



Por E. MACHIN SANCHEZ, Comandante Auditor.

Cuando en 1783 los hermanos Montgolfier lanzaron al aire su primer globo, se produjo una conmoción en el mundo. Para quienes presenciaron el extraordinario suceso quizá no pasó de ser una atracción más de feria. Es posible que alguien sospechase que la magia o la brujería andaban mezcladas en el asunto, y el espíritu sencillo de los aldeanos franceses debió de mirar con recelo la ascensión. Por la mente de alguno quizá pasara el ramalazo de la profecía, e imaginó ya muchos artefactos parecidos cruzando el espacio con fines de guerra o de paz. Para los prefectos franceses fué un motivo de preocupación administrativa, y al dictarse las primeras ordenanzas estableciendo el permiso previo para tales ascensiones, crearon inconscientemente las primeras normas del Derecho aeronáutico, que pronto se convertiría en internacional.

En nuestros días, la prensa diaria y las revistas nos presentan a cada momento una novedad aeronáutica. Nos dicen que la Tierra, merced al progreso de la aviación, adquiere nuevas dimensiones, y que la distancia entre dos puntos del planeta es más corta de lo que imaginábamos con nuestro pensamiento, adherido a la corteza terrestre. Que el Atlántico ya no es un obstáculo, sino

un camino, con funciones de nuevo Mediterráneo, que enlaza continentes tradicionalmente alejados, y que su tamaño, gracias a la aviación, es "diez veces más pequeño que en 1939".

Pero las preocupaciones de los prefectos franceses por aquellas ingenuas ascensiones de globos, que hoy nos recuerdan los grabados como la prehistoria de la Aviación, han trascendido al mundo entero, y el mismo problema que preocupa a la autoridad administrativa de un Estado norteamericano se plantea en las naciones europeas.

Para el hombre de la calle ya tardan en realizarse sus sueños de una ciudad con nubes de helicópteros parándose en las terrazas de los edificios, y se imagina que al humilde "taxi", cuyos servicios utiliza hoy en la calle, le han de nacer pronto unas alas que anularán los molestos problemas del tráfico y le transportarán, en un abrir y cerrar de ojos, a aquella villa apartada y escasa de comunicaciones, que gracias a los medios terrestres de transporte resulta hoy más lejana que Nueva York, que le espera ya a veinticuatro horas de vuelo.

Sin embargo, hasta llegar a ver realizados estos sueños, son necesarias muchas ho-

ras de paciente trabajo por parte de los técnicos, y los encargados de preparar las leyes del Estado han de hacer frente a nuevos problemas, cuya resolución no siempre encaja en los moldes jurídicos tradicionales.

Vamos a señalar aquí uno de esos problemas de gran trascendencia política y que se encuentra todavía en período de resolución: el problema de la libertad del aire. Al enunciarlo, el recuerdo se nos va inevitablemente hacia la vieja disputa sobre la libertad de los mares que se originó durante la Edad Media y alcanzó todo su apogeo con el descubrimiento del Nuevo Mundo.

Es Venecia, en el siglo XIII, la primera en pretender un dominio exclusivo sobre determinadas partes del Mediterráneo, dominio que se traduce en el cobro de ciertos derechos sobre la navegación que se realiza sobre las aguas que considera suyas.

Dinamarca sustenta análogas pretensiones sobre las entradas del Báltico, y ambos pueblos tropiezan con la resistencia de los países vecinos, que no encuentran justificación a tales aspiraciones.

Con el descubrimiento de América se agudiza la contienda, pues lo que en un principio fué una pretensión de carácter local, que se limita a las aguas próximas y que quizá, como señala Barcia Trelles, tuvo un carácter más bien defensivo, se transforma en una apetencia de hegemonía. Se aspira al dominio del mar que conduce a las nuevas tierras porque se aspira indirectamente al dominio exclusivo de éstas.

En la disputa intervienen, en principio, España y Portugal. Luego, Inglaterra, y las dos primeras han de acudir para zanjarla a la más alta jerarquía espiritual, que representa el Papado.

En 1493, a renglón seguido del primer viaje de Colón, dicta el Papa Alejandro VI su famosa Bula, poniendo fin a las disputas hispanoportuguesas, en las que traza una línea divisoria, a cien leguas al Este de las Azores y Cabo Verde, que luego es corroborada en el Tratado de Tordesillas, otorgándose ambos países la soberanía sobre las tierras que bañan los mares que por resultado de aquella división les han correspondido.

Surge inmediatamente la natural rivalidad por parte de Inglaterra, Francia y los

Países Bajos, que no se resignan a este reparto del mar. Y como no hay una pretensión de dominio que no tenga a su servicio una doctrina jurídica en que fundamentarse frente a Ginés de Sepúlveda, que defiende la idea imperial de Felipe II, el jurista holandés Iñigo Grocio sustenta la idea de libertad, utilizando argumentos de los españoles Vázquez de Menchaca y Padre Vitoria, que, ajenos a toda idea que no fuera la de defender lo que ellos estiman justo, defienden la libertad de los mares. La tesis del Padre Vitoria, la más exacta indudablemente, descansa en el Derecho natural, que exige la libertad de comunicación de los pueblos. Menchaca, por el contrario, razona su tesis sobre la falsa idea de que el mar no puede ser objeto de apropiación por parte de nadie.

Pero también, entre los que se alzan, celosos de la idea de un dominio del mar, bajo banderas españolas y portuguesas, existen adversarios de la libertad del mar, y así, el escritor inglés Selden, quizá por instigación real, publica su "Mare clausum" frente al "Mare liberum", de Grocio, y defiende el derecho exclusivo de Inglaterra sobre los mares que la rodean.

Como derivaciones de esta contienda, que duró muchos años, quedó la costumbre del llamado "saludo al pabellón", que dió lugar a varias guerras, durante el siglo XVII, entre Inglaterra, que defendía dicho saludo, y los holandeses, que se resistían tenazmente a lo que consideraban una humillación. Pero en 1639, en la batalla de las Dunas, que tiene lugar entre la escuadra española y la holandesa en aguas británicas, ambas contendientes saludan, arriando el pabellón y con salvas, a una escuadra británica que se encuentra en las inmediaciones.

En la actualidad, la cuestión está resuelta, por lo menos en lo que a tiempo de paz se refiere, y sería absurdo suponer que ninguna nación intentase reivindicar más derechos sobre el mar que los que le corresponden naturalmente sobre las aguas territoriales cercanas a sus costas. Esto, por lo que a tiempo de paz se refiere. En tiempo de guerra, rige la ley... del más fuerte.

Hemos recordado la polémica que se suscitó en torno a la libertad del mar, porque presenta ciertas analogías con la provocada en torno a la libertad del espacio aéreo;

pero, además, con la intención de señalar sus diferencias y de desvanecer el error de los que han buscado en la primera la fórmula que habría de resolver la segunda.

En 1901 aparece un artículo de Fauchille, titulado "Le domaine aérien des Etats et le régime juridique des aérostats", en el que este prestigioso autor defendía abiertamente la libertad del espacio aéreo. Fundamenta su tesis en el hecho de que el aire no puede ser objeto de apropiación, y todavía menos, de soberanía, ya que ésta presupone la ocupación material. "La vigilancia y el cañón—dice—no son más que medios de garantizar una soberanía que ya está adquirida."

Admite, sin embargo, que los Estados podrían impedir el paso de aeronaves por encima de su territorio, a una altura menor de 1.500 metros, distancia que él consideraba la máxima, desde la cual podían obtenerse fotografías del suelo.

La tesis resulta falsa desde el punto de vista jurídico, y además el límite defensivo que fija carece de valor ante los progresos de la fotografía moderna. Pero es que además su concepto de la soberanía es erróneo. Su idea de la soberanía exigiría que el Estado soberano estuviese presente en cada molécula del aire sujeto a su autoridad, y esto es imposible, aun para el territorio. La soberanía del espacio aéreo, como la del mar territorial, pueden mantenerse, no con una ocupación constante de ambos elementos, el aire y el agua, sino con el mantenimiento de una flota aérea o naval que garantice en caso necesario la presencia del poder del Estado en el punto en que sea requerido.

Desde Fauchille hasta nuestros días, ha surgido una variada gama de opiniones sobre esta cuestión. No faltan los que han recurrido al viejo sistema marítimo del alcance del cañón, pretendiendo fijar una zona aérea de soberanía que terminase donde acaba el radio de acción de la artillería antiaérea, punto desde el cual el aire sería libre.

En resumen, todas las teorías sobre el particular pueden resumirse en dos:

Una, que considera que el aire es libre, pero que el Estado subyacente tiene ciertos

derechos sobre el espacio aéreo, en razón de su propia seguridad.

Otra, para la cual la soberanía del Estado se extiende a todo el aire que gravita encima de su territorio, pero no debe impedir a los demás el derecho del "paso inofensivo".

Aunque la afirmación pueda parecer ingenua, lo cierto es que la diferencia fundamental entre el problema de la libertad del aire y el de la del mar descansa en el hecho de que los mares están situados en el mismo plano que las tierras, mientras que el aire está colocado en un plano superior, y flota, por tanto, sobre el territorio de los Estados. Por eso no se ha planteado, que nosotros sepamos, la cuestión de la libertad del aire, situado encima de alta mar, y se ha estimado desde el primer momento que este espacio aéreo era libre, como lo es la porción de agua que se encuentra debajo de él.

En cuanto al espacio aéreo, situado encima del territorio de los Estados, la cuestión es distinta. Toda la clave del problema está en la necesidad que el Estado tiene de poseer esa zona y en la posibilidad de ejercer su derecho. "La soberanía sobre el espacio aéreo, hasta una altura únicamente limitada por la posibilidad, se funda en necesidades notorias, tanto de orden militar como civiles y comerciales, y no puede ser científicamente sustituida por la atribución a los Estados de unos llamados derechos de conservación, que en rigor sólo pueden explicarse por la soberanía." (Comandante García Escudero: "Tesis doctoral".)

La principal razón de esa soberanía está constituida por motivos militares de defensa; pero no sólo esos entran en juego. El aire es hoy un camino que ningún Estado piensa en poner ilimitadamente a la disposición de los demás, como no permite que nadie use sin restricciones sus propias carreteras y ferrocarriles. Si se intentase hoy atravesar una zona desértica y casi fuera de control, que forme parte del territorio de un Estado, aunque el paso fuese casi inadvertido, sus funcionarios exigirían la sumisión a todos los reglamentos de policía y aduaneros del país en cuestión. Y es que, aun en tiempo de paz y con fines comerciales, el hecho de atravesar un Estado por cualquier vía no puede ser un hecho indiferente.

En 1935 los servicios fronterizos americanos y canadienses se encontraron frente a verdaderos "gangs", que actuaban en el mar y que disponían de flotas compuestas hasta de 100 embarcaciones. "En el aire, desde los dos lados de la frontera, aviones contrabandistas, en contacto con automóviles en tierra mediante la radio, aterrizaban en lugares desiertos que éstos les indicaban. Pero los motores de los aparatos continuaban funcionando, y a la menor señal de alarma los aviones huían al otro lado de la frontera." (E. M. Borneque: "La police de l'air".)

Todo este tráfico clandestino, difícil de imaginar en Europa, tenía lugar, por regla general, en la región atlántica en los meses de mayo a octubre, y obedeciendo las órdenes de dirigentes lejanos y desconocidos, constituía un verdadero asalto a las fronteras económicas de los dos Estados, que dió lugar a la creación de una potente organización de policía, provista de fuerzas aéreas y estaciones de radio.

Como consecuencia de todas estas consideraciones, la defensa del territorio, desde el punto de vista militar, la seguridad del mismo, aun en tiempo de paz, y la conveniencia de reservarse el privilegio de las comunicaciones aéreas internas (cabotaje aéreo) han dado lugar a que no se discuta el derecho de soberanía sobre el espacio aéreo. Pero, por otra parte, sería injusto que la masa de aire que gravita sobre cada Estado se convierta en una muralla infranqueable, que, llevada a sus últimas consecuencias, privaría de comunicaciones aéreas a aquellos países que, como Suiza, por ejemplo, carecen de salida al mar libre.

El espíritu de solidaridad internacional ha creado la fórmula del "paso inofensivo", que permite a los aviones comerciales volar sobre los Estados y que constituye una limitación lógica a la soberanía del espacio aéreo. Apareció establecido de forma expresa en la Convención de París de 1919, y en sustancia perdura hoy día tras los Acuerdos de Chicago. Cosentini encuentra inadecuada la denominación porque, como dice, "en tiempo de paz nunca es ofensivo el paso"; pero tal afirmación no resiste la más ligera crítica, pues el paso de aeronaves en tiempo de paz puede obedecer a fines de guerra (espionaje, fotografía, etc.), y en este mismo artículo se recogen delitos de

contrabando realizados por medio de aviones que no tenían nada de inofensivos.

¿Cómo se encuentra la cuestión después de los Convenios de Chicago? Podemos responder que no ha variado fundamentalmente. En un principio pudo creerse que se iniciaba una polémica interestatal, que presentaba grandes analogías con la que provocó la libertad de los mares, porque encerraba idénticos intereses económicos. Lo que para ésta fué el descubrimiento de América, lo era ahora el descubrimiento de un espacio aéreo, a cuya conquista podían lanzarse los que al final de la pasada guerra tuvieron una aviación mejor organizada. De ahí las dos tesis encontradas. La norteamericana, que propugna la libertad de tráfico, y la inglesa, que preconiza una organización mundial de líneas aéreas, para evitar que la libre competencia deje malparados a los países que no disponen de material aéreo suficiente para la lucha que provocaría la tesis norteamericana.

El problema se ha planteado en forma diferente. Nadie pensó en negar la soberanía de los Estados sobre el espacio aéreo, y, por el contrario, ésta se proclamó repetidamente en los Acuerdos de Chicago. De ningún modo se acordó que los aviones militares o del Estado pudiesen volar libremente por el cielo de otros países. La cuestión se redujo a limitar la soberanía todo lo posible en beneficio de la libertad de transporte, y esta posición es justa, porque equivale a limitar la soberanía con una especie de "jus usus inoqui", que ya está admitido para la propiedad individual, y a conseguir que, en nombre de una soberanía abusiva, no se pueda impedir a los demás la libertad de comercio, de la misma forma que el propietario de un predio no puede eludir aquellas limitaciones que se le imponen en beneficio de la comunidad.

El procedimiento imaginado para alcanzar estos objetivos no ha sido en modo alguno una convención que dejara abiertas de par en par las fronteras aéreas de todos los países, sino el establecimiento de las llamadas "cinco libertades", que se van introduciendo progresivamente en los Convenios de Chicago.

Uno de ellos, el "Acuerdo sobre el tránsito de los servicios aéreos internacionales" introducía las dos primeras.

El "Acuerdo sobre el transporte aéreo internacional" introducía las tres restantes.

En conjunto, estas "cinco libertades" representan:

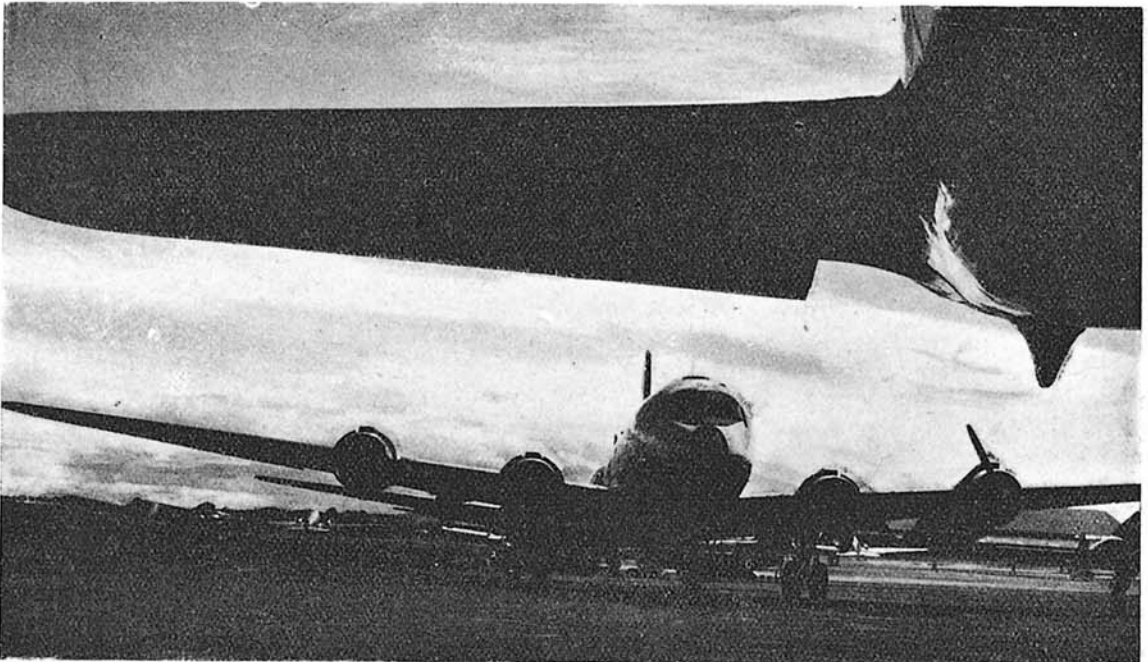
1.<sup>a</sup> Libertad de volar sobre cualquier Estado contratante, sin aterrizar.

2.<sup>a</sup> Libertad de aterrizar para fines no comerciales (arreglo de averías, repuesto de gasolina, etc.).

3.<sup>a</sup> Libertad de desembarcar pasajeros, correo o carga, procedentes del país de matrícula de la aeronave.

las "cinco libertades" no obtuvieron una sanción unánime en Chicago, y varios países, entre ellos España, rehusaron su total aceptación. Los que las aceptaron íntegramente firmando el "Acuerdo sobre el transporte aéreo internacional", vuelven ahora sobre sus pasos mediante su denuncia, formulada por país tan significado en este aspecto como Norteamérica.

Ante el fracaso que esto representa, ha vuelto a plantearse la cuestión por un camino distinto, y en la primera Asamblea de PICAQ, en Montreal, se pone a discusión



*Aviones comerciales preparados para despegar.*

4.<sup>a</sup> Libertad de tomar pasajeros, correo o carga para el país de matrícula de la aeronave.

5.<sup>a</sup> Libertad de tomar pasajeros, correo o carga en territorio de un país contratante a otro, o viceversa.

Obsérvese, pues, que las susodichas "cinco libertades" no representan un aire libre, de la manera que se admite hoy día para el alta mar, sino que se circunscriben únicamente a la aviación comercial y dejan a un lado la libertad de volar para los aviones militares y del Estado.

A pesar de esta modestia de propósitos,

el "Acuerdo multilateral sobre derechos comerciales". Para los no iniciados, el título de este Acuerdo necesita una aclaración, si se quiere dar una idea de su contenido. Dicho Acuerdo tiene por objeto la introducción de la quinta libertad por medio de un pacto multilateral, que, naturalmente, va entrando en vigor para aquellos países que van suscribiéndolo y a medida que lo hacen. Se espera que este procedimiento permita un número de adhesiones que no obtuvo el "Acuerdo sobre el transporte".

Por lo pronto, en Montreal se invitó a todos los países a que expusieran su punto de vista sobre el proyecto, y en la actualidad

sigue sometido a una especie de plebiscito de los diferentes países interesados, con vistas a encontrar un texto definitivo que merezca la universal aprobación.

Las bases fundamentales del acuerdo son:

Primera. Introducción de la "quinta libertad" para el tráfico de líneas aéreas, si bien estableciendo un juego de tarifas y una regulación de la capacidad de transporte que impida la competencia abusiva.

Segunda. Creación de una Junta superior como órgano jurisdiccional encargado de resolver las contiendas a que la aplicación del Acuerdo dé lugar.

El primer punto ha sufrido numerosas objeciones. Algunos países, para admitir la libertad de tráfico a través de su territorio, exigen aterrizajes en determinados aeropuertos nacionales, tratando así de proporcionar a éstos una vida artificial, que quizá no tendrían de permitir que el transporte siga sus rutas y etapas más naturales y económicas. Con ello, al subordinar su adhesión a la obtención de determinados privilegios o reservas, ponen en peligro el nacimiento del Acuerdo multilateral, que exige una igualdad de concesiones recíprocas.

Por otra parte, debe tenerse en cuenta que, si bien es cierto que sería duro exigir a las Empresas de transporte el que en determinados trayectos de una línea de largo recorrido lleven sus aparatos casi vacíos por falta de viajeros que hagan el recorrido total, no es menos cierto que los países no tolerarán fácilmente que dichas líneas, cuya finalidad principal consiste en servir una necesidad de transporte entre el punto de partida y el de destino, vayan a su paso absor-

biendo el tráfico de vecindad (es decir, el que enlaza únicamente dos países entre sí) y constituyan una seria competencia para las líneas que explota éste. Aunque se establezcan para estas últimas unas tarifas más ventajosas que mitiguen los efectos de la competencia, no por eso dejará el problema de ofrecer serias dificultades.

Por último, no debe olvidarse la desigualdad existente en la actualidad por lo que a material aeronáutico se refiere. Sólo unas cuantas naciones están en condiciones de suministrar éste en forma adecuada, y este monopolio de producción y venta podría frustrar los fines amplios del Acuerdo.

Como se ve, la cuestión aparece hoy por hoy en una forma bastante compleja, y serán necesarias fuertes dosis de buena voluntad y de trabajo para llegar a una solución satisfactoria. Sin embargo, de lo expuesto se deduce claramente que los propósitos actuales, en orden a la libertad del aire, son modestos y no buscan en modo alguno un aire totalmente libre, con supresión de la soberanía estatal.

¿Se llegará algún día, una vez superadas las actuales etapas, a la consecución de una libertad del aire idéntica a la de los mares?

Dios lo quiera, pues ello significaría que se había alcanzado un grado de comprensión y colaboración internacional que hoy aparece todavía muy distante. Pero antes sería de desear que el modelo alcanzase una mayor perfección, para que nunca pudiera afirmarse que el mar o el aire están a merced de la flota aérea o naval más poderosa, y esta afirmación se nos aparece todavía hoy tan lejana como una utopía.

