

Moyano, César

El protocolo de Montreal de 1984 y la violación del espacio aéreo por aeronaves civiles
Boletín Mexicano de Derecho Comparado, vol. XXVI, núm. 76, enero - abril, 1993, pp. 155-184
Universidad Nacional Autónoma de México
Distrito Federal, México

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=42707606>



Boletín Mexicano de Derecho Comparado,
ISSN (Versión impresa): 0041-8633
bmdc@servidor.unam.mx
Universidad Nacional Autónoma de México
México

EL PROTOCOLO DE MONTREAL DE 1984 Y LA VIOLACIÓN DEL ESPACIO AÉREO POR AERONAVES CIVILES

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Violación del espacio aéreo.* 1. *Concepto de espacio aéreo.* 2. *Soberanía estatal sobre el espacio aéreo.* 3. *Casos.* 4. *Consecuencias.* III. *Protocolo de enmienda de 1984 al Convenio de Chicago.* 1. *Objeto.* 2. *Prohibiciones, derechos y obligaciones.* IV. *Conclusiones.*

I. INTRODUCCIÓN

Este tema tiene una gran importancia tanto para el derecho constitucional como para el derecho internacional y el derecho aéreo, pues se refiere a la forma como los Estados regulan el ejercicio de su soberanía en el espacio aéreo que cubre su territorio, frente a una posible violación por vuelos que realicen aeronaves civiles.

La reglamentación positiva surgió ante la conmoción que causó en la comunidad internacional el derribo del avión de Korean Airlines, en septiembre de 1983. En efecto, este lamentable hecho, donde murieron 269 personas, hizo que la Organización de Aviación Civil Internacional (OACI), se dedicara al estudio de una reglamentación clara y precisa, que conjugara los intereses del Estado territorial relacionados con el ejercicio de su soberanía en el espacio aéreo y los de la comunidad internacional referidos a la seguridad de la aviación civil.

Resultado de los estudios preparatorios y de la Asamblea Extraordinaria de la OACI que para tal fin se convocó, fue la aprobación del "Protocolo relativo a una enmienda al Convenio de Aviación Civil Internacional", firmado en Montreal el 10 de mayo de 1984, por el cual se introdujo un nuevo artículo, el 3º bis, a la codificación precitada.¹

Dentro de los proyectos de enmienda presentados a la Asamblea de la OACI, debe recordarse el preparado por la Comisión Latinoamericana de Aviación Civil (CLAC), resultado de la reunión que di-

1 OACI, doc. 9436, 1984.

cha entidad convocó y llevó a cabo en México, concretamente en la Hacienda de Cocoyoc, del 28 al 30 de marzo de 1984, que se tituló "Principios básicos en relación con la interceptación de aeronaves civiles".

El protocolo de 1984 requiere para entrar en vigor la ratificación de 102 Estados, como se prescribe en el propio instrumento, de acuerdo con el literal *a* del artículo 94 del Convenio de Chicago. Actualmente son parte de este tratado 163 Estados. El protocolo ha sido ratificado por 61 gobiernos, hasta marzo de 1991, entre los cuales se encuentra el de México, quien depositó el instrumento de ratificación en la Secretaría General de la OACI el 20 de junio del año pasado, tal como se confirma en el Decreto promulgatorio de dicho protocolo, de 28 de agosto de 1990, publicado en el *Diario Oficial de la Federación*, el 24 de enero de 1991.

Como la vigencia del protocolo, y por tanto del nuevo artículo, parece aún distante, hemos creído conveniente referirnos, en primer lugar, a la normatividad que actualmente regula el ejercicio de la soberanía territorial del Estado sobre su espacio aéreo, relacionada fundamentalmente con el sobrevuelo de aeronaves civiles, para luego ver el contenido y alcance del artículo 3º *bis*.

II. VIOLACIÓN DEL ESPACIO AÉREO

1. *Concepto de espacio aéreo*

La precisión del concepto de "espacio aéreo" tiene una trascendencia fundamental para el derecho constitucional y el internacional, pero quizás donde más se ha luchado en aras de su determinación es en el derecho aéreo, toda vez que dicho espacio es el ámbito en el cual se desarrolla la actividad aeronáutica.

Al estudiar los entes sobre los cuales el Estado ejerce soberanía, se observa cómo han venido determinándose con bastante precisión desde siglos atrás, siendo la excepción todo lo que se refiere al espacio aéreo, pues los Estados se preocuparon por su reglamentación jurídica sólo cuando se inicia la aeronavegación.

Una de las primeras cuestiones que han ocupado la atención de los juristas desde la aparición del derecho aéreo, ha sido la necesidad de hallar un concepto del espacio aéreo que tenga una plena aceptación. Y esta necesidad se ha hecho más evidente e imperiosa al surgir el derecho espacial, pues su determinación es presupuesto in-

dispensable para poder precisar el campo de aplicación de cada uno de estos ordenamientos jurídicos.

El primer paso para la elaboración de un concepto del espacio consiste, como observa Federico Videla, tratadista argentino, en dejar aclarada su distinción con el aire. En rigor, "el espacio es el continente y el aire es el contenido". El aire, concluye el profesor argentino, puede ser un elemento etéreo, sin límites ni medidas, dotado de movilidad y fluidez constantes e inherentes a su cualidad física de masa gaseosa, de donde resulta totalmente inapropiable. Por el contrario, agrega, el espacio es susceptible de apropiación al menos en cierta medida y, por consiguiente, es apto para ser objeto de derechos de soberanía y dominio.²

Para Álvaro Bauzá, jurista y tratadista uruguayo, el aire es el elemento móvil y fluctuante que los romanos consideraban como *res communis omnium*, es decir, como cosa de propiedad y utilización de todas las personas, a diferencia del espacio aéreo, límite o marco dentro del cual se encuentra contenido el aire. Este espacio, siendo ubicable, medible y delimitable, puede ser objeto de propiedad como de soberanía. Por ello puede concluirse con el citado profesor, que el "aire, sin límites ni medida, no es susceptible de apropiación", lo que no sucede con el espacio aéreo, constante y limitado, que sí "puede ser objeto de soberanía".³

2. Soberanía estatal sobre el espacio aéreo

En el Convenio de Aviación Civil Internacional, suscrito el 7 de diciembre de 1944, se plasma el reconocimiento de la soberanía del Estado, plena y exclusiva, "en el espacio aéreo situado sobre su territorio" (artículo 1º).⁴

No hay dudas de que esta concepción —la de una soberanía absoluta e indivisible—, explica, como se afirma comúnmente, la estructura de la sociedad internacional contemporánea a escala mundial:

2 Videla Escalada, Federico, *Manual de derecho aeronáutico*, Buenos Aires, Víctor P. Zavalía Editor, 1979, p. 60.

3 Bauzá Araujo, Álvaro, *Tratado de derecho aeronáutico*, Montevideo, Ediciones Amalio Fernández, 1976, t. I, p. 121.

4 Con anterioridad se había reconocido internacionalmente este principio de soberanía territorial sobre el espacio aéreo en la Convención Internacional de Navegación Aérea, aprobada en París el 13 de octubre de 1919; en la Convención Iberoamericana, de 1º de noviembre de 1926 y en la Convención de Aviación sobre Aviación Civil Comercial, firmada en La Habana, en 1928. Cfr. Moyano Bonilla, César, *Violación del espacio aéreo e intercepción de aeronaves*, Montevideo, 1985, pp. 49-57.

“esta es, efectivamente —sobre todo si se encara la posición de las grandes potencias—, un orden de coexistencia y coordinación de entidades políticas que no soportan, *al menos en apariencia*, ningún tipo de usurpación de la plenitud de su poderío y de su autodeterminación en las relaciones internacionales” (subrayamos).⁵

Sobre el reconocimiento de la soberanía estatal en su espacio aéreo, consideramos de interés recordar lo que la Corte Internacional de Justicia (CIJ) expresó, recientemente, en su sentencia sobre el caso Nicaragua *vs.* Estados Unidos de América, de 27 de julio de 1986. Allí se lee:

Por lo que se refiere al espacio aéreo, la Convención de Chicago sobre Aviación Civil de 1944, en su artículo 1º, reproduce el principio de respeto a la exclusiva soberanía del Estado sobre la columna de aire que se encuentra por encima de su territorio. De igual forma, la Convención de Ginebra de 1958 sobre el mar territorial, especifica que la soberanía del Estado costero se extiende a la columna de aire que se encuentra por encima de su mar territorial. De la misma forma, se encuentra también regulado en el Convención de Naciones Unidas sobre Derecho del Mar de 1982. La Corte no tiene la menor duda de que dichas disposiciones son el reflejo de una costumbre internacional obligatoria.⁶

El Convenio de Chicago, a continuación del precepto anterior, determina lo que debe entenderse por territorio, a efectos de dicho tratado, así: “...se consideran como territorio de un Estado las áreas terrestres y las aguas territoriales adyacentes a ellas que se encuentran bajo la soberanía, dominio, posesión o mandato de dicho Estado” (artículo 3º).⁷

Respecto de la disposición anterior, cabe observar: primero, que en ella no se define lo que debe entenderse por “aguas territoriales” ni “áreas terrestres”, por lo cual consideramos que para su determinación se debe acudir al derecho internacional; segundo, que surge un problema de interpretación respecto a los dos conceptos indica-

5 Pescatore, Pierre, *Derecho de la integración: nuevo fenómeno en las relaciones internacionales*, Buenos Aires, BID/INTAL, 1973, p. 27. Consideramos que la realidad de las relaciones internacionales demuestra cómo se va erosionando cada vez más el concepto de soberanía; piénsese tan sólo en las normas imperativas de derecho internacional general y en la interdependencia económica de los Estados.

6 Cfr. Ortiz Ahlf, Loretta, “Sentencia de la Corte Internacional de Justicia en el conflicto Nicaragua *vs.* los Estados Unidos de América, el 27 de junio de 1988”, *Relaciones Internacionales*, México, nueva época, vol. XI, núm. 46, p. 30.

7 OACI, doc. 7300/6, p. 2.

dos, pues debe determinarse si ellos se refieren a los vigentes en 1944 o hacen relación a los que existen en el momento de su aplicación, y, tercero, que tampoco se precisa el límite exterior del espacio aéreo, el cual, por cierto, continúa siendo objeto de discusión tanto en la doctrina como en la Comisión sobre Utilización del Espacio Ultraterrestre con Fines Pacíficos.

Cabe recordar, en cuanto a las dos primeras cuestiones, que el Comité Jurídico de la OACI incluyó en su programa general de trabajo el tema "Convención de las Naciones Unidas sobre el derecho del mar — Posibles repercusiones en la aplicación del Convenio de Chicago, sus anexos y otros instrumentos de derecho aéreo internacional". Su análisis se encuentra pendiente de iniciarse sobre la base del estudio preparado por la Secretaría de ese organismo⁸ y de las opiniones de los gobiernos. Este tema está siendo objeto de estudio, también, en algunos organismos especializados, como es el caso del Instituto Uruguayo de Derecho Aeronáutico, del Espacio y de la Aviación, en donde se analizó en su IX Simposio, celebrado en Montevideo en 1990.⁹

En cuanto al límite exterior del espacio aéreo, su debate continúa, como indicamos, en la citada comisión de la ONU. Son numerosas y diversas las teorías que se han expuesto sobre este particular, por lo cual se las ha reunido en dos grandes grupos, a saber: las teorías espaciales, fundamentadas en consideraciones técnicas o físicas; y las teorías funcionales, que se basan en el concepto de la actividad espacial.¹⁰

La propuesta que actualmente parece tener más aceptación, considera que el "perigeo más bajo de un satélite en órbita sería el límite inferior del espacio ultraterrestre", y sostiene que debe confirmarse como norma de derecho internacional consuetudinario el precepto según el cual "todos los satélites artificiales de la tierra, situados en la órbita terrestre, están en el espacio ultraterrestre". Esta teoría propugna, igualmente, por un espacio aéreo estatal de 90 kilómetros, a partir del nivel del mar.¹¹

8 Cfr. OACI, LE 4/41-84/33.

9 Cfr. Moyano Bonilla, César, "La Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar y su incidencia en el Convenio de Chicago", ponencia presentada en el IX Simposio Internacional de Derecho Aeronáutico y Espacial, Montevideo, 1990.

10 Cfr. Moyano Bonilla, César, *op. cit.*, nota 4, pp. 67 y ss.

11 La base de esta propuesta se encuentra en el documento de trabajo presentado por la delegación de la Unión Soviética en 1983 (A/AC.105/C.2/L. 139). Cfr. Naciones Unidas, Informe de la Comisión sobre Utilización del Espacio Ultraterrestre con fines Pacíficos, Nueva York, 1990, pp. 19 y ss., y A/AC.105/457, pp. 26 y ss.

Ahora bien, como el espacio aéreo es parte integrante del territorio estatal, es, como éste, inviolable, razón por la cual el sobrevuelo y aterrizaje de las naves extranjeras, tanto civiles como militares, están prohibidos, en principio, salvo que exista un acuerdo consignado en un tratado internacional o en un permiso especial del gobierno del estado territorial.

Para regular esta situación, el Convenio de Chicago establece una distinción entre "aeronaves de Estado" y "aeronaves civiles o privadas".

A la primera clase corresponden las aeronaves¹² "utilizadas en servicios militares, de aduana o de policía" (literal *b*, del artículo 3º),¹³ y para ellas está terminantemente prohibido volar "sobre el territorio de otro Estado" o aterrizar en él, salvo autorización especial y siempre que se realice el vuelo "de conformidad con las condiciones de la autorización" mencionada (literal *c*, del artículo 3º).

Este mismo principio se aplica a la "aeronave capaz de volar sin piloto", por disposición del precitado Convenio (artículo 8º).

La segunda clase de aeronaves, es decir, las civiles o privadas, son, por exclusión, las que *no* se encuentran comprendidas dentro de las llamadas "de Estado", y el Convenio de Chicago, a efectos de la regulación del sobrevuelo, distingue entre las que se utilizan o no, en "servicios internacionales regulares".

A las aeronaves que *no* se dedican a tales servicios, se las autoriza a penetrar en el territorio de los Estados "o sobrevolarlo sin escalas, y a hacer escalas en él con fines no comerciales, sin necesidad de obtener permiso previo", a reserva del "derecho del Estado sobrevolado" de exigirles aterrizar (inciso 1 del artículo 5º).

Es decir, las aeronaves civiles que no prestan servicios internacionales regulares, tienen el llamado "pasaje inofensivo" o "tránsito inocente", con lo que se quiere significar "el privilegio de volar sobre el territorio sin aterrizar", como lo precisa el Convenio sobre Transporte Aéreo Internacional (sección I).¹⁴

12 Es "cada aparato capaz de mantenerse en la atmósfera gracias a la resistencia del aire y destinado a la navegación aérea" (artículo 1º de la Convención Aérea de La Haya de 1933). *Cf.* Videla Escalada, Federico, *op. cit.*, nota 2, p. 107.

13 Los profesores Mario O. Folchi y Eduardo T. Cosentino, en su obra *Derecho aeronáutico y transporte aéreo*, Buenos Aires, Astrea, pp. 125 y ss., estudian los diversos criterios que se han expuesto para sustentar la distinción entre aeronaves militares y privadas.

14 Mapelli, Enrique y Comes, Roberto, *Convenios multilaterales sobre tráfico aéreo*, Madrid, 1975, p. 291.

A estas aeronaves, igualmente, se les concede la llamada escala técnica, por la que se entiende "el privilegio de aterrizar para fines no comerciales" [Convenio sobre Transporte Aéreo Internacional (sección I)].

Estas dos libertades vienen a restringir, a limitar la llamada "soberanía plena y exclusiva" del Estado sobre su espacio aéreo, no sólo para los Estados obligados por el Convenio sobre Transporte Aéreo Internacional de 1944, sino a todos los demás, porque, desde nuestro punto de vista, dichos preceptos pueden entenderse como normas de derecho internacional consuetudinario, dada su aceptación y práctica generalizada dentro de la comunidad aeronáutica internacional.

Precisada en sus grandes lineamientos la regulación internacional que los Estados siguen actualmente para el ejercicio de su soberanía en el espacio aéreo, es fácil comprender cómo la transgresión de tales disposiciones constituye una violación de su soberanía, pues violar significa "infringir o quebrantar una ley o precepto",¹⁵ y acá estamos frente al quebrantamiento del ordenamiento jurídico del espacio aéreo del Estado sobrevolado.

De donde puede concluirse, en términos generales, que la violación del espacio aéreo ocurre cuando se sobrevuela el espacio aéreo ubicado sobre el territorio de un Estado, sin cumplir las disposiciones legales que él ha establecido a tales efectos.

Cabe observar que la violación puede ser realizada no sólo por las "aeronaves de Estado" y por las "aeronaves civiles", sino también por misiles, tal como ocurrió hace algunos años cuando un cohete soviético ingresó en los espacios aéreos de Noruega y de Finlandia, lo que dio origen no sólo a la protesta diplomática por parte de los Estados afectados, sino, también, a las disculpas del gobierno de la Unión Soviética por el incidente.¹⁶

3. Casos

Enrique Mapelli considera que la violación del espacio aéreo puede darse en las siguientes hipótesis:

1. Cuando se utiliza espacio aéreo que, por razones militares o de seguridad pública, definidas por el propio Estado al que pertenece el

¹⁵ Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*, 20a. ed., Madrid, 1984, t. II, p. 1389.

¹⁶ *La Nación*, Buenos Aires, 5 de enero de 1985, p. 3.

espacio aéreo respectivo, ha sido restringido o prohibido uniformemente para los vuelos de las aeronaves de los otros Estados;

2. Cuando se utiliza espacio aéreo vedado por circunstancias excepcionales durante un periodo de emergencia, establecido por el Estado a que el mismo está adscrito;

3. Cuando un servicio aéreo internacional no sigue la ruta que el Estado subyacente ha determinado;

4. Cuando un servicio aéreo internacional no utilice el aeropuerto que el Estado subyacente ha determinado expresamente.¹⁷

A las anteriores hipótesis agregaríamos la que se presenta cuando la aeronave civil de transporte aéreo internacional penetra el espacio aéreo de un Estado sin la autorización correspondiente.

4 Consecuencias

En el momento en que una aeronave civil entra en el espacio aéreo de un Estado sin tener autorización para ello, o, teniéndola, sin cumplir las condiciones en que le fue otorgado el permiso, surge la interrogante sobre qué clases de medidas puede utilizar el Estado territorial para hacer respetar su soberanía. Para responder a esta cuestión, acudiremos al estudio de la práctica de los Estados, su competencia para establecer sanciones y el uso de la fuerza.

1) *Práctica estatal: reclamación diplomática e interceptación.* Ni en el derecho internacional ni en el derecho aéreo existía, hasta el Protocolo del 10 de mayo de 1984, una disposición que expresamente regulase esta situación.

Además, la práctica de los Estados afectados por una violación a su espacio aéreo ha sido muy variada, pues algunas veces no ha presentado ni una protesta; en otras oportunidades lo han hecho a través de los canales diplomáticos o han obligado al avión "intruso" a aterrizar y, en otras ocasiones, que tampoco pueden considerarse como excepción, se ha disparado sobre la aeronave.

Todo parece indicar que lo lógico y jurídico sería que la aeronave intrusa, civil o militar, obedeciera las órdenes razonables que reciba, pues no debemos olvidar que se encuentra en el espacio aéreo de un territorio extranjero, sobre el cual ejerce soberanía el Estado al que pertenece.

¹⁷ Mapelli, Enrique, *Violación del espacio aéreo e interceptación de aeronaves*, Madrid, Ministerio de Justicia, 1984, p. 14.

Estas órdenes pueden ser de regresar, como lo establecen las regulaciones suecas, o de aterrizar en un lugar determinado, como lo disponen las reglamentaciones de Albania.

El Convenio de Chicago no dice nada respecto a la posibilidad de interceptar una aeronave civil o militar, pero lo cierto es que en su anexo 2, Reglamento del Aire, se destaca cómo el Consejo de la OACI, el 22 de junio de 1966 y el 5 de junio de 1973, convino en recordar a los Estados contratantes la conveniencia de evitar la interceptación de aeronaves civiles y en instarles a hacerlo "exclusivamente como último recurso". Igualmente se pone de relieve en dicho Reglamento, que "es esencial para la seguridad del vuelo que cualquier señal visible empleada en caso de interceptación, emprendida como último recurso, sea correctamente empleada y comprendida por las aeronaves civiles y militares del mundo entero". Con ello se enfatiza el hecho de que el Consejo, al adoptar las señales visuales de interceptación, "instó a los Estados contratantes a que se aseguren de que sus aeronaves de Estado cumplan estrictamente con dichas señales".¹⁸

En cuanto a los objetivos de la interceptación, el adjunto A al anexo 2 del Convenio de Chicago, los precisa así:

La interceptación de aeronaves civiles debería evitarse y únicamente debería emprenderse como último recurso. Si se emprende, la interceptación debería limitarse a determinar la identidad de la aeronave y a proporcionar cualquier guía para la navegación que sea necesaria para la realización segura del vuelo.

En este mismo documento se prescribe respecto del uso de las armas, que "la aeronave interceptora debería abstenerse de utilizar armas en todos los casos de interceptación de aeronaves civiles".¹⁹

2) *Práctica estatal: empleo de las armas.* Válidamente no puede afirmarse que existiera, hasta 1984, una norma específica que prohibiera al Estado territorial hacer uso de la fuerza contra una aeronave civil, por violar su espacio aéreo.

Existió sólo, como vimos, una recomendación del Consejo de la OACI, según la cual "la aeronave interceptora debería abstenerse de utilizar armas en todos los casos de interceptación de aeronaves civiles".²⁰

18 OACI, anexo 2, Reglamento del Aire, p. 20.

19 *Idem*, p. 43.

20 *Cfr.* Adjunto A *Interceptación de aeronaves civiles*, en OACI, anexo 2, *cit.*, p. 43.

Sin embargo, consideramos que para esta clase de situaciones se puede hacer extensivo y aplicable el artículo 2º de la Carta de la ONU, pues allí, en su numeral 4, se dispone: "los miembros de la Organización, en sus relaciones internacionales, se abstendrán de recurrir a la amenaza, o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado, o en cualquier otra forma incompatible con los propósitos de las Naciones Unidas."²¹

La disposición precitada prohíbe la amenaza de la fuerza o su empleo contra la integridad territorial o la independencia política de los Estados. ¿Quiere ello decir que la fuerza física puede ser empleada en aquellos casos en que no se dirige contra alguno de los dos bienes tutelados?

Esta cuestión no es exclusivamente académica, pues si bien es cierto que algunos autores han considerado la posibilidad legal del empleo de la fuerza cuando no va dirigida contra la integridad territorial o la independencia de un Estado, también es cierto que algunos Estados, en ocasiones, lo han sostenido en igual forma. Podemos recordar, por ejemplo, cómo Alfred Verdross en la primera edición de su *Derecho internacional público* afirma esta tesis, y el Reino Unido la sostuvo en su litigio con Albania, cuando el asunto del Canal de Corfú.²²

Esta interpretación no ha hecho carrera, y lo erróneo de ella se corrobora fácilmente, si recordamos la historia de esta parte de la disposición del artículo 2º de la Carta de la ONU.

En efecto, cuando se estaba discutiendo una enmienda propuesta al proyecto de esta norma por Noruega y Brasil, en el sentido de que se agregara una frase en la que se estableciera que el "empleo de la fuerza sólo quedaba autorizado sobre la base de una decisión de las Naciones Unidas", el comité encargado de estudiar la mencionada enmienda, fundamentó su rechazo así:

El comité desea declarar, en vista de la enmienda de Noruega, que el uso unilateral de la fuerza o medidas coercitivas similares no está autorizado ni admitido. El uso de la fuerza en legítima defensa sigue siendo admitido y no está comprometido. Por consiguiente, el uso de la fuerza sólo será legítimo para respaldar las decisiones de la Organización.²³

21 Corriente Córdoba, José A., *Derecho internacional público*, Madrid, Marcial Pons Librero Editor, 1989, p. 664.

22 Jiménez de Aréchaga, Eduardo, *Derecho constitucional de las Naciones Unidas*, Madrid, Escuela de funcionarios Internacionales, 1958, p. 80.

23 *Idem*, p. 88.

Esta interpretación fue ratificada posteriormente en numerosos documentos de la ONU. Un ejemplo es la resolución 2.625 (XXV) que contiene la "Declaración relativa a los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas", pues allí se lee: "los Estados tienen el deber de abstenerse de actos de represalia que impliquen el uso de la fuerza".²⁴ Por represalia debe entenderse el "desquite emprendido por un Estado en respuesta a una actividad ilegal de otro Estado".²⁵ De donde la fuerza no puede emplearse ni como represalia: sólo en caso de legítima defensa.

La prohibición del uso de la fuerza, reconocida además en otros instrumentos internacionales de gran importancia, como el Acta Final de Helsinki,²⁶ se considera como una norma imperativa de derecho internacional, y, por lo tanto, de obligatorio cumplimiento para todos los Estados.²⁷

Por lo expuesto consideramos que, según lo indicado anteriormente, a falta de una norma que expresamente prohíba el empleo de la fuerza contra las aeronaves civiles que violen el espacio aéreo, el principio general de la Carta de la ONU que prohíbe el empleo de la fuerza, es plenamente válido en este caso.

Una interpretación análoga se dio en el Consejo de Seguridad de la ONU, por la mayoría de los gobiernos, cuando se reunió con la finalidad de analizar el abatimiento del avión de Korean Airlines por aviones de combate soviéticos²⁸ 1983, y en el caso más reciente del avión de Iran Air derribado por un misil norteamericano (1988).

a) Avión de Korean Airlines. En el caso del avión de Korean Airlines, el delegado de la República de Corea, Kim, expresó: "No existe disposición en el derecho internacional que justifique el uso

24 Corriente Córdoba, José A., *op. cit.*, nota 21, p. 89.

25 Osmańczyk, Edmund Jan, *Enciclopedia mundial de relaciones internacionales y Naciones Unidas*, Madrid, FCE, 1976, p. 3450.

26 "II. Los estados participantes se abstendrán en sus relaciones mutuas, así como en sus relaciones internacionales en general, de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza... No podrá invocarse ninguna consideración que pueda servir para justificar el recurso de la amenaza o al uso de la fuerza en contravención de este principio...". Cfr. Buergethal, Thomas (ed.) y Hall, Judith R. (col.), *Derechos humanos, derecho internacional y el Acuerdo de Helsinki*, trad. José Clementi, 1977, p. 231.

27 Pastor Ridruejo, José A., *Curso de derecho internacional público y organizaciones internacionales*, 3a. ed., Madrid, Tecnos, 1989, p. 597, y Remiro Brotons, Antonio, *Derecho internacional público*, 1. *Principios fundamentales*, Madrid, Tecnos, 1983, pp. 182 y ss.

28 Moyano Bonilla, César, *op. cit.*, nota 4, pp. 94 y ss.

de la fuerza contra una aeronave civil desarmada, bajo ninguna circunstancia".²⁹

El delegado japonés, Kuroda, en el mismo sentido manifestó:

Las medidas para tratar las violaciones del espacio aéreo constan en los artículos pertinentes y en los Anexos a la convención Internacional de Aviación Civil, que cumplen la mayoría de los Estados miembros de la OACI. Estos artículos establecen que la plena protección y la seguridad de la aviación civil internacional deben ser garantizados. Todas estas disposiciones y, en particular, aquellas que exigen abstenerse del uso de las armas, deben ser plenamente respetadas.³⁰

El delegado de Suecia, Amneus, mantuvo una posición similar al afirmar:

Este acto constituye una violación de normas fundamentales del derecho internacional, de principios humanitarios y de los acuerdos sobre el transporte aéreo civil. Es sumamente importante que se respeten los principios del derecho internacional en el campo de la aviación civil. El sistema de tráfico aéreo se basa en el supuesto de que todos los Estados protegerán la vida de los pasajeros inocentes. En tiempo de paz, un avión civil de ninguna manera debe someterse a actos que puedan poner en peligro su seguridad. Este principio es válido también en los casos en que por fallas en la navegación el avión pueda sobrevolar zonas restringidas. En casos de interceptación de un avión civil, el respeto por la vida humana debe tener precedencia frente a la protección del territorio.

Es un hecho conocido que la Unión Soviética tiene estrictas normas para la protección de sus fronteras, lo que permite que las unidades soviéticas utilicen la fuerza inclusive contra aviones civiles. Estas normas e instrucciones no están de acuerdo con las normas generalmente aceptadas del derecho internacional en lo pertinente al transporte civil.³¹

Los Estados Unidos de Norteamérica se sumaron al repudio de la acción soviética, y luego de que el presidente de ese país calificara dicha acción como un "acto de barbarie", su delegado en el Consejo de Seguridad, afirmó que "no hay hipótesis concebible que permita caracterizar la reacción soviética sino como desproporcionada, desafortada e injustificadamente irresponsable", para afirmar, a continuación, respecto de la normatividad jurídica violada:

²⁹ ONU, S/PV.2470, pp. 8-10.

³⁰ *Idem*, pp. 37-40.

³¹ *Idem*, p. 41.

Primero y ante todo está la obligación legal que deriva de lo que la Corte Internacional de Justicia —cuya jurisdicción, huelga decirlo, la Unión Soviética generalmente no acepta— ha denominado “ciertos principios generales y bienes reconocidos, es decir, consideraciones elementales de humanidad, aún más apremiantes en la paz que en la guerra. Si no existieran otras normas importantes, estos principios bien reconocidos de humanidad debieran impedir que se derribara un avión de pasajeros, un avión de línea claramente identificado, dedicado a la aviación civil internacional.

Pero hay otras normas pertinentes. Están las normas de la Carta relativas a la prohibición del uso de la fuerza...³²

En el proyecto de resolución revisado que presentaron 16 países³³ al Consejo de Seguridad, el 12 de septiembre de 1983, y que fue vetado por la Unión Soviética, se contemplaba: 1) la reafirmación de las normas del derecho internacional que prohíben actos de violencia que constituyan una amenaza para la seguridad de la aviación civil internacional, y 2) el reconocimiento de la importancia del principio de la integridad territorial y la necesidad de emplear solamente los procedimientos acordados internacionalmente para responder a las intromisiones en el espacio aéreo de un Estado.³⁴

b) Avión de Iran Air. El avión civil iraní fue derribado el 3 de julio de 1988, por dos misiles de un barco de guerra estadounidense, el *Vicennes*, lo que ocasionó la muerte de sus 290 ocupantes, dentro de los cuales había nacionales de Irán, Pakistán, Emiratos Árabes Unidos, Yugoslavia e Italia.

El Consejo de Seguridad de la ONU se reunió a solicitud del gobierno de la República Islámica de Irán para estudiar la situación. El ministro de relaciones exteriores iraní, Ali Akbar Velayati, afirmó que la tragedia del ataque contra el avión civil constituía un “horrible asesinato de niños inocentes y de sus padres”, hecho que había afectado tanto a su país como al mundo, por lo cual su gobierno se había sentido obligado “a traer esta matanza, sus causas y sus consecuencias al juicio de la comunidad internacional, en aras de la humanidad y de salvaguardar el derecho internacional”. Lo que recuerda las protestas del gobierno estadounidense con ocasión del derribo del avión de Korean Airlines.

³² *Idem*, p. 21.

³³ República Federal de Alemania, Australia, Bélgica, Canadá, Colombia, Estados Unidos de Norteamérica, Fidji, Filipinas, Francia, Italia, Japón, Malasia, Nueva Zelandia, Países Bajos, Paraguay, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y Tailandia.

³⁴ *Cfr.* S/15966/rev. 1, de 13 de septiembre de 1983.

A continuación el canciller iraní explicó que el avión hacía un vuelo regular entre el aeropuerto de Teherán y Bandar-Abbas, "por una vía aérea establecida y publicada internacionalmente, que lleva el nombre de Ambar 59". Dicha ruta era "utilizada por lo menos catorce veces por semana, cinco de ellas entre los mismos dos aeropuertos". El avión había sido derribado siete minutos después de su partida, cuando volaba "sobre el mar territorial de la República Islámica de Irán".³⁵

Aunque no vamos a entrar en un análisis detallado de las circunstancias que precedieron y de las causas que llevaron a este lamentable hecho, brevemente comentaremos las justificaciones más importantes aducidas por el gobierno estadounidense para derribar el avión comercial, que fueron, entre otras:

A) El avión iraní descendía en dirección del buque de guerra estadounidense. El almirante Crowe afirmó: "la tripulación de barco —se refiere a la del barco de guerra *Vicennes*—, acabó por creer que el avión no sólo mantenía un rumbo estable sino que había ganado altitud y que había descendido cuando se acercaba al barco".

Obsérvese que el *Washington Post* del 5 de julio de ese año, 1988, relató: "El Pentágono recibió un informe posterior al incidente de otro buque que se encontraba en la región —del *USS Sides*— que señalaba que el avión iraní seguía un curso ascendente antes de ser alcanzado".³⁶

B) El avión se había desviado de su ruta. El mismo periódico señalado, en su edición del 6 de julio, citó al presidente del Comité de las Fuerzas Armadas de la Cámara de Representantes del Congreso estadounidense, al comunicar: "Funcionarios del Pentágono dijeron ayer a dirigentes de la Cámara, en una reunión de información, que el avión iraní no estaba fuera del corredor comercial aéreo como Crowe lo había informado originalmente el domingo."³⁷

C) El avión no transmitía las señales apropiadas. El *Washington Post* del mismo 6 de julio, informó: "La fragata *Sides* que operaba cerca del *Vicennes* detectó sólo transmisiones provenientes del canal en modo 3 del *airbus*, y no percibió indicaciones de transmisiones en frecuencia militar."³⁸

35 Naciones Unidas, S./PV. 2818, pp. 7-16.

36 *Idem*, p. 17.

37 *Ibidem*.

38 *Idem*, pp. 17 y ss.

Con fundamento en los hechos anteriores, y en otras consideraciones que omitimos en razón de que no es nuestro propósito el análisis de la responsabilidad de este lamentable suceso, el canciller iraní concluyó afirmando la violación por los Estados Unidos de América de las siguientes normas: párrafo 4 del artículo 2º de la Carta de la ONU; literal *b* del artículo 3º de la definición de agresión, aprobado por la Asamblea General de la ONU, mediante resolución 3.314 (XXIX); artículo 44 del Convenio de Chicago; anexo II del mismo Convenio, y artículo 3º *bis* del Convenio de Chicago, entendido como precepto de derecho internacional consuetudinario.³⁹

Correspondió a George Bush, por aquel entonces vicepresidente de los Estados Unidos de América, justificar el derribo del avión civil iraní ante el Consejo de Seguridad y ante el mundo: "una cosa es clara, dijo, el USS *Vicennes* actuó en legítima defensa." Y agregó:

La información de que disponía el capitán del *Vicennes*, Sr. Rogers, era que se acercaba a su nave un avión militar iraní con intenciones hostiles. Y después de siete advertencias —quiero que el Consejo de Seguridad entienda bien esto—, que no tuvieron respuesta hizo lo que tenía que hacer para proteger su buque y las vidas de su tripulación. Como comandante militar su primer deber y responsabilidad es proteger a sus hombres y a su buque, y así lo hizo.⁴⁰

Sobre este particular, el ministro iraní afirmó:

Si bien todas las pruebas disponibles, incluyendo las actas que leí antes —se referían a la transcripción de las comunicaciones entre Teherán, Bandar-Addas, Dubai y el piloto de la aeronave antes de la tragedia—, muestran que el piloto de la aeronave no recibió advertencia alguna, algunos han aseverado que en tal vuelo de corta distancia y rutinario, no se requería por cierto que el piloto sintonizara la frecuencia civil de emergencia. Además, debido a que el barco no identificó el blanco de sus supuestas advertencias, el piloto de la aeronave de un vuelo regular razonablemente no debe haberlo considerado dirigido directamente contra él. De conformidad con el *The New York Times*, de 6 de julio de 1988: "los funcionarios de la OACI dijeron que ésta requiere que los pilotos de aerolíneas comerciales sintonicen la frecuencia civil sólo en vuelos sobre largas extensiones de agua o sobre áreas remotas como el Ártico. El vuelo de 125 millas del domingo sobre el estrecho de Ormuz no cae dentro de esa categoría".⁴¹

39 *Idem*, pp. 32-35.

40 *Idem*, p. 56.

41 *Idem*, p. 52.

El vicepresidente estadounidense expresó a continuación que compartía el dolor de las familias de las víctimas, para agregar que era

ese sentimiento tan profundo de humanidad común el que ha llevado al gobierno de los Estados Unidos a la decisión de proporcionar indemnización voluntaria *ex gratia* a las familias de los que murieron en el accidente del Iran Air 655... hacemos esta oferta estrictamente como gesto humanitario, no como una cuestión de obligación jurídica, establecido a miles de kilómetros de las fronteras de la potencia que supeuestamente se está defendiendo a sí misma.⁴²

El representante de Italia, Bucci, en la reunión del Consejo de Seguridad de 16 de julio, expresó:

Una presencia naval cuyo propósito es garantizar la libertad de navegación, aunque no haya sido en forma intencional, afectó un vuelo aéreo garantizado por los principios del Convenio de Chicago; principios que fueron reafirmados hace sólo unos años —se refiere al protocolo de 1984— por los miembros de la OACI...

Se cometió un error trágico. Sin embargo, es una realidad que una unidad militar destruyó una aeronave civil que no tenía intenciones hostiles. Los hechos que se señalan a la atención del Consejo plantean interrogantes preocupantes respecto de los límites de la tecnología moderna y, por consiguiente, indican que necesitamos aplicar normas más estrictas para la protección de los vuelos de aviones civiles.⁴³

El representante de China, Li Luye, en su intervención del mismo día, se refirió a la responsabilidad y a la necesidad del respeto de las normas que tienden a preservar la seguridad de la aviación civil, así:

Estimamos que al gobierno de los Estados Unidos le corresponde la responsabilidad ineludible por este incidente. Compartimos la opinión del Secretario General, su Excelencia el Sr. Pérez de Cuéllar, expresada en su declaración sobre el incidente, de que la cuestión de la responsabilidad no puede ignorarse si ha de evitarse una repetición de tal tragedia...

El gobierno chino se encuentra profundamente preocupado por la seguridad de todos los países. En nuestro concepto, las normas del derecho internacional que prohíben acciones militares y actos de vio-

⁴² *Idem*, S/PV. 2819, pp. 18-20.

⁴³ *Idem*, p. 22.

lencia que amenacen la seguridad de la aviación civil internacional y su operación normal, deben ser estrictamente observadas.⁴⁴

Al-Shaali, representante de los Emiratos Árabes Unidos, reiteró la inexistencia de cualquier justificación para el empleo de las armas contra un avión civil y la responsabilidad del gobierno estadounidense:

Cualesquiera sea nuestra afiliación política no podemos dejar de condenar la agresión cometida contra el avión de línea... no podemos hallar justificación alguna para que un avión de línea civil se haya convertido en un blanco militar.

Por tanto los Estados Unidos deben asumir una total y plena responsabilidad por la tragedia en razón de que sus fuerzas no se aseguraron que su blanco no era militar.⁴⁵

El representante del Brasil, que en ese momento presidía las reuniones del Consejo, reiteró la necesidad de proteger la seguridad de la aviación civil y el cumplimiento de las normas que existen sobre el particular, especialmente el no uso de las armas, al sostener:

Tenemos lá firme convicción de que la aviación civil internacional es un factor de paz y de acercamiento entre los pueblos. Por tanto, su seguridad no puede ponerse en peligro. Con este fin, deben respetarse determinadas normas que rigen la conducta internacional, tales como las normas y prácticas recomendadas en el Convenio de Chicago de 1944 y en sus anexos, en particular las que se refieren a la no utilización de armas contra aviones civiles...⁴⁶

El Consejo de Seguridad aprobó la resolución 616 de 20 de julio de 1988, en la que se omitió cualquier condena contra los Estados Unidos de América, tal como lo solicitó el representante iraní, expresando en sus partes más importantes:

El Consejo de Seguridad,

.....

Lamentando profundamente el hecho de que un avión civil de Iran Air —vuelo regular internacional 655— haya sido destruido en vuelo sobre el estrecho de Ormuz por un misil lanzado desde el buque de guerra de los Estados Unidos USS *Vicennes*...

44 *Idem*, pp. 28-30.

45 *Idem*, p. 56.

46 *Idem*, S/PV. 2820, p. 37.

1. Expresa su profundo pesar por el derribo de una aeronave civil de Irán por un misil lanzado desde un buque de guerra de los Estados Unidos y lamenta profundamente la trágica pérdida de vidas inocentes;
2. Expresa sus sinceras condolencias a las familias de las víctimas del trágico suceso y a los pueblos y gobiernos de sus respectivos países de origen;
3. Acoge con beneplácito la decisión de la Organización de Aviación Civil Internacional, en respuesta a la solicitud de la República Islámica del Irán, de iniciar "inmediatamente una investigación para determinar todos los hechos pertinentes y los aspectos técnicos de la cadena de sucesos relativos al vuelo y a la destrucción de la aeronave" y acoge con beneplácito los anuncios hechos por los Estados Unidos de América y por la República Islámica de Irán de sus decisiones de cooperar en la investigación de la Organización de Aviación Civil Internacional;
4. Insta a todas las partes en el Convenio de Aviación Civil Internacional, firmado en Chicago en 1944, a que observen en la mayor medida posible, en todas las circunstancias, las normas y prácticas internacionales relativas a la seguridad de la aviación civil, en particular las que figuran en los anexos a ese Convenio, a fin de evitar la repetición de incidentes de la misma naturaleza...⁴⁷

El Consejo de la OACI luego de haber estudiado el informe del equipo de investigación sobre el accidente del avión iraní (C-WP/8708), lo mismo que el presentado por la Comisión de Aeronavegación (C-WP/8803), aprobó una resolución, luego de difíciles negociaciones, con base en el proyecto presentado por el representante del Reino Unido y apoyado por la República Federal de Alemania, Canadá, España, Francia, Italia, Japón, Suecia y Suiza, el 17 de marzo de 1989.

A este proyecto, interesa recordar, los representantes de la Unión Soviética y de Checoslovaquia propusieron una enmienda al párrafo sexto, para que dijese: "*Condena* el uso de la fuerza armada contra la aviación civil, incluso el acto que provocó la trágica destrucción del avión comercial de la Iran Air y la pérdida de 290 vidas, advirtiendo la serie accidental de hechos y errores en la identificación de la aeronave."

Esta enmienda fue rechazada por el representante del gobierno estadounidense, y al ser puesta a votación no alcanzó los 17 votos requeridos, por lo cual se votó el proyecto de resolución del Reino Unido, previa la aceptación de algunas modificaciones para obtener su aprobación por consenso.

⁴⁷ *Idem*, resoluciones y decisiones del Consejo de Seguridad, Nueva York, 1988, p. 19.

La resolución aprobada señala en sus partes más importantes lo siguiente:

El Consejo de la Organización de Aviación Civil Internacional,

...

Recordado que el 25 periodo de sesiones (extraordinario) de la Asamblea en 1984 reconoció unánimemente la obligación de los Estados de abstenerse de recurrir al uso de las armas en contra de las aeronaves civiles en vuelo;

Reafirmando su política de condenar el uso de las armas contra aeronaves civiles en vuelo, sin perjuicio de las disposiciones de la Carta de las Naciones Unidas;

Deplora profundamente el trágico incidente que se produjo como resultado de hechos y errores en la identificación de la aeronave, provocando la destrucción accidental de un avión comercial de la Iran Air y la pérdida de 290 vidas;

Expresa una vez más su profundo pesar y condolencias al gobierno de la República Islámica del Irán y a las afligidas familias;

Insta una vez más urgentemente a todos los Estados contratantes que aún no lo hayan hecho, a ratificar, lo antes posible, el Protocolo que incorpora el artículo 3^o bis al Convenio de Aviación Civil Internacional;

Toma nota del informe de la investigación de los hechos iniciada por el secretario general y hace suyas las conclusiones de la Comisión de Aeronavegación acerca de las recomendaciones en materia de seguridad contenidas en el mismo;

Insta a los Estados a tomar las medidas necesarias para salvaguardar la seguridad de la navegación aérea, en particular garantizando la efectiva coordinación de las actividades civiles y militares y la correcta identificación de las aeronaves civiles.⁴⁸

Consideramos que la prohibición del uso de las armas en contra de las aeronaves civiles constituye una norma de derecho internacional consuetudinario, pues no puede llegarse a otra conclusión, si se tiene presente las intervenciones de los representantes de los Estados en el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, en el Consejo de la OACI, y las resoluciones aprobadas en dichos organismos. En efecto, todo ello constituye prueba incontrovertible del constante y firme repudio por parte de la comunidad internacional del empleo de las armas contra las aeronaves civiles en vuelo y de su convicción de la obligatoriedad para los Estados de no acudir a ellas, salvo en el caso de legítima defensa.

48 C-DEC 126/20, apéndice, p. 3.

El gobierno de Irán solicitó a la Corte Internacional de Justicia, el 17 de mayo de 1989, que iniciara un procedimiento contra el gobierno de los Estados Unidos de América, por

la destrucción de una aeronave iraní, Airbus A-300, vuelo 655 de Iran Air, y la muerte de 290 pasajeros y tripulantes por dos misiles tierra-aire lanzados desde la nave de los Estados Unidos de América, Vicennes, crucero con misiles guiados asignados a la fuerza de los Estados Unidos en el Golfo Pérsico y el Oriente Medio, ocurrida en el espacio aéreo del Irán sobre las aguas territoriales de la República Islámica en el Golfo Pérsico, el 3 de julio de 1988.⁴⁹

El gobierno iraní pidió que la corte declare: 1) que la resolución del Consejo de la OACI del 17 de marzo de 1989, citada anteriormente, es errónea, porque dicho gobierno considera que el de los Estados Unidos ha violado el Convenio de Chicago: a) artículos 1º, 2º, 3º bis y 44, literales *a* y *h*, lo mismo que su anexo 15; b) que el gobierno estadounidense ha transgredido los artículos 1º, 3º y 10, numeral 1, del Convenio de Montreal para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil, de 23 de septiembre de 1971, y c) que

el gobierno de los Estados Unidos debe pagar una indemnización a la República Islámica por el monto que fije la Corte sobre la base de los perjuicios sufridos por la República Islámica y por los familiares de los muertos como resultado de esas transgresiones, incluidos los daños económicos adicionales que Iran Air y los familiares de los muertos hayan sufrido en razón de la perturbación de sus actividades.⁵⁰

El fallo de la CIJ demorará aún, pero creemos que la sentencia será, como en el caso de Nicaragua, condenatoria.

3) *Sanciones*. El Estado territorial que ha sido víctima de una violación de su espacio aéreo por una aeronave civil, tiene, indudablemente, todo el derecho de sancionar a los infractores de tal hecho ilícito, de acuerdo con su legislación interna, así como también se encuentra facultado para hacer lo propio respecto a quienes se abstengan de cumplir las disposiciones para la entrada y la salida de la aeronave de su territorio.

⁴⁹ Naciones Unidas, Informe de la Corte Internacional de Justicia, 1º de agosto de 1989 a 31 de julio de 1990, Nueva York, 1990, p. 7.

⁵⁰ *Idem*, p. 8.

Lo mismo puede decirse de su competencia para hacer cumplir las normas que regulan la operación y navegación de las aeronaves sobre su territorio, tal como lo autoriza el propio Convenio de Chicago cuando dice que las disposiciones que acabamos de mencionar se aplicarán a las aeronaves de todos los Estados contratantes, "sin distinción de nacionalidad" y que "dichas aeronaves deberán cumplir tales leyes y reglamentos a la entrada, a la salida y mientras se encuentran dentro del territorio de ese Estado" (artículo 11).

No debe olvidarse que es precisamente este Convenio de Chicago el que no sólo autoriza a los Estados a reglamentar las situaciones anteriormente mencionadas, sino que establece la obligación para los Estados contratantes de adoptar medidas que aseguren que todas las aeronaves que vuelen sobre su territorio o maniobren en él, así como todas las aeronaves que lleven la marca de su nacionalidad, donde quiera que se encuentren, observen las reglas y reglamentos en vigor relativos a los vuelos y maniobras de las aeronaves en tal lugar (artículo 12).

Por tanto, el Estado no sólo se encuentra facultado para sancionar las violaciones de las normas de la naturaleza comentada que ocurran dentro de su territorio, sino también fuera de él, cuando las aeronaves que lleven el distintivo de su nacionalidad, infringen las disposiciones indicadas en el territorio de otros países. Es decir, quien viola el espacio aéreo de un Estado bien puede ser sancionado por dicho Estado o por aquel cuya nacionalidad ostenta. "Cada Estado contratante —dispone el Convenio de 1944—, se compromete a asegurar que se proceda contra todas las personas que infrinjan los reglamentos aplicables" (artículo 12).

III. PROTOCOLO DE ENMIENDA DE 1984 AL CONVENIO DE CHICAGO

Este protocolo fue adoptado por la Asamblea de la OACI en su vigésimo quinto periodo de sesiones extraordinarias, reunido en Montreal del 24 de abril al 10 de mayo de 1984. Asistieron 107 Estados contratantes del Convenio de Chicago, un Estado no contratante y 11 organismos internacionales.

1. Objeto

¿Cuál es el objetivo que se persigue con el Protocolo que adiciona el artículo 3º bis al Convenio de Chicago? Indudablemente con él se

busca la protección de la vida humana, pues en el preámbulo de dicho instrumento se afirma que "debe garantizarse la seguridad y la vida de las personas a bordo de las aeronaves civiles". Y garantizar es proteger contra un riesgo. Acá, el riesgo no es otro que el uso de las armas. De allí que se reconozca "el deseo general de los Estados contratantes" por "ratificar el principio de no recurrir a las armas en contra de las aeronaves civiles en vuelo".⁵¹

Lo anterior, sin menoscabo del otro valor de fundamental importancia para el Estado: el respeto de su soberanía. Por ello la decisión de los Estados contratantes de "tomar medidas apropiadas para evitar que se viole el espacio aéreo de otros Estados".

Este objetivo de proteger la vida de los seres humanos que se encuentran a bordo de las aeronaves civiles en vuelo, es un principio que encuadra perfectamente dentro de la finalidad del Convenio de Chicago, que persigue el desarrollo de la aviación civil de "manera segura y ordenada", para en esa forma cumplir con uno de sus propósitos más importantes: contribuir a "crear y a preservar la amistad y el entendimiento entre las naciones y los pueblos del mundo".

2. *Prohibiciones, derechos y obligaciones*

Del análisis del artículo 3º bis, se advierte la existencia de las disposiciones siguientes:

- a) Prohibición para los Estados de recurrir al uso de las armas en contra de las aeronaves civiles en vuelo;
- b) Derecho de Estado sobrevolado a interceptarlas;
- c) Derecho del Estado sobrevolado a exigirles aterrizar;
- d) Obligación para los Estados de publicar sus reglamentos vigentes sobre interceptación de esta clase de aeronaves;
- e) Obligación para las aeronaves civiles de acatar las órdenes de aterrizar dadas por el Estado sobrevolado;
- f) Obligación para los Estados de sancionar severamente la transgresión de las normas de su ordenamiento jurídico que establezcan para la aeronave civil el deber de acatar las órdenes del Estado sobrevolado, y

g) Obligación para los Estados de prohibir el uso deliberado de aeronaves civiles con fines incompatibles con el Convenio de Chicago.

Respecto de las prohibiciones, los derechos y las obligaciones que acabamos de enunciar, creemos prudente hacer, muy brevemente,

51 OACI, doc. 9436, 1984.

los siguientes comentarios, siguiendo para ello el orden en que fueron expuestos.

a. *Prohibición para los Estados de recurrir al uso de las armas en contra de las aeronaves civiles en vuelo.* Como advertíamos, anteriormente no existía una disposición específica que prohibiera el empleo de las armas contra las aeronaves civiles que ilegalmente sobrevuelan el espacio aéreo de un Estado, aunque, a nuestro entender, dicha prohibición está comprendida dentro de la prohibición general del empleo de la fuerza armada que se encuentra en la Carta de la ONU, y que puede considerarse, además, como una norma imperativa de derecho internacional general, aceptada y reconocida por la comunidad internacional de los Estados en su conjunto, que no admite acuerdo en contrario. Ello es así, porque se trata de una disposición que "no representa los intereses particulares de los estados, sino los intereses corporativos de la comunidad internacional".⁵²

La mayoría de los Estados que intervinieron en el Consejo de Seguridad de la ONU cuando los debates sobre el abatimiento del avión de Korean Airlines y de Iran Air llegaron a esta misma conclusión, y, más recientemente, en el Consejo de la OACI ocurrió otro tanto, al aprobar su resolución sobre el abatimiento del avión iraní, del 17 de marzo de 1989.

Además, no puede aceptarse la alegación del estado territorial en el sentido de que el uso de las armas contra una aeronave civil se encuentra justificado por el ejercicio del derecho de legítima defensa, pues ella no se configura sino ante un ataque armado, y una aeronave civil carece de armas, porque al tenerlas dejaría de serlo.⁵³

Esto explica el porqué se aprobó favorablemente el literal a del artículo 3º bis, que prohíbe el uso de la fuerza contra las aeronaves civiles en vuelo, con la única excepción de la legítima defensa del Estado sobrevolado. En el literal a del artículo 3º bis se prescribe:

Los estados contratantes reconocen que todo Estado debe abstenerse de recurrir al uso de las armas en contra de las aeronaves civiles en vuelo y que, en caso de interceptación, no debe ponerse en peligro la vida de los ocupantes de las aeronaves ni la seguridad de éstas. La presente disposición no se interpretará en el sentido de que modifica

52 Gómez Robledo, Antonio, *El ius cogens internacional. Estudio histórico crítico*, México, UNAM, 1982, p. 8.

53 Cfr. Ortega Carcelén, Martín C., *La legítima defensa del territorio del Estado. Requisitos para su ejercicio*. Madrid, Tecnos, 1991.

en modo alguno los derechos y obligaciones de los Estados estipulados en la Carta de las Naciones Unidas.

Si un Estado emplea sus armas contra una aeronave civil, violando la prohibición anterior, incurre en responsabilidad internacional, sin perjuicio de que se pudiera juzgar también a quien lo hizo, en su calidad de "agente del Estado".

Creemos que el uso de las armas contra una aeronave civil en vuelo, es de tal gravedad que puede considerarse como un crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad. Ello es así porque el elemento esencial del crimen de esta naturaleza es la gravedad del acto realizado. Gravedad que se puede inferir de la barbarie, de la crueldad, del horror del acto que se imputa. Y ¿acaso el uso de las armas contra una aeronave civil no es un acto de barbarie, de crueldad y de horror? ¿Acaso dicho acto no equivale en la práctica a establecer la pena de muerte para el delito de violación del espacio aéreo?

Por lo anterior, confiamos que este crimen sea incluido por la Comisión de Derecho Internacional de la ONU, en su "Proyecto de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad".

b. *Derecho del Estado sobrevolado a interceptar aeronaves civiles.* Se refiere al llamado derecho de interceptación, que consideramos puede entenderse como la acción realizada por una aeronave de Estado en contra de una aeronave civil para determinar su identificación, para proporcionarle cualquier indicación para la navegación —siempre que sea necesaria para la realización segura del vuelo—, o para exigirle que aterrice.

La interceptación de una aeronave se ha considerado siempre peligrosa, por lo cual la OACI la acepta como último recurso, y ha dado numerosas prescripciones basadas, primero, en la consideración de que la aviación civil internacional se debe desarrollar de manera segura y, segundo, en que esta clase de acto lo realicen las aeronaves de Estado teniendo en cuenta la "seguridad de la navegación de las aeronaves civiles", tal como lo dispone el Convenio de Chicago.

Lo anterior explica la preocupación de numerosas delegaciones en la Asamblea General de la OACI en 1984, porque si bien era indudable que al Estado sobrevolado debía reconocérsele en determinadas circunstancias el derecho a interceptar las aeronaves civiles, también era cierto que ese derecho debía estar perfectamente delimitado por la obligación de no poner "en peligro la vida de los ocupantes de la aeronave ni la seguridad de éstas".

De donde si bien la enmienda aprobada en Montreal establece el derecho para el Estado de interceptar una aeronave civil en vuelo sobre su territorio, ello se admite sólo si se da un estricto cumplimiento a la obligación de no poner en "peligro la vida de los ocupantes de las aeronaves ni la seguridad de éstas", como lo exige el Convenio de Chicago y se ha llamado la "humanización de los procedimientos de interceptación".

Pero este derecho para los Estados no es ilimitado, sino que se concede al Estado sobrevolado y para dos casos concretos, como veremos en el punto siguiente.

Pensamos que así como ha sido universal el reconocimiento del derecho a la interceptación de aeronaves civiles, lo mismo que su reconocimiento convencional, también debe ser universal y convencional el establecimiento de una reglamentación que contenga el procedimiento que deben seguir las aeronaves de Estado cuando estén facultadas para hacerlo.

c. Derecho del Estado sobrevolado a exigir el aterrizaje. El derecho que tiene un Estado para exigir a una aeronave civil que aterrice, cuando ella se encuentra dentro de su espacio aéreo, de acuerdo con el artículo 3º bis, se limitó a dos hipótesis fundamentales, a saber: 1) "que sobrevuele su territorio sin estar facultado para ello", o 2) que el Estado tenga "motivos razonables para llegar a la conclusión" de que la aeronave se utiliza con propósitos "incompatibles con los fines" del Convenio de Chicago. Supuestos, que, como se comprenderá, configuran una violación del espacio aéreo del Estado.

Respecto a la primera hipótesis, conviene recordar que inicialmente se propuso que su texto hiciera referencia a la violación de la soberanía, pero ello no se aceptó al considerarse que no cubriría algunos casos, como podría ser la desviación de una aeronave en forma involuntaria.

En cuanto a la segunda hipótesis cabe destacar, en primer lugar, que la expresión "motivos razonables" indica que las autoridades del Estado sobrevolado, antes de tomar la decisión de exigir el aterrizaje a la aeronave, deben analizar las circunstancias de cada caso, para evitar, así, tomar medidas en forma precipitada.

En segundo lugar, se exige la convicción de que la aeronave "intrusa" se esté utilizando con "propósitos incompatibles" con el Convenio de Chicago. Respecto a esta cuestión, el delegado del Perú recordó, en la Asamblea Extraordinaria de la OACI de 1984, cómo existían aeronaves a las que no obstante dar la designación de civiles y de identificarse como tales, se dedicaban en ciertos países a realizar

actividades incompatibles con las disposiciones del Convenio de 1944, como sería: el rociamiento de terrenos con contaminantes bacteriológicos; el contrabando de armas; el transporte de mercenarios y el transporte ilegal de armas.

Si bien no se aprobó incluir en el artículo 3º *bis* una lista de aquellos actos que se entienden contrarios al Convenio de Chicago, podemos citar los enunciados en la propuesta de la delegación argentina, a saber: *a*) el uso activo o pasivo de aeronaves civiles con fines militares; *b*) el uso de aeronaves civiles para la comisión de un delito; *c*) el uso de aeronaves civiles para el transporte de materias no autorizadas por los convenios y reglamentos internacionales; *d*) el ingreso de una aeronave civil en el espacio aéreo de otro Estado contratante, sin contar con la debida autorización; *e*) la desobediencia cometida por una aeronave civil ante una orden de aterrizaje efectuada por las autoridades del país sobrevolado; *f*) las comunicaciones en transgresión a lo establecido en el artículo 17,⁵⁴ y *g*) la comisión de aquellos actos que configuren violación de la soberanía de otros Estados.⁵⁵

La segunda oración del inciso *b* del artículo 3º *bis*, se refiere a las medidas que los Estados pueden emplear para hacer efectiva la orden de aterrizar que se haya dado a la aeronave civil.

A tales efectos —se lee en el precepto citado— los Estados contratantes podrán recurrir a todos los medios apropiados compatibles con los preceptos pertinentes del derecho internacional, comprendidas las disposiciones pertinentes del presente Convenio —se refiere al de Chicago de 1944—, y con el párrafo *a* del presente artículo.

En la propuesta de Austria y Francia, que dio origen al texto anterior, los Estados podrían recurrir a todos los medios apropiados que se ajusten a las normas y métodos recomendados y adoptados a ese efecto por el Consejo de la OACI.

Por lo tanto, consideramos que la interpretación correcta de la expresión “medios apropiados”, incluye a todos los que el Estado sobrevolado considere idóneos para poner fin al “acto de violación”, comprendiéndose, indudablemente, aquellos indicados por la OACI

54 Este artículo del proyecto argentino se refiere a “las comunicaciones entre los organismos de tránsito aéreo de los Estados interesados en la operación de que se trate y entre éstos y las aeronaves civiles que se encuentran operando”.

55 Perucchi, Héctor A., *Intercepciones de aeronaves civiles*, Buenos Aires, A-Z Editora, 1990, p. 276.

—que se hallan incorporados en el anexo 17 al Convenio de Chicago y en el Manual sobre Interceptación de Aeronaves Civiles—. Sin embargo, el límite de dichos medios se encuentra en el que ninguno de ellos podrá implicar el uso de las armas, ni podrá, tampoco, colocar en peligro la vida de los ocupantes del avión —tripulantes o pasajeros—, ni exponer la seguridad de la aeronave.

d. *Obligación para los Estados de publicar sus reglamentos vigentes sobre interceptación.* La explicación de esta disposición se encuentra, entre otros motivos, en la consideración de que si la nave interceptada los conoce, responderá a ellos con mayor exactitud y, principalmente, porque permitirá a los otros gobiernos analizarlos y determinar su compatibilidad con las recomendaciones de la OACI, a que nos referimos anteriormente.

e. *Obligaciones para las aeronaves civiles de acatar las órdenes de aterrizar.* La orden puede provenir de la nave interceptora o de las dependencias de control de interceptación del Estado sobrevolado, como se establece en el adjunto A, del anexo 2 al Convenio de Chicago.

La orden que como finalidad última tendrá el que cese el acto de violación, puede exigir el aterrizaje para clarificar si el vuelo se hace con fines distintos a los permitidos por el convenio de 1944.

En algunos proyectos presentados durante la discusión de este precepto, se propuso una limitación al deber de la aeronave de cumplir con la orden de aterrizar, cuando se pusiese en peligro la seguridad de los ocupantes o la de la propia nave. Ello no fue aprobado, pero creemos que esta limitación o condición se halla contenida implícitamente en el inciso *a* del artículo 3º *bis*, al disponer que en caso de interceptación, no debe ponerse en peligro la vida de los ocupantes de la aeronave ni la seguridad de ésta.

f. *Obligación para los Estados de sancionar severamente la transgresión de sus normas legales relativas al cumplimiento de las órdenes del Estado sobrevolado.* A los Estados se les fijó una doble obligación: en primer lugar, incorporar a su legislación las disposiciones necesarias para que toda aeronave civil matriculada en él, o utilizada en beneficio de una persona cuya oficina principal o residencia permanente se encuentre en su territorio, tenga la obligación de acatar las órdenes dadas de conformidad con el párrafo *b* del artículo 3º *bis*, que se refieren, primordialmente, a aterrizar o a suspender el acto de violación.

En segundo lugar, el Estado deberá: *a*) establecer las disposiciones necesarias para que toda violación a las leyes o reglamentaciones

anteriores, se castigue severamente, y b) someter el caso a sus autoridades competentes.

Esta última obligación es de vital importancia, pues ¿de qué sirve tipificar una serie de delitos si no se determina la jurisdicción competente para juzgarlos y su obligación de hacerlo? Es la única forma de hacer real y efectiva la represión.

Lamentablemente no se estableció para los Estados la obligación de conceder la extradición de las personas acusadas de estos delitos, aun en la hipótesis de aducir motivos políticos.

En el evento de que sea un "agente del Estado" quien cometa un delito de los indicados en el artículo 3º bis, su castigo no exime de responsabilidad al Estado, el cual puede verse obligado a reparar el daño, como lo ha puesto de presente la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas (CDI), en sus comentarios al artículo 19 del proyecto sobre la responsabilidad internacional del Estado, actualmente en estudio.

La gravedad de estas conductas delictivas y la necesidad de su juzgamiento, hace pensar en la conveniencia de la constitución de una corte penal internacional, como sugerimos, en otra oportunidad, cuando estudiamos la cuestión del terrorismo internacional.

Ahora bien, ¿qué debe hacer el Estado sobrevolado cuya orden de aterrizar no es obedecida? Compartimos la tesis de la delegación de Austria, expuesta en la asamblea de 1984, según la cual la reacción no puede ser el empleo de la fuerza, sino acudir a los procedimientos jurídicos pertinentes, principalmente por la vía diplomática, para exigir una plena satisfacción y la sanción de los responsables. Sin embargo, ello no procederá en caso de legítima defensa, como sería el empleo de aeronaves civiles para el transporte de mercenarios, pues en esta hipótesis el empleo de las armas es plenamente válido y legal.

En caso de acatarse la orden de aterrizar, el Estado sobrevolado aplicará sus propias leyes, de acuerdo con las circunstancias de cada caso, lo cual es consecuencia del ejercicio de su soberanía o competencia territorial.

g. *Obligación para los Estados de prohibir el uso deliberado de aeronaves civiles con fines incompatibles con el Convenio de Chicago.* Esta obligación que se encuentra en el literal d del artículo 3º bis, fue una de las disposiciones más controvertidas, pues numerosas delegaciones se opusieron inicialmente a su inserción por las razones más variadas, que iban desde su consideración como superflua por estar contemplada en el propio Convenio de Chicago, en sus artículos 1º, 4º y

12, hasta por creer que tal supuesto estaba comprendido en la Carta de la ONU.

No obstante la oposición de algunos gobiernos se aprobó esta norma, lo que creemos un acierto, porque es indudable que el uso de las armas contra las aeronaves civiles se ha hecho motivado, en muchas ocasiones, precisamente, por el empleo indebido de ellas. Ello en la actualidad, lamentablemente, sigue ocurriendo.

Por lo anterior debe respaldarse, a nuestro entender, la propuesta de algunos gobiernos, en el sentido de elaborar un instrumento internacional que contemple expresamente las más importantes hipótesis de uso deliberado de aeronaves civiles para actividades incompatibles con los objetivos del Convenio de Chicago.

IV. CONCLUSIONES

Por considerar que la vigencia del Protocolo que contiene el artículo 3º *bis*, demorará algún tiempo para entrar en vigencia, en las conclusiones siguientes mencionaremos las prohibiciones, deberes y derechos que introduce el artículo precitado, las disposiciones del Convenio de Chicago que, según nuestro punto de vista, les sirven de fundamento y por consiguiente pueden aplicarse en tanto el Protocolo empieza a regir.

1. La prohibición del uso de la fuerza, en este caso específico en contra de las aeronaves civiles que violen el espacio aéreo de un Estado, es una norma imperativa de derecho internacional, por lo cual todos los Estados tienen la obligación de cumplirla. El artículo 3º *bis*, al incorporar esta prohibición al Convenio de Chicago, no hace otra cosa que ratificar su existencia.

2. La responsabilidad del Estado que emplee la fuerza contra una aeronave civil que viole su espacio aéreo, se reconoce actualmente por cuanto él, al realizar tal acto de fuerza, ejecuta un hecho ilícito internacionalmente que da "nacimiento a una obligación nueva, que tiene por objeto la reparación en forma adecuada, de las consecuencias" de tal acto.

Esta norma de derecho internacional consuetudinario, ampliamente reconocida por la doctrina y jurisprudencia internacionales, subsistirá cuando entre en vigor el Protocolo de enmienda que contiene el artículo 3º *bis*. No debe olvidarse que dentro del Convenio de Chicago, del cual hace parte la precitada disposición, existe, además,

el capítulo 18 sobre controversias y falta de cumplimiento del tratado por los Estados que son parte de él.

3. Los derechos del Estado sobrevolado a interceptar y a exigir el aterrizaje, expresamente consagrados en la enmienda, entendemos que pueden sustentarse en los artículos 1º y 4º del Convenio de Chicago.

4. En cuanto a la obligación para la aeronave infractora de acatar las órdenes para poner fin a la violación del espacio aéreo, podría considerarse que, implícitamente, se encuentra en el artículo 11 del mismo Convenio.

5. La obligación del Estado de castigar la infracción a sus normas legales que imponen el deber a las aeronaves de cumplir con las órdenes y disposiciones del Estado sobrevolado, consagrada en la enmienda, puede sustentarse en el artículo 12 del Convenio.

6. En cuanto a la prohibición de usar las aeronaves civiles para fines incompatibles con el Convenio de Chicago, que expresamente se contempla en el artículo 3º *bis*, se halla consagrada en el artículo 4º del mismo Convenio.

7. Si bien es cierto que los principales preceptos contenidos en el artículo 3º *bis* son desarrollo de disposiciones que se encuentran vigentes tanto dentro del derecho internacional general como dentro del Convenio de Chicago, como se indica en los numerales anteriores, creemos es necesario y urgente que los gobiernos ratifiquen el Protocolo de enmienda de 1984 a la brevedad, pues él contiene un texto que en forma clara y bastante precisa determina obligaciones y deberes para los Estados contratantes, que, de otra manera, como ha sucedido, se prestarían a dudas en su interpretación y aplicación.

César MOYANO BONILLA