⁷¹ Cury Urzúa, *Derecho Penal. Parte General*, pág. 441.

⁷² *Ibidem*, pág. 336.

⁷³ Nieto, Alejandro, *Derecho Administrativo Sancionador*, cuarta edición. Tecnos, Madrid, 2005. Pág. 377.

11. LISTAS DE INFRACTORES Y PROHIBICIÓN DE EMBARQUE

Sabido es que algunas aerolíneas han puesto en práctica las llamadas listas de observación o “*watch list*”, también conocidas como listas negras de pasajeros disruptivos⁷⁴, consistentes en registros creados y mantenidos por estos mismos operadores aéreos en los que se incluyen los nombres de aquellas personas que, a juicio de la empresa, han incurrido en actos de insubordinación, y cuyo efecto es identificar a ese pasajero al momento de su embarque en un nuevo vuelo de la misma compañía a objeto de impedirle el abordaje, es decir, declararlo “inembarcable”.

La propia OACI alienta la utilización de estemecanismo en los siguientes términos: *“Además, los explotadores de aeronaves deberían mantener y consultar una lista de pasajeros insubordinados a fin de que puedan adoptarse medidas preventivas si algún pasajero incluido en la lista decide viajar por avión en el futuro. Los explotadores de aeronaves deberían notificar al pasajero que su nombre se incluye en la lista e indicar si se aplica una prohibición de viajar”*⁷⁵.

El argentino Guillermo Ford Ferrer aclara el efecto de esta herramienta indicando que *“Las denominadas “watch list”, en su faz operativa impiden la aceptación del pasajero al embarque, al bloquear la emisión del boarding pass, tanto en la modalidad de despacho en los counters de los aeropuertos como en la web check-in”*⁷⁶.

Según expone Carlos M. Vasallo, se trata en realidad de dos listas o dos grados de control, diferenciados según la tipología y causa de su comportamiento: una de “observación” y otra de “inhabilitación al embarque”, pasándose de la primera a la segunda categoría al incurrirse en reiteración de conductas perturbadoras. Señalatambién este autor que la declaratoria en mención se efectúa luego de cumplirse ciertos pasos internos en la jerarquía de la aerolínea y previo análisis de sus expertos en seguridad, con lo cual se obtendría la fundamentación suficiente que evitaría cualquier cuestionamiento por discriminación. En adición a ello, sostiene el

⁷⁴No confundir con la “*No fly list*” elaborada por Estados Unidos a partir de los sucesos del 11 de septiembre de 2001 y que se basan en la amenaza de terrorismo.

⁷⁵ Manual de Seguridad de la Aviación (Doc 8973/9) párrafo 16.1.7.2

⁷⁶ Ford Ferrer, Guillermo: *La Seguridad frente a los Derechos del Pasajero Aeronáutico*, en Revista Latino Americana de Derecho Aeronáutico N° 38, 2017.

mismo jurista, la omisión de considerar estas listas podría acarrearle a la aerolínea responsabilidad por los daños que el pasajero reincidente ocasione en futuros vuelos⁷⁷.

Algunas de estas consideraciones han encontrado asidero en la jurisprudencia argentina, como por ejemplo en la sentencia dictada en autos “Rodríguez, Gabriel Darío c/ Aerolíneas Argentinas S.A. s/ daños y perjuicios”, dictada por la Sala II Federal Civil y Comercial con fecha 27/10/2006⁷⁸, fallo que aborda el caso del primer pasajero incluido en la lista de observación de dicha línea aérea. En el año 2002 este pasajero había agredido a personal de la compañía al negársele el embarque por presentarse tarde al vuelo, cuando la aeronave ya había cerrado sus puertas y se encontraba en fase de presurización. El mismo año, al intentar viajar nuevamente con la citada empresa, se le negó el abordaje por estar incluido en la lista en cuestión.

El tribunal argentino respalda la primera decisión de la empresa señalando que: *“...aparece entonces como razonable y justificada la decisión de la línea aérea, tanto al negar el embarque del pasajero... como al incluirlo en la nómina de personas indeseables,... en razón de la inadmisibile e irracional conducta desplegada... y que responde a un único objetivo que no es otro que el de resguardar la seguridad de los pasajeros y tripulación mediante una prudente acción preventiva.”* Y agrega que *“En tales condiciones, la decisión de inclusión en la aludida nómina -que en definitiva comporta el ejercicio del derecho de reserva o de no contratar- no sólo no aparece abusiva (desde la perspectiva suministrada por el art. 1071 del Código Civil) sino que tampoco puede interpretarse como discriminatoria en tanto aparece como lógica consecuencia de un antecedente concreto...”*.

En cambio, con respecto a la denegación de embarque aplicada en un segundo vuelo, tiempo después del primer incidente, el juzgador concluye que *“la negativa a cumplir el tramo de retorno aparece como reprochable y abusiva, pues en las circunstancias apuntadas, la negativa al embarque carecía de justificación razonable”*.

⁷⁷ Vasallo, *Aspectos Jurídicos sobre la Problemática de los Pasajeros Insubordinados*.

⁷⁸ Publicado en “La Ley” 19/02/2007, 8 - LA LEY2007-B, 8. Véase en <http://problemascontuvuelo.blogspot.com/2009/09/rodriguez-contra-aerolineas-pasajero.html>

Pensamos que en este caso la Corte argentina confundió el legítimo y legal derecho del operador aéreo a negarse a transportar a aquel pasajero que represente un potencial peligro para la seguridad del vuelo, reconocido por demás en nuestro ámbito como se verá más adelante, con un inexistente derecho a utilizar preventivamente esos antecedentes para vuelos futuros y sin existir una amenaza concreta similar, más aun cuando la misma aerolínea había accedido a contratar nuevamente con el mismo pasajero.

En esta línea argumental, concordamos en que el empleo de listas o registros de pasajeros infractores puede resultar de utilidad como herramienta de prevención y control de los actos indeseables de pasajeros a bordo de aeronaves, pero discrepamos categóricamente de la tendencia esbozada por la OACI y de la opinión expresada por Vasallo, pues creemos que constituye una equivocación atribuir el derecho a crear y mantener tales listas o registros a las aerolíneas. Por el contrario, nos parece que la consideración de listas de prohibición de embarque en forma unilateral, a cargo de una de las partes involucradas en el conflicto, sin respaldo de ley ni de previa sentencia judicial constituiría, al menos en Chile, una medida discriminatoria e ilegal, además de atentar contra el debido proceso.

A modo de respaldo de esta conclusión podemos citar lo preceptuado por la Ley N° 19.496, sobre Protección de los Derechos de los Consumidores, que en su artículo 3° letra c) establece que todo consumidor tiene derecho a no ser discriminado arbitrariamente por parte de proveedores de bienes y servicios, en tanto que en su artículo 13 previene que *“Los proveedores no podrán negar injustificadamente la venta de bienes o la prestación de servicios comprendidos en sus respectivos giros en las condiciones ofrecidas”*. La sola incorporación del nombre de una persona en un registro o base de datos sin su conocimiento ni aceptación, a cargo de un proveedor de servicios de transporte aéreo, fundada en la estimación de ese mismo proveedor de que su comportamiento ha sido disruptivo en un vuelo anterior, resulta, a nuestro juicio, arbitraria e injustificada si tal decisión se apoya únicamente en la apreciación del propio operador aéreo, sin que medie un pronunciamiento judicial o una decisión de autoridad con base en la ley y luego de un proceso con garantías mínimas. Ello, porque una medida de tal entidad implicaría emitir un juicio de culpabilidad por una de las partes

involucradas, sin un proceso previo legalmente tramitado y sin vinculación de causalidad entre la medida y los hechos que la motivan.

Entendemos la fuerza preventiva que el rechazo a embarcar ofrece en estos casos y suponemos que probablemente el recurso a esta medida quedaría reservado a precedentes en extremo graves y con cuidadosos análisis por especialistas de la empresa, pero no por eso es posible escapar del rigor de las normas mencionadas. Convengamos, no obstante, que lo dicho no obsta al derecho del transportador para denegar el embarque al pasajero que exhiba antes de abordar una actitud que haga presumir un eventual peligro para el resto de los ocupantes de la aeronave o la seguridad del vuelo en general, pues así lo faculta el artículo 67 letra e) del Código Aeronáutico⁷⁹. Insistimos en que el cuestionamiento se presenta en el caso de quien, habiendo adquirido válidamente un billete de pasaje y observando una conducta normal al momento del *check in*, es impedido de recibir la tarjeta de embarque por el hecho de figurar en una lista negra de la aerolínea por situaciones ocurridas en el pasado y que aquélla califica de disruptivos. Así descrita, la medida se parece mucho a una sanción sin proceso previo.

Algunos pronunciamientos judiciales pueden ilustrar con mayor precisión estas consideraciones.

Revisemos en primer lugar la sentencia emitida por la Corte Constitucional de Colombia en la causa por acción de tutela contra Avianca N° 987/2012⁸⁰, motivada por la decisión de la compañía aérea de incluir los datos personales del actor en la denominada “Lista de viajeros no conformes”, con el fin de excluirlo de la prestación del servicio de transporte por el término de un año. La resolución judicial en este caso estimó vulnerados por la aerolínea los derechos al debido proceso, al servicio público de transporte y al resguardo de *habeas data*.

Los hechos refieren que un pasajero, usuario frecuente de Avianca, tuvo un altercado con empleados de ésta derivado de la pérdida de una conexión aérea doméstica, lo

⁷⁹ Artículo 67. Son obligaciones del comandante: e) Impedir el embarque de personas que puedan constituir un peligro para la seguridad del vuelo, de los pasajeros o de la carga.

⁸⁰ Véase en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/autos/2014/a139-14.htm>

que, según la empresa, involucró agresión verbal y tentativa de daño físico al personal de tierra, más la afectación de los mecanismos de seguridad, al punto que tuvo que recurrirse a la Policía Aeroportuaria de Bogotá. Ante ello, la empresa comunica al pasajero que, por constituir su conducta una infracción a los reglamentos vigentes, será incluido en una lista de pasajeros no conformes, impidiéndosele volar en la misma compañía por el plazo de un año, sujeto a revisión al vencer dicho plazo y siempre que suscriba un compromiso de no incurrir nuevamente en iguales hechos. A pesar de los alegatos de la aerolínea en el sentido de existir una supuesta justificación en el mal comportamiento previo del pasajero y de no tratarse de una sanción sino de una decisión privada e interna adoptada por la empresa, la Corte acoge el recurso de tutela con base en los siguientes razonamientos:

- Con respecto al derecho de habeas data, los datos personales sólo pueden ser registrados y divulgados con el consentimiento libre, previo, expreso e informado del titular. Es decir, no está permitido el consentimiento tácito del titular del dato (como ocurre, por ejemplo, al adherir a un programa de viajero frecuente o acumulación de millas). Consentimiento informado implica que el afectado sepa para qué fines se usarán sus datos. La recopilación de datos personales debe responder a un fin identificable, que sea constitucionalmente permitido y que se informe al titular como requisito para la autorización para la inclusión del dato en el registro o base de datos
- Con respecto al derecho al servicio público de transporte, el pasajero tiene derecho a ser transportado conforme a lo contratado y sólo podría serle rechazado este derecho con base en circunstancias objetivas y materia de regulación legal
- Con respecto a la medida unilateral adoptada, la facultad de inadmitir a un pasajero a un vuelo, merced de las infracciones de deberes reglamentarios que haya cometido, no otorga potestad para excluirlo *in genere* de los servicios de transporte aéreo en el futuro. Esta circunstancia contradice tanto el derecho al debido proceso como el derecho de acceso equitativo a los servicios públicos esenciales

- Con respecto al debido proceso, la aerolínea incurrió en una evidente vulneración del principio de legalidad, propio del debido proceso, en tanto se arrogó facultades que no le han sido conferidas por el ordenamiento jurídico, en perjuicio de la satisfacción de los derechos e intereses del actor. Al no concurrir habilitación legal para la imposición de la sanción, menos aún podían cumplirse garantías propias del derecho mencionado, como sucede con las de contradicción y defensa.

Otro pronunciamiento judicial que resulta gráfico en el asunto de las listas prohibitivas es el que emitió la Corte de Apelaciones de Santiago en diciembre de 2013⁸¹ acogiendo la demanda de una pasajera a quien se le negó el embarque en un vuelo de Aerolíneas Argentinas por razón de estar incluida en una lista de “no embarcables” que la misma compañía mantiene y a la cual fue ingresada con ocasión de anunciar falsamente la presencia de una bomba en un vuelo realizado tres años antes.

El razonamiento de la Corte chilena para acoger la demanda y condenar a la aerolínea se funda en la falta de toda autorización para que ésta deniegue el servicio de transporte convenido; la extemporaneidad del rechazo, basado en un hecho ocurrido tres años antes y respecto de los cuales ni siquiera hubo sentencia condenatoria, y la falta de inminencia de peligro para el vuelo que habría justificado aplicar el artículo 132 del Código Aeronáutico chileno, norma que permite a la compañía rehusar el transporte de pasajeros que constituyan un peligro para la seguridad.

Carlos M. Vasallo critica este fallo con interesantes argumentos por haberse asentado sobre los preceptos de la ley de protección al consumidor y no sobre la normativa especial aeronáutica, compuesta de tratados internacionales que primarían en esta materia⁸². Podemos llegar a concordar con esta crítica en tanto el Convenio de

⁸¹ Este fallo corresponde a la apelación de Aerolíneas Argentinas en contra de la sentencia dictada por el Segundo Juzgado de Policía Local de Pudahuel en los autos Rol N° 72.863/2010.

⁸² Vasallo, Carlos María: *Pasajeros Insubordinados o Perturbadores y la Defensa del Consumidor*, en Revista La Ley N° 8, Buenos Aires, 2014. https://cedaeonline.com.ar/2014/04/09/pasajeros-disruptivos-insubordinados-o-perturbados-comentario-al-fallo-robert-contreras-isabel-c-aerolineas-argentinas-s-denuncia-infraccional-y-demanda-civil-de-indemnizacion-de-perjuici/#_ftn9

Montreal de 1999⁸³, sobre responsabilidad en el transporte aéreo, contempla disposiciones para indemnizar el incumplimiento del contrato de transporte aéreo –aun cuando no regula en particular la denegación de embarque– y que ellas deberían ser de aplicación preferente en estos casos; pero no coincidimos en la supuesta existencia de un “derecho de admisión” que las aerolíneas tendrían y cuyo ejercicio puede basarse simplemente en la apreciación unilateral de la misma empresa. Los fundamentos del fallo en el caso en comento siguen siendo válidos desde el punto de vista de la relación transportador-pasajero y de la necesaria justificación para denegar el servicio contratado, sin mencionar la necesidad de un debido proceso previo.

Otro ejemplo digno de tener a la vista es la normativa peruana, contenida en la Ley de Seguridad de la Aviación Civil y su reglamento⁸⁴. Los artículos 11.3 y 11.4 de la ley regulan la materia en esta forma:

“11.3 Los pasajeros considerados perturbadores o insubordinados podrán ser impedidos de realizar vuelos por vía aérea. Para tal fin, los Explotadores deberán informar a la Dirección General de Aeronáutica Civil dichos sucesos y ésta llevará un control de los mismos.

11.4 La prohibición del transporte aéreo de pasajeros perturbadores o insubordinados podrá ser decidido por el explotador aéreo o la Dirección General de Aeronáutica Civil”.

Detallando estas reglas, el reglamento instaura en su artículo 13.2 un registro de pasajeros perturbadores o insubordinados, que será llevado por la Dirección General de Aeronáutica Civil y deberá ser comunicado a todos los explotadores aéreos nacionales y extranjeros, los que “*estarán facultados a prohibir el transporte aéreo a estos pasajeros*”.

Según se entiende de estas disposiciones, el registro es mantenido por la autoridad aeronáutica, pero se alimenta de la información aportada por las aerolíneas (nada dice

⁸³ Convenio para la Unificación de ciertas reglas para el Transporte Aéreo Internacional, suscrito en Montreal en 1999, promulgado como Ley de la República por Decreto Supremo N° 56 de 2009 del Ministerio de Relaciones Exteriores.

⁸⁴ Ley N° 28.404 y reglamento aprobado por Decreto N° 007-2006 MTC.

la norma acerca de la posibilidad de colacionar datos provenientes de la misma autoridad). Los datos acumulados en el registro, que incluirán entre otros la identificación del pasajero, la empresa, el vuelo, la ruta y la descripción de la conducta, son remitidos a las compañías a objeto de que éstas ejerzan la facultad de decidir la prohibición del transporte de los pasajeros incluidos en la lista. Según el texto de la ley, esta misma facultad le asiste a la DGAC peruana, pero no se establece el momento en que uno u otro podrán ejercer su derecho, por lo que podrían generarse algunos entorpecimientos si, por ejemplo, habiendo decidido la empresa aceptar al pasajero, la autoridad resolviera negarle el embarque.

Lo más llamativo de esta normativa es que, si bien encarga a la DGAC llevar un control de los casos de insubordinación, nada menciona en cuanto a la necesidad de una resolución condenatoria previa. No obstante, en las instrucciones⁸⁵ impartidas a los operadores sobre la obligación de reportar los casos de que tengan conocimiento, se les insta a remitir, junto con la información del hecho, las fotografías, videos, audios, declaraciones de testigos u otros medios probatorios de que dispongan, y se les exhorta a denunciar estos ilícitos a la autoridad policial. Nos parece que el tono no imperativo de esta parte no deja en claro una opción rotunda en torno a someter la prohibición de volar a los principios del debido proceso.

En síntesis, creemos que la existencia de registros de personas incumplidoras de los deberes legales o reglamentarios del pasajero no es una medida descartable *per se* y puede resultar efectiva como sanción y método preventivo en casos como los de pasajeros insubordinados. No obstante, estimamos que dichas listas sólo tendrán efecto asidero bajo los siguientes supuestos mínimos: a) si la ley contempla su creación; b) si la inclusión en ellas se produce con posterioridad a una sentencia condenatoria o resolución administrativa sancionatoria; c) si los efectos que trae la inclusión en ellas sólo se mantienen por un término razonable.

⁸⁵ Oficio N° 737-2017-MTC/12.04 de 22 de junio de 2017 enviado por el Director de Seguridad Aeronáutica.

12. CONCLUSIONES

El propósito de esta actividad formativa equivalente a tesis ha sido aportar algunas ideas y reunir información en torno a los métodos que puedan resultar más eficaces para hacer coercibles las conductas de pasajeros insubordinados, a partir del diagnóstico negativo que hacemos del camino elegido por Chile, el cual ha demostrado ser poco efectivo a la hora de sancionar este tipo de hechos. Hoy en día, en el país tenemos un muy bajo nivel de denuncias y con mala calidad en su contenido (descripción insuficiente de los hechos y sus consecuencias); escasez o insuficiencia de prueba disponible, y dificultades procesales para arribar a una sanción (no comparecencia del denunciante o del infractor, suspensiones condicionales del procedimiento, etc.). Frente a ello, y teniendo presente que la determinación de si una conducta específica debe ser sancionada por la vía administrativa o delictual es un asunto de mérito que cabe al legislador definir⁸⁶, hemos concluido que el Derecho Administrativo sancionador aparece más adecuado como instrumento punitivo que la persecución criminal, dadas las diferencias prácticas y de fondo entre ambas herramientas.

Proponemos hacer un uso gradual de la pirámide de instrumentos disponibles, recurriendo incluso a medios extrajurídicos previos a la sanción, como campañas de promoción de deberes y creación de incentivos a través de mecanismos de economía del comportamiento⁸⁷.

En cuanto a las sanciones, preferimos privilegiar la aplicación de multas por la vía administrativa, idealmente a cargo de la autoridad técnica-aeronáutica especializada y con sujeción a un procedimiento rápido y simple, como el que hoy día aplica la propia DGAC en su rol contravencional, pero sin descartarla posibilidad de separar conductas según su gravedad o efectos concretos, unas como delito y otras como infracción administrativa. En efecto, creemos que desde el punto de vista de justicia de la pena,

⁸⁶ Sentencia Rol 125-2008 del Tribunal Constitucional, Considerando Vigésimo Octavo.

⁸⁷ Al respecto, estimamos que son dignas de consideración las teorías sobre economía de la conducta desarrolladas entre otros por el Premio Nobel de Economía 2017 Richard H. Thaler. Pueden verse especialmente su obra "Un pequeño empujón", escrita junto con Cass R. Sunstein (Editorial Taurus, Madrid, 2009) y "Pensar rápido, pensar despacio" de Daniel Kahneman (Editorial Debolsillo, Madrid, 2012).

una situación de pasajero insubordinado debiera medirse en función del daño causado, como por ejemplo, si la aeronave tuvo que regresar a su punto de salida, cambiar su ruta o efectuar un aterrizaje no previsto, o si la conducta causó lesiones personales o daños materiales, pero manteniendo la lógica de *ultima ratio* de protección subsidiaria en la que se inserta la sanción penal.

No obstante, para que el ejercicio de la potestad sancionadora sea procedente, es necesario que se encuentren tipificadas en forma precisa las figuras de interrupción a bordo de aeronaves, idealmente adaptando a nuestra realidad y ordenamiento jurídico la recomendación de la OACI en la Resolución A 39-11 de su 39ª Asamblea, ya que las infracciones que hoy se encuentran vigentes en la reglamentación aeronáutica no cubren la totalidad de los eventos de gravedad posibles. Con todo, no debe descartarse en forma absoluta la posibilidad de una sanción penal, ya que, dependiendo de las consecuencias o de las características particulares del ilícito, algunas conductas podrían enmarcarse en figuras delictivas creadas al efecto o ya existentes⁸⁸.

Ahora bien, desde el punto de vista de la utilidad preventiva, si lo que se quiere es evitar la reiteración, la pena debería ser elegida en función de aquello que afecte en mayor medida al autor. Creemos que, por tratarse de infractores no habituales ni deliberados, que con gran probabilidad requerirán volver a volar, la prohibición de vuelos por un tiempo determinado y sujeta a estándares mínimos de legalidad puede ser suficientemente ejemplarizadora.

⁸⁸ El Código Penal chileno contempla figuras delictivas que han sido o podrían ser aplicadas a situaciones de insubordinación de pasajeros, tales como la falsa alarma de calamidad pública (art. 268 *bis*) o el causar molestias a terceros en público encontrándose en estado de embriaguez (art. 496 N° 18).

ANEXO

RESOLUCIÓN A39-11 ADOPTADA POR LA OACI EN EL DEL 39° PERÍODO DE SESIONES DE SU ASAMBLEA (Montreal, octubre de 2016)

Declaración consolidada de los criterios permanentes de la OACI en la esfera jurídica

Considerando que es conveniente consolidar las resoluciones de la Asamblea que tratan de los criterios de la Organización en la esfera jurídica, a fin de facilitar su observancia y aplicación práctica haciendo los textos más asequibles, comprensibles y lógicamente organizados:

La Asamblea:

1. Resuelve que los apéndices adjuntos a esta resolución constituyen la declaración consolidada de los criterios permanentes de la OACI en la esfera jurídica, según están formulados al clausurarse el 39º período de sesiones de la Asamblea;
2. Resuelve seguir adoptando en cada período de sesiones ordinario una declaración consolidada de los criterios permanentes de la OACI en la esfera jurídica; y
3. Declara que esta resolución sustituye a la Resolución A37-22.

APÉNDICE E a la Resolución

Adopción de legislación interna sobre ciertas infracciones cometidas a bordo de aeronaves civiles (pasajeros insubordinados o perturbadores)

La Asamblea:

Reconociendo que, en virtud del Preámbulo y del Artículo 44 del Convenio sobre Aviación Civil Internacional, uno de los fines y objetivos de la Organización es fomentar la planificación y el desarrollo del transporte aéreo internacional a fin de satisfacer las necesidades de los pueblos del mundo respecto a un transporte aéreo seguro, regular, eficaz y económico;

Observando el aumento del número y de la gravedad de incidentes notificados en que están involucrados pasajeros insubordinados o perturbadores a bordo de aeronaves civiles;

Considerando las repercusiones de estos incidentes para la seguridad de las aeronaves y de los pasajeros y la tripulación a bordo de estas aeronaves;

Consciente del hecho de que las leyes y reglamentos vigentes de derecho interno e internacional en muchos Estados no son totalmente adecuados para enfrentar eficazmente este problema;

Reconociendo el entorno especial de las aeronaves en vuelo y los riesgos inherentes al mismo, así como también la necesidad de adoptar medidas de derecho interno adecuadas con la finalidad de que los Estados puedan perseguir los delitos que constituyen un comportamiento insubordinado o perturbador a bordo de las aeronaves;

Alentando la adopción de normas jurídicas de derecho interno que permitan a los Estados ejercer su jurisdicción en los casos que corresponda para perseguir los delitos que constituyen un comportamiento insubordinado o perturbador a bordo de las aeronaves matriculadas en otros Estados;

Tomando nota de que el 4 de abril de 2014 los Estados reunidos en la Conferencia internacional de derecho aeronáutico celebrada en Montreal adoptaron el Protocolo que modifica el Convenio sobre las infracciones y ciertos otros actos cometidos a bordo de las aeronaves, y que la Conferencia decidió no enumerar en el mismo las infracciones y otros actos sino recomendar la actualización de la Circular 288 – Texto de orientación sobre los aspectos jurídicos de los pasajeros insubordinados o perturbadores publicada por la OACI en 2002;

Resuelve que:

Insta a todos los Estados contratantes a sancionar lo antes posible leyes y reglamentos de derecho interno para afrontar eficazmente el problema de los pasajeros insubordinados o perturbadores, incorporando, en la medida de lo posible, las disposiciones expuestas a continuación;

Exhorta a todos los Estados contratantes a que sometan a las autoridades correspondientes, para que consideren su procesamiento, a todas las personas de las cuales tengan razones fundadas para considerar que han cometido cualquiera de los delitos previstos en las leyes y los reglamentos de derecho interno sancionados y para lo cual tienen jurisdicción de conformidad con dichas leyes y dichos reglamentos;

Pide al Consejo que aliente al Equipo especial sobre los aspectos jurídicos de los pasajeros insubordinados a continuar su labor, incluido el análisis de la Legislación modelo sobre ciertos delitos cometidos a bordo de aeronaves civiles que figura en este Apéndice, e informe al 37º período de sesiones del Comité Jurídico; y

Decide reexaminar este Apéndice en su próximo período ordinario de sesiones a la luz de los resultados de la labor del citado equipo especial.

Legislación modelo sobre ciertos delitos cometidos a bordo de aeronaves civiles

Artículo 1: Agresión y otros actos de interferencia contra un miembro de la tripulación a bordo de una aeronave civil

Comete un delito toda persona que a bordo de una aeronave civil cometa cualquiera de los siguientes actos:

- 1) agresión, intimidación o amenaza, física o verbal, contra un miembro de la tripulación, cuando dicho acto interfiere en el desempeño de las funciones del miembro de la tripulación o disminuye la capacidad de éste para desempeñar dichas funciones;
- 2) negativa a obedecer instrucciones legítimas impartidas por el comandante de la aeronave, o por un miembro de la tripulación en nombre del comandante de la aeronave, con la finalidad de garantizar la seguridad de la aeronave o la de las personas o bienes a bordo de la misma, o con la finalidad de mantener el orden y la disciplina a bordo.

Artículo 2: Agresión y otros actos que ponen en peligro la seguridad operacional o comprometen el orden y la disciplina a bordo de una aeronave civil

- 1) Comete un delito toda persona que a bordo de una aeronave civil cometa un acto de violencia física contra una persona o de agresión sexual o de pedofilia.
- 2) Toda persona que cometa a bordo de una aeronave civil cualquiera de los siguientes actos comete un delito, si es probable que ese acto ponga en peligro la seguridad operacional de la aeronave o la seguridad de una persona a bordo, o si dicho acto compromete el orden y la disciplina a bordo de la aeronave:
 - a) agresión, intimidación o amenaza, física o verbal, contra otra persona;
 - b) acto intencional que causa daños a los bienes o la destrucción de los mismos;
 - c) consumo de bebidas alcohólicas o de drogas que conduzca a un estado de ebriedad o exaltación.

Artículo 3: Otros actos que constituyen delitos a bordo de una aeronave civil

Comete un delito toda persona que a bordo de una aeronave civil cometa cualquiera de los siguientes actos:

- 1) fumar en un lavabo o en otro lugar de forma que probablemente ponga en peligro la seguridad operacional de la aeronave;
- 2) desactivar un detector de humo u otro dispositivo de seguridad a bordo de la aeronave;
- 3) hacer funcionar un artículo electrónico portátil cuando dicho acto esté prohibido.

Artículo 4: Jurisdicción

1. La jurisdicción de (nombre del Estado) se extenderá a todo delito en virtud de los Artículos 1, 2 ó 3 de esta Ley si el acto que constituye delito ocurrió a bordo de:

- 1) una aeronave civil matriculada en (nombre del Estado); o
 - 2) una aeronave civil arrendada con o sin tripulación a un explotador cuya oficina principal está en (nombre del Estado) o, si el explotador no tiene una oficina principal, cuya residencia permanente está en (nombre del Estado); o
 - 3) una aeronave civil en o sobre el territorio de (nombre del Estado); o
 - 4) una aeronave civil en vuelo fuera de (nombre del Estado), si a) el aterrizaje siguiente de la aeronave será en (nombre del Estado); y
- b) el comandante de la aeronave entrega al presunto autor a las autoridades competentes de (nombre del Estado), solicitando que las autoridades procesen al presunto autor y afirmando que ni él ni el explotador de la aeronave han hecho ni harán una solicitud similar a ningún otro Estado.

2. La expresión “en vuelo” empleada en este artículo designa el período entre el momento en que se aplica potencia para el despegue hasta el momento en que termina el recorrido de aterrizaje.

BIBLIOGRAFÍA

1. Abeyratne, Ruwantissa. "A Protocol to Amend the Tokyo Convention of 1963: Some Unanswered Questions". En *Revista Air and Space Law*, editada por Kluwer Law International. La Haya, 2014.
2. Álvarez, Jorge. "Nuevos y viejos problemas del transporte aéreo", en *Revista Latinoamericana de Derecho Aeronáutico*, Número 38 - agosto 2017. IJ-CCCLXXVIII-267
3. Aparicio Gallego, Javier. "Protección Penal de la Navegación Aérea Internacional", en *Seminario de Especialización en Derecho Aeronáutico*. Instituto Iberoamericano de Derecho Aeronáutico y del Espacio y de la Aviación Comercial. Madrid, 2007.
4. Baytelman, Andrés. "Evaluación de la Reforma Procesal Penal Chilena". Centro de Estudios de la Justicia de la Escuela de Derecho de la Universidad de Chile y Centro de Investigaciones Jurídicas de la facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales. Santiago, 2006.
5. Bermudez Soto, Jorge. "Derecho Administrativo General". Editorial Thomson Reuters La Ley. Santiago, 2014.
6. Bordalí Salamanca, Andrés y Ferrada Bórquez, Juan Carlos. "Las Facultades Juzgadoras de la Administración: Una Involución en Relación al Principio Clásico de la División de Poderes". *Revista de Derecho*. Universidad Austral de Chile, v.13, 2002, Dic., pp.187-205
7. Bullemore, Vivian y McKinnon, John. "Fin y Función del Derecho Penal y de la Pena. Las Teorías de la Pena", en *Anales de la Facultad de Derecho*. Universidad de Chile. Santiago, 2004.
8. Cordero Vega, Luis. "Lecciones de Derecho Administrativo". Editorial Thomson Reuters La Ley. Santiago, 2015.
9. Cury Urzúa, Enrique. "Derecho Penal. Parte General". 7ª Edición. Universidad Católica de Chile. Santiago, 2005.
10. Dempsey, Paul Stephen. "Public International Air Law", McGill University, Montreal, 2008.

11. Donato, Angela Marina. "La OACI y el Terrorismo Aeronáutico", publicado en <https://cedaeonline.com.ar/2015/09/16/la-oaci-y-el-terrorismo-aeronautico/> Buenos Aires, 2015.
12. Ford Ferrer, Guillermo. "La Seguridad frente a los Derechos del Pasajero Aeronáutico", en Revista Latino Americana de Derecho Aeronáutico N° 38, agosto 2017. IJ-CCCLXXVIII-271
13. Garland, David. "Castigo, control social y nueva modernidad", en Revista Derecho Penal Contemporáneo N° 11. Legis, Bogotá 2005.
14. Letelier Wartemberg, Raúl. "Garantías Penales y Sanciones Administrativas". En Revista Política Criminal. Vol. 12, N° 24, Santiago, diciembre 2017.
15. Lisboa Montt, Álvaro. "Modificación al Convenio sobre Infracciones y Ciertos Otros Actos Cometidos a bordo de las Aeronaves (Tokio 1963). Progresos e Inconvenientes". Ponencia presentada en las XLI Jornadas Iberoamericanas de Derechos Aeronáutico y del Espacio y de la Aviación Comercial. Madrid, 2014.
16. Morales Contardo, Patricio. "Los Atentados contra Aeronaves en el Derecho Chileno y el Delito del Artículo 194 bis del Código Aeronáutico". Tesis de Magister en Derecho de la Universidad de Chile, Santiago, 2015.
17. Nase, Vernon y Humphrey, Nicholas. "Angry People in the Sky. Air Rage and the Tokyo Convention" en Journal of Air Law and Commerce (Southern Methodist University), Vol. 79. Dallas, Texas, 2014.
18. Nieto, Alejandro. "Derecho Administrativo Sancionador", cuarta edición. Tecnos, Madrid, 2005.
19. Piera Valdés, Alejandro. "Informe del ponente del Subcomité especial sobre la elaboración de un instrumento para la modernización del Convenio de 1963 sobre las infracciones y ciertos otros actos cometidos a bordo de las aeronaves". Organización de Aviación Civil Internacional (OACI). Montreal, 2012.
20. Piera Valdés, Alejandro. "Mirada crítica al Convenio de Tokio de 1963 sobre infracciones y otros actos cometidos a bordo de aeronaves ¿Debería la OACI intentar modificarlo?". En Revista Latinoamericana de Derecho Aeronáutico. N° 17 – 20 Febrero 2014. IJ-LXX-754.
21. Román Cordero, Cristián. "El Castigo en el Derecho Administrativo". En Revista Derecho y Humanidades N° 16, Vol. 1. Págs. 155-171. Santiago, 2010.

22. Román Cordero, Cristián. “El Debido Procedimiento Administrativo Sancionador”, en Revista de Derecho Público, Vol. 71. Págs. 183-214. Santiago, 2014.

23. Quezada Rodríguez, Flavio. “El Procedimiento Administrativo Sancionador en la Ley N° 19.880”. Actas de las X Jornadas de Derecho Administrativo. Jaime Arancibia Mattar y Pablo Alarcón Jaña coordinadores. Editorial Thomson Reuters Legalpublishing, Santiago, 2014.

24. Vasallo, Carlos María. “Aspectos Jurídicos sobre la Problemática de los Pasajeros Insubordinados o Perturbadores (Disruptivos)”. La Ley Revista, Buenos Aires, 2009.

25. Vasallo, Carlos María. “Pasajeros Insubordinados o Perturbadores y la Defensa del Consumidor”. Publicado en Revista La Ley N° 8. Buenos Aires, 2014.