

**COMENTARIOS SOBRE LA DOCTRINA ARGENTINA DE DERECHO
AERONÁUTICO INTERNACIONAL Y LAS LIBERTADES DEL AIRE, EN EL
PENSAMIENTO DEL DR. ENRIQUE FERREIRA**

Jorge L. Álvarez M¹
Alvarezmendezj@gmail.com

Resumen

El crecimiento del transporte aéreo es un hecho importante para la economía mundial. El Convenio sobre Aviación Civil Internacional ha sido, desde sus inicios, instrumento jurídico para el crecimiento y desarrollo de la actividad. Con independencia de los principios invocados en el Preámbulo del citado convenio y del fracaso del Apéndice cuatro de la Convención de Chicago, los principios recogidos en el Acuerdo de Bermudas de 1946, condujeron el desarrollo de la actividad mediante acuerdos bilaterales que calificaron los derechos que los Estados se otorgaban mutuamente como Libertades del Aire. Conocer la naturaleza jurídica de tales libertades, su contenido y evolución hacia la globalización y liberación de mercados, obliga a replantearse el tema, para entender la realidad que afecta a los acuerdos aerocomerciales en la actualidad. Recurrimos al pensamiento del ilustre maestro argentino, Enrique Ferreira, para examinar el tema y evaluar el producto obtenido que ha conducido a situaciones oligopólicas, contrarias a la filosofía y principios que consagra el Convenio sobre Aviación Civil Internacional.

¹ Abogado UCAB 1980. Profesor jubilado UCAB (1985 – 2012), Vicepresidente de la Asociación Latinoamericana de Derecho Aeronáutico y Espacial (ALADA); Vicepresidente del Instituto Iberoamericano de Derecho Aeronáutico y del Espacio y de la Aviación Comercial, Capitán piloto de la Línea Aeropostal Venezolana (1966 a 1994). Expresidente de SBA Airlines (2006 – 2012).

Palabras Clave

Obligación, libertad, norma internacional, cumplimiento, equidad y vigencia de los acuerdos internacionales.

Abstract

Air transportation growth is an important factor for the world's economy. The International Civil Aviation Convention has been, from its beginnings, a legal instrument for the activity's development and growth. Independent of the principles invoked in the Preamble of said convention and, of the failure of the Fourth Appendix of the Chicago Convention, the principles found in the Bermuda Agreement of 1946 led to the development of the activity by means of bilateral agreements that qualified the rights mutually given between States as Freedoms of the Air. Knowing the legal nature of such freedoms, their content and evolution towards globalization and market liberalization, makes it necessary to rethink the issue to understand the reality that affects current commercial agreements. We resort to the illustrious Argentine expert, Enrique Ferreira, to examine the topic and evaluate the product that has led to oligopolic situations, which are contrary to the philosophy and principles that consecrates the International Civil Aviation Convention.

Key Words

Commitment, freedom, international standard, fulfillment, equality and international agreements validity.

Introducción

Nos acercamos a un nuevo aniversario de la firma del Convenio sobre Aviación Civil Internacional (7 de diciembre de 1944), mejor conocido como Convenio de Chicago, en vigor desde el 4 de abril de 1947 y para Venezuela, tal y como se evidencia de la Gaceta Oficial de los Estados Unidos de Venezuela N° 22.352, el día 3 de julio de 1947. El balance de estos años fue sintetizado por Patricio Sepúlveda, Vicepresidente para América Latina de IATA, durante la conmemoración de los 100 años de la Aviación Civil Venezolana (2012), comentó en tal ocasión las significativas cifras que transcribimos a continuación:

“los empleos relacionados con el turismo y respaldados por el transporte aéreo alcanzan la cifra de 34.5 millones; el 51% de los turistas internacionales viaja por avión, lo que genera una contribución al PIB mundial del turismo aéreo por el orden de 762 billones de dólares anuales; es decir, un impacto global de la aviación, incluyendo los ingresos directos, indirectos e inducidos del turismo sobre la cifra de 2.2 trillones de dólares al año; la aviación genera el 3.5% del PIB global y 56.6 millones de personas dependen del transporte aéreo y del turismo relacionado”.

Cifras que se han incrementado a la presente fecha, en la que más de tres mil millones pasajeros vuelan cada año, y permiten expresar que el transporte aéreo internacional genera una contribución significativa para la economía mundial, desarrollo del comercio, unión de ciudades y pueblos en una convivencia humana sin precedentes, dirigida al mejor entendimiento entre los hombres y a la consolidación de la paz universal. Esta visión inicial ha sido posible por el intercambio de los derechos de tráfico entre los Estados miembros de una relación bilateral o multilateral aerocomercial, basada en otorgamiento de número de frecuencias para la operación, restricciones a la capacidad de las aeronaves utilizadas en el ejercicio de tales derechos y aplicación del principio de la reciprocidad entre las partes, principio que goza de general aceptación en el marco de las relaciones internacionales. Consecuentemente, es necesario advertir que el intercambio de esos derechos de tráfico se ha realizado desde la entrada en vigencia del Convenio sobre Aviación Civil Internacional, mediante las llamadas libertades del aire, consagradas las dos primeras en el Convenio Relativo al Tránsito de los Servicios Aéreos Internacionales,

Apéndice Tres de la Convención de Chicago, vigente desde 1945 y, las tres restantes, en el Convenio de Transporte Aéreo Internacional, que no alcanzó el número de ratificaciones necesarias para su entrada en vigencia.

Las libertades del aire son estudiadas por el Derecho Aeronáutico; disciplina que desde principios del siglo XX inició un proceso de desarrollo constante con el propósito de garantizar el progreso de la aviación civil internacional, estudiar y reglamentar los mecanismos de acceso a los mercados y muy particularmente aplicando las normas y métodos recomendados indispensables para la vigilancia y control de la seguridad operacional, bien jurídico que tutela el Convenio de Chicago. Iniciemos el estudio general del tema de las Libertades del Aire, intentado precisar su naturaleza jurídica y su evolución hasta el presente.

Naturaleza jurídica y Contenido de las Libertades del Aire

El primer escollo que debemos enfrentar para el estudio del tema se relaciona con el nombre por el que se les denomina: libertades del aire, lo que induce a pensar en una facultad para prestar servicios aéreos sin estorbo alguno. En una falta de sujeción y subordinación que somete el acceso a los mercados a la voluntad de quien desee participar en ellos, a una libertad entendida con ausencia de normas teóricas para regular el comercio aéreo, lo cual evidentemente no es cierto. Mario Folchi, al tratar el tema en cuestión las califica como derechos de tráfico y les define como *“aquellos que los estados se conceden en forma bilateral o multilateral para embarcar y desembarcar pasajeros, correo y carga en servicios regulares o no regulares de transporte aéreo y que son ejercidos por los explotadores respectivos”*² Para nosotros, por el contrario, si bien aceptamos que versan sobre derechos de tráfico, no consideramos que las libertades del aire, tal como están consagradas en los convenios Tránsito de los Servicios de Aéreos y en el de Transporte Aéreo, sean derechos propiamente dichos, más bien tomamos partido por quienes las consideran como meras expectativas de derecho, esperanzas para realizar o conseguir la

² FOLCHI, Mario O. “Tratado de Derecho Aeronáutico y Política de Aeronáutica Civil”. Buenos Aires, 2015, Editorial ASTREA, Tomo 2, página 4.

autorización que permita participar en la explotación de una ruta aérea entre dos países; tales libertades no son otra cosa que posibilidades razonables e instrumentos de intercambio entre Estados parte de un acuerdo internacional, que permita la realización del servicio en virtud de no existir obligación de concederlos a quien los solicite. Su naturaleza jurídica en consecuencia, participa de la mera expectativa de derecho. Por otra parte, al establecer las libertades del aire el Convenio sobre el Tránsito de los Servicios Aéreos y el Convenio de Transporte Aéreo, las califican con el vocablo privilegio.- En el primero de los citados convenios al hacer hincapié en que *"el ejercicio de los privilegios precedentes estará sujeto a las disposiciones del Convenio Provisional de Aviación Civil Internacional y, cuando ésta entre en vigor, a las disposiciones de la Convención Internacional de Aviación Civil, ambos instrumentos redactados en Chicago el 7 de diciembre de 1944"*³. Calificación que exige conocer lo que debe entenderse por la expresión privilegio. Una primera aproximación al significado del vocablo, obliga al examen del Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, que lo define, en su primera acepción, como *"exención de una obligación o ventaja exclusiva o especial que goza alguien por concesión de un superior o por determinada circunstancia propia"* y agrega otras acepciones, de las cuales transcribimos a los efectos del presente trabajo la siguiente: *"el que se da o concede mediante un pacto o convenio con el privilegiado"*⁴; por su parte, Manuel Ossorio recuerda que *"privilegio es la prerrogativa que se concede a unos pocos, con liberación de carga o con dación de derechos"*⁵. El maestro Enrique Ferreira, haciendo gala de su proverbial sabiduría señala, que tales libertades no se pueden considerar como una *"concesión graciable"* que otorga el Estado subyacente a la aeronave que pasa. *Tampoco sería un "privilegio", que se puede conceder o negar, como lo reconoce la cláusula de Chicago [Convenio], ni la obligación de dejar volar sobre el territorio propio implica una "servidumbre de paso" ni una "restricción al dominio" o a la soberanía, como se ha*

³ Vid: Sección II del Convenio Relativo al Tránsito de los Servicios Aéreos Internacionales.

⁴ Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, XXII Edición.

⁵ OSSORIO, Manuel. *"Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales"*. Argentina, 1992, Editorial Heliasta S.R.L. Pág. 792.

opinado por otros"⁶. Para él la noción de soberanía y la existencia de una Comunidad Internacional de Naciones, anterior y superior a todo convenio, conlleva a la idea de un espacio aéreo supra yacente concebido como "res comuni" y por consiguiente no susceptible de propiedad o posesión, es de todos y puede utilizarse libremente entre sí, "pero en pasaje netamente inofensivo" como lo señala la 1° libertad del aire, agregando, seguidamente, que por lo que se refiere a la segunda libertad debe examinarse desde dos aspectos: el técnico que identifica con la facilitación de la aeronavegación y el otro, habida cuenta del tiempo en que escribió su pensamiento, de contenido económico para concretar una mejor explotación del servicio optimizando el beneficio de la ruta⁷. En otras palabras, una garantía de aterrizaje por razones puramente técnicas, por ejemplo, apoyo de mantenimiento, suministro de combustibles, etcétera, y un aspecto de afianzamiento de la operación aérea con fundamento en la autonomía de vuelo de la cual disponga la aeronave de acuerdo con la distancia que se pretenda volar y procurando alimentar tal autonomía con el llamado tráfico complementario.

Las terceras y cuartas libertades del aire tienen carácter unidireccional, nacen de la voluntad estatal expresada en un acuerdo internacional. De lo cual el Dr. Ferreira infiere, que constituyen medios normales para el desarrollo del comercio de nación a nación y producto de Convenios suscritos por los Estados, por lo que constituyen verdaderos privilegios tal como fueron definidos por la Convención de Chicago⁸. Al referirse a estas libertades, contribuyendo a la claridad de su naturaleza, el ilustre profesor manifiesta: "*Esto es así, desde el momento que el Estado hacia el cual se lleva el tráfico propio, o de donde se toma para traerlo a nuestro país, puede rehusarse a admitir la llegada comercial de las aeronaves del otro Estado, mientras no pacte con él un contrato oneroso (en base de reciprocidad) o gratuito (concesión pura y simple), pero sujeta en su ejercicio a las condiciones o gravámenes que le quiera imponer*"⁹ Privilegios entendidos en los términos

⁶ FERREIRA, Enrique. "El Dominio del Aire bajo el Imperio del Derecho. Doctrina Ferreira", Caracas, 1998, CEVETA, pág. 97.

⁷ FERREIRA, Enrique. Ob. Cit, pág. 100 y 101.

⁸ *Ibidem*. pág. 101.

⁹ *Ídem*.

explicados en los párrafos que anteceden, que el maestro Ferreira considera adquieren capital importancia para su doctrina, *"cuando se les reconoce primacía con relación al tráfico de 5ta. Libertad"*.¹⁰ En otras palabras, cuando su ejercicio está sometido a los términos del acuerdo y ajustado al principio de reciprocidad, para evitar la distorsión de los mercados.

De manera que, las dos primeras libertades del aire no tienen consecuencias para la actividad comercial, como anteriormente señalamos; por el contrario, que las tres (3) restantes tienen hondo contenido comercial, han servido de medio para el desarrollo de la actividad del transporte aéreo internacional, acercando a los pueblos e impulsando al turismo receptivo y de exportación. La llamada 5ta. Libertad del aire tiene un objeto distinto, dirigido a permitir que una aerolínea transporte pasajeros, correo y carga no solamente hacia el Estado que le autorizó el ejercicio de terceras y cuartas libertades, si no, adicionalmente, desde ese Estado hasta un tercer Estado y viceversa. Es decir, deja de ser un derecho unidireccional para convertirse en bidireccional, en razón de lo cual el Dr. Ferreira considera que *"la llamada 5º libertad no puede jamás constituir un privilegio para la aeronave que pasa, en el sentido con que se lo reconoció en Chicago"*¹¹. Agregando, seguidamente: *"Si nadie puede transmitir a otro un derecho mejor o más extenso que el que se goza; y recíprocamente, nadie puede adquirir un derecho mejor y más extenso que el que tenía aquel de quien lo adquiere, como dice uno de los conocidos y generales aforismo del Derecho ¿con qué facultad puede un país pactar con otro, y libremente, sobre el tráfico que han de levantar o dejar en territorio de un tercero ajeno al contrato?; ni ¿qué privilegio puede ser éste mediante el cual un estado decide por sí, que sus líneas aéreas han de llevar o traer tráfico de otro Estado, sin contar previamente con el asentimiento de éste?"* para concluir preguntándose, *"si el sólo hecho de pretenderlo ¿no importa, acaso, un menoscabo de los derechos de este otro Estado, una violación de su soberanía?"*¹²

¹⁰ Ibídem. pág. 102.

¹¹ Ídem.

¹² FERREIRA, Enrique, Ob. Cit., pág.102.

A pesar de ello, hoy, la nueva tendencia es operar en ejercicio de 5ta con derechos 6ta, 7ma y 8va libertad del aire, éstas últimas sin base derivada de acuerdos internacionales salvo por lo que se refiere al Tercer Paquete Liberalizador del Mercado Aéreo en la Comunidad Europea (1992), modificado mediante el Reglamento CE 1008/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 24/09/2008, pero de aplicación exclusiva para las empresas de sus Estados miembros. Conocido es que la sexta libertad del aire, implica desviación de tráfico habida cuenta del transporte de pasajeros, carga y correos que una aeronave hace desde una nación extranjera a otra con escala en su propio territorio; por ejemplo, el que una aerolínea venezolana transporte pasajeros correo y carga desde Perú hacia Madrid vía Caracas. Contenido que no obedece a una demanda real de tráfico, sino a la existente entre los extremos de la ruta, como apuntó el Dr. José Ramón Morales Rodríguez, motivo por el cual ha provocado resistencia de los gobiernos vinculados a dichos puntos ante la desleal competencia que ello implica para los tráficos de 3ra y 4ta libertad ejercidos por las empresas nacionales. La séptima libertad, deviene en la posibilidad de transportar pasajeros, correo y carga entre dos países sin hacer escala en el país de bandera de la aeronave que lo realiza; y, la octava, no es otra cosa que el ejercicio de los derechos de cabotaje por parte de una empresa extranjera, lo que ciertamente no está prohibido por el Convenio de Chicago, pues, su artículo 7°, tan solo hace referencia al derecho de reservar dicho tráfico para las aerolíneas nacionales e impone la prohibición de otorgar el ejercicio exclusivo de ese derecho a la aerolínea de un Estado extranjero.¹³

El ejercicio de las llamadas libertades del aire, generó el intercambio de derechos de tráfico de 3° y 4° y, muy excepcionalmente, de 5° libertad, bajo un esquema inspirado en los principios establecidos por el Convenio de Chicago, que incluyó un proyecto uniforme de acuerdo o convenio bilateral, *“cuyas cláusulas recomienda sean incluidas en aquellos pactos que se concierten entre Estados para regular el tráfico aéreo entre los mismos”*¹⁴

¹³ Vid. MORALES RODRÍGUEZ, José Ramón. *“El transporte Aéreo y La Comunidad Europea”*, Madrid, 1993, Instituto Iberoamericano de Derecho Aeronáutico y del Espacio y de la Aviación Comercial; y a BAUZÁ ARAUJO, Álvaro. *“Conferencia dictada en la ciudad de Panamá, el 20 de abril de 1970”*.

¹⁴ MORALES RODRÍGUEZ, José Ramón. *“El Transporte Aéreo y La Comunidad Europea”*, Madrid, 1993, Instituto Iberoamericano de Derecho Aeronáutico y del Espacio y de la Aviación Comercial, pág. 47.

respetando el principio de igualdad soberana de los Estados y exigiendo condiciones de reciprocidad, principios que sustentaron el vertiginoso proceso de desarrollo del transporte aéreo hasta el inicio de la década de los 80, en los que se dio inicio al proceso de desregulación consecuencia natural de las denominadas *Airlines Deregulation Act.* (1978) y *U.S. International Air Transportation* (1980) de los Estados Unidos de América que, progresivamente, derivó hacia la globalización del transporte aéreo a través de la apertura de los mercados, hecho que más temprano que tarde, habrá de conducirnos a la constitución de monopolios y oligopolios en la actividad contrariando expresamente los objetivos que el Convenio de Chicago impone a través de su artículo 44 a la Organización de Aviación Civil Internacional, particularmente en letras e) f) y g), destinados a evitar la competencia ruinosa, a garantizar a cada Estado el derecho de participar equitativamente en el transporte aéreo internacional y a evitar discriminaciones entre los Estados contratantes, respectivamente; principios dirigidos a evitar las consecuencias negativas que genera una competencia desigual para los pequeños Estados, que luchan por alcanzar el desarrollo y evitar los obstáculos que ello significa para la explotación del turismo, de importancia vital para sus economías.

La realidad desbordó las previsiones de Chicago, la nueva visión nacida del proceso de desregulación dio paso a un proceso de liberación del mercado de transporte aéreo en los Estados Unidos de América, que desde la perspectiva de la doctrina europea pasó de un régimen de mercado regulado, a un sistema de libre competencia de forma radical, “*con negativas consecuencias para el sector, concurso de numerosas compañías aéreas lo que condujo a un mercado oligopolista; concentración del tráfico en las rutas más rentables; y reducción por parte de las compañías aéreas de sus inversiones para abaratar costes, consecuencia de la lucha por los precios, con sus repercusiones en materia de seguridad*”¹⁵ Proceso que más tarde encuentra eco en la comunidad internacional, bajo el esquema de “cielos abiertos” y “alianzas estratégicas”, perspectiva encaminada al libre

¹⁵CASANOVA, M / BRIGNARDELLO, M., “*Diritto dei Transporti*”, Vol. 1, Giuffré ed. 2da edición, 2011, p.288.

ejercicio de sextas, séptimas y octavas libertades del aire, que la doctrina ha interpretado como variaciones de la 5ta libertad.

Las Libertades del Aire vistas con el pensamiento del Dr. Enrique Ferreira

Para el análisis del tema propuesto pasamos a examinar el pensamiento del ilustre maestro Enrique Ferreira, porque, a nuestro juicio, recoge la esencia de lo que hemos llamado en diferentes oportunidades "el Espíritu de Chicago", representado por el maravilloso equilibrio que dimana de sus disposiciones y de la equidad que sus normas contienen. Producto quizá de las específicas y particulares circunstancias en las que la Convención de Chicago se llevó a cabo y, por supuesto, por la imperiosa necesidad de ayudar a la consolidación de una paz duradera mediante la práctica del respeto por el derecho ajeno y la reciprocidad e igualdad en el trato que se impuso en los debates que le dieron vida y se manifiesta en sus normas. Ferreira, desarrolla el tema, con razones ajustadas a derecho, influenciado decididamente por un derecho internacional de raigambre vitoriana, y por la claridad providencial de la exposición de las ideas del maestro que, al interpretar las normas positivas internacionales de manera transparente, piensa un mundo cuya paz solo podrá alcanzarse mediante el ejercicio permanente de la igualdad jurídica de pueblos y naciones; así se desprende del análisis del problema de la capacidad en la Doctrina Argentina de Derecho Aéreo internacional que realiza el maestro, al establecer premisas jurídicas y económicas que corresponde evaluar con especial atención. En primer término, el estado del tráfico aéreo internacional [1946] ; la idea de soberanía de las naciones; el transporte aéreo como acto de comercio; el recto orden jurídico internacional; el carácter obligatorio del Derecho Internacional; la naturaleza y extensión de las obligaciones internacionales, el porqué de su desconocimiento; la comunidad internacional; la violación de la soberanía; la nación y no el Estado como sujeto del Derecho Internacional; la igualdad potencial en los derechos de cada nación para hacer tráfico aéreo internacional; la organización práctica del tráfico aéreo; la actividad simultánea de dos o más empresas en el tráfico sobre una misma ruta; la crítica al Pacto de las Bermudas; las

ideas de la Conferencia de Ginebra de 1947; el derecho de primacía, para concluir la exposición de sus ideas con reflexiones sobre la propiedad y unidad del tráfico de nación a nación y el análisis de las cinco libertades del aire.

A pesar del tiempo transcurrido desde que el Dr. Ferreira desarrolló los principios de la Doctrina Argentina de Derecho Aéreo Internacional, y al valorar las ideas de globalización y libre mercado que caracterizan al mundo de hoy, no es aventurado afirmar que, desde el punto de vista jurídico, sus reflexiones mantienen una increíble lozanía y gozan de plena validez en nuestro tiempo convulso y difícil. La Doctrina Ferreira, los objetivos que el Convenio sobre Aviación Civil Internacional impuso a la OACI, y la realidad actual dirigida a encaminar la actividad hacia la prestación de servicios aéreos bajo regímenes de monopolios y oligopolios, induce a pensar sobre el futuro del transporte aéreo internacional manteniendo los principios de Chicago que hicieron posible su desarrollo armónico, o en su defecto, a plantear la modificación estructural del Convenio sobre Aviación Civil Internacional. Esta segunda posibilidad, para nosotros, es poco probable, por el equilibrio y equidad del contenido del Convenio sobre Aviación Civil Internacional, cónsono con el deber ser que le impone su Preámbulo y el estímulo que produjo para el crecimiento ordenado de la aviación civil en el mundo entero.

Difícil es desconocer la realidad de una sociedad que interactúa permanentemente en el concierto de pueblos y naciones, cuyo carácter, por esencia es preferentemente interestatal, puesto que la mayor parte de sus integrantes son Estados soberanos – sin perjuicio de la participación en su seno de otros sujetos no estatales por razones de orden histórico o funcional - ; es paritaria por la ausencia de una instancia superior respecto de la cual queden subordinados los Estados; el número de los sujetos que la integra es reducido, pero ha crecido en miembros como consecuencia del proceso de independencia auspiciado por la ONU, y por el nacimiento de organizaciones internacionales dotadas de personalidad jurídica internacional, como por ejemplo: la Organización de Aviación Civil Internacional. Sin embargo, la Comunidad Internacional sigue siendo inorgánica y descentralizada. Carece de órganos permanentes, efecto que diluye mediante la creación de sociedades

internacionales, para la gestión de intereses colectivos en virtud de la interdependencia, que hoy exige la consolidación de la paz y el progreso en el mundo moderno.

El profesor Ferreira, al referirse al tema lo hace desde la visión de quien conoce el Derecho Internacional de manera profunda, con la sensatez propia de la sabiduría y la sencillez de quien sabe que la justicia es indispensable para la concreción del anhelo de paz en un mundo como el nuestro. En primer término, dice: "*si lo que se trata de establecer para el transporte aéreo internacional es el "dominio del aire bajo el imperio del derecho", como dice el lema que desde el comienzo hemos adoptado, y desde que el derecho es norma, y la norma de la vida práctica, nadie podrá dudar acerca de que lo primero que corresponde hacer es fijar un punto de partida para el razonamiento*"¹⁶; el cual establece a partir de principios y valores coincidentes que se tienen por verdad, con el propósito de ordenar las ideas y obtener lógicas consecuencias dirigidas a "*aclarar y uniformar*" los puntos de vista indispensables para superar los inconvenientes surgidos de las diferentes posiciones doctrinarias, en un esfuerzo por alcanzar la forma que "*gobierne el tráfico aéreo internacional respetando los derechos de todos y dando a cada uno lo que es suyo*"¹⁷, para ello, parece necesario, dentro del estado actual del tráfico aéreo internacional y la urgencia de preservar el entendimiento entre las naciones y pueblos del mundo, respetar y exigir los objetivos que el Convenio sobre Aviación Civil Internacional impuso a la Organización de Aviación Civil Internacional (OACI), a través de su artículo 44.¹⁸ Por otra parte, entender la utilidad del principio de la soberanía de las naciones en nuestro tiempo, es indispensable; hoy, con independencia de posiciones doctrinarias, la soberanía tiene adecuado tratamiento práctico en la Resolución 2625 (XXV) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 24 de Octubre de 1970, denominada: "*Declaración sobre los principios de Derecho Internacional referente a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas*", que, sin entrar en disquisiciones sobre la obligatoriedad de su contenido, goza de un indiscutible valor jurídico y moral, y define

¹⁶ *Ibidem.* pág. 65.

¹⁷ *Ídem.*

¹⁸ *Ídem.*

con absoluta claridad, el marco de la igualdad soberana de los Estados, al expresar en su texto: *"Todos los Estados gozan de igualdad soberana. Tienen iguales derechos o iguales deberes y son por igual miembros de la comunidad internacional, pese a las diferencias de orden económico, social, político o de otra índole (...)"*. A lo que se agrega, que dicha Resolución obliga a los Estados miembros a *"cooperar entre sí, de conformidad con la Carta [ONU]"*¹⁹, principios que obligan a exigir el cumplimiento de los derechos que se desprenden de los objetivos que el Convenio impuso a la OACI, a fin de evitar *"que, en cuanto se vincula con sus consecuencias prácticas para la aviación internacional, generalmente se entienden como contrapuestos e irreconciliables los que derivan del principio de la soberanía, con los que fluyen del de la libertad en el aire"*²⁰; orden de ideas con el que recuerda que el transporte aéreo es un acto de comercio, *"destinado a crear un valor que produzca beneficios; pero en su esencia es un acto humano. Como acto de comercio, es lícito que busque un beneficio para quienes intervienen en él; pero como al mismo tiempo es acto humano, ese beneficio ha de ser obtenido en armonía con el bien general, en una sociedad organizada de acuerdo al recto orden jurídico internacional"*²¹

*"El recto orden jurídico internacional - dice Ferreira - ha de fundarse en la natural igualdad y dignidad de las naciones y en su idéntico derecho a la vida y a los bienes que ella proporciona, desde que todas están formadas por seres humanos iguales entre sí"*²²
¿Puede haber idea más ajustada al anhelo de justicia y de progreso en la cual se afana la humanidad entera? ¿Ha entendido la globalización, que no universalización de la sociedad humana, el derecho de todos los pueblos a buscar su futuro erradicando la pobreza y construyendo su vida en equilibrio y en presencia de un orden jurídico internacional capaz de brindar respeto para las oportunidades de los países menos favorecidos por el desarrollo? He allí la cuestión que nos preocupa de cara al futuro. El profesor Ferreira, supo definirlo en su tiempo y en su momento histórico, pero los países miembros de la ONU, a quienes

¹⁹ Vid: texto de la Resolución 2625 (XXV) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 24 de Octubre de 1970.

²⁰ FERREIRA, Enrique. Ob. Cit. Pág. 67.

²¹ *Ibidem*, pág.69.

²² *Ídem*.

obliga la anteriormente citada Resolución 2625 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, hacen caso omiso del compromiso jurídico y moral en los términos acordados y, lejos de cooperar entre sí de conformidad con la Carta de Naciones Unidas, desconocen la soberanía y los derechos de los pueblos al tiempo que aumentan la brecha entre países desarrollados y los que luchan por alcanzar una vida más digna y cónsona con la dignidad humana. Ello obliga, quiérase o no, a recordar el carácter obligatorio del Derecho Internacional desde que el inolvidable dominico, Francisco de Vitoria, enseñó *"que el derecho gentes no sólo tiene fuerza por el pacto y convenio de los hombres, sino que tiene verdadera fuerza de ley. Y es que el orbe todo, que en cierta manera forma una república, tiene poder de dar leyes justas y a todos convenientes, como son las del derecho de gentes. De donde se desprende que pecan mortalmente los que violan los derechos de gentes, sea de paz, sea tocante a la guerra, en los asuntos graves como en la inviolabilidad de los legados. Y ninguna nación puede darse por no obligada ante el derecho de gentes, porque está dado por la autoridad de todo el orbe"*²³. Frente a tal argumento, no podrá alegarse duda alguna sobre la existencia de *"una sociedad natural entre Naciones y por tanto, de un derecho internacional anterior y superior a todo convenio"*²⁴; lo que en el pensamiento del Dr. Ferreira conlleva el análisis del problema de *"la obligatoriedad del Derecho en sí; y éste, a su vez, no es sino un aspecto del problema más vasto, de la obligación en sí"*²⁵, desde que tales obligaciones no serán comprendidas a plenitud mientras no se tome conciencia de las diferentes etapas por las que ha pasado la vida internacional.- De lo cual deduce, que si no existe la <comunidad internacional>, si desaparece la idea de una sociedad fundada en derecho, capaz de dirimir los conflictos que surjan entre Estados soberanos, nadie podrá imponer el respeto a la ley superior y desaparecerá el temor ante la certeza de que el otro es más débil y por lo tanto más fácil de sojuzgarlo; y, es precisamente ese orden internacional, dibujado por el maestro Ferreira, el que refleja el Preámbulo de la Carta de Naciones Unidas: *"Nosotros los Pueblos de las Naciones Unidas resueltos a*

²³ Vid. "Relección de la potestad civil comentada por Javier Hervada" en Historia de la Ciencia del Derecho Natural, Pamplona, 1987, Ediciones Universidad de Navarra, S. A., pág. 221 y Ss.

²⁴ FERREIRA, Enrique, cita el "Código de Malinas, cap. IV, vida internacional, N° 135 - Ob . Cit pág. 70.

²⁵ Ídem.

preservar a las generaciones venideras del flagelo de la guerra que dos veces durante nuestra vida ha infligido a la Humanidad sufrimientos indecibles (...)". A ello agrega el profesor Ferreira, que el *"olvido de esos preceptos jurídicos y morales que rigen las acciones individuales y las relaciones humanas, han nacido esos principios de la <libertad de acción>, de la <libre competencia>, el celebrado <espíritu de empresa> y la tolerancia para el <hecho consumado>; y por eso no es aventurado decir que la actual situación caótica del mundo es una consecuencia de aquella violación del orden jurídico internacional, del abuso de la verdadera libertad y de haber dado "status" al hecho consumado"*²⁶

Cuánta razón conlleva el análisis de tan ilustre jurista, claridad conceptual y visión de futuro, puesto que hoy se desconoce la potestad soberana, la reciprocidad real y efectiva y se dejan de lado la transparencia, la mutua cooperación, la justicia y la equidad indispensables para la consolidación de los objetivos que se ha trazado la comunidad de naciones con el propósito de garantizar la paz, la justicia y la seguridad internacional, fines propuestos por la artículo 2 de la Carta de San Francisco.

El Dr. Ferreira creyó en la recuperación del orden internacional, *"la interdependencia de las naciones y su forzada integración dentro de organizaciones más vastas - que es la característica de los tiempos actuales - ha coincidido y está provocando un cambio fundamental en las nociones de Estado y soberanía, y un retorno a sus verdaderos conceptos"*²⁷; Sin embargo, para él, más que integrada por Estados, la sociedad internacional habría de considerarse como conformada por grupos humanos, organizados sobre un determinado territorio, en virtud de circunstancias raciales, geográficas e históricas propias, con climas y posibilidades económicas diversas de las de otros grupos humanos, para terminar afirmando: *"el derecho a vivir según leyes propias, constituye el fundamento y la esencia de la soberanía"*; perspectiva que le lleva a la interesante conclusión de que la soberanía no reside en el Estado sino en la Nación, idea que extrajo del *"fondo del mensaje de Navidad de 1944, de S. S. el Papa Pío XII, cuando define la*

²⁶ Ibídem. Pág. 73.

²⁷ Ibídem. pág. 75.

esencia de la verdadera democracia, no como fundada en la división tripartita de los poderes, sino en el reconocimiento de los derechos naturales de la persona humana y en aceptar que es "la voluntad de la Nación y no la del Estado, la que debe decidir sobre la conducta del grupo social en las relaciones internacionales"²⁸; pensamiento concordante con el que llevó a "designar con el nombre de Sociedad de las Naciones o Naciones Unidas a las entidades formadas para organizar la vida entre los pueblos civilizados del mundo".²⁹; de tal suerte que, para el citado profesor, la subjetividad internacional como se ha dicho, recae sobre la Nación y no sobre el Estado.

Punto de vista desde el cual todas las naciones tienen el derecho de hacer tráfico aéreo internacional, sin dejar de lado - apunta el maestro - que tal ejercicio debe realizarse condicionando la capacidad de las aeronaves de transporte público de pasajeros, porque a fin de cuentas, "la aptitud y el derecho de cada país se han de medir por una relación entre el tráfico que sea capaz de originar de acuerdo a su población y recursos económicos y los costos operativos de una empresa sanamente explotada"³⁰; lo que puede obtenerse con un intercambio de derechos aerocomerciales, mediante la concesión de número de frecuencias y limitaciones de capacidad con arreglo al ejercicio de las llamadas libertades del aire. De consecuencia, la actividad simultánea de dos o más empresas en la explotación del tráfico sobre una misma ruta, sólo podrá realizarse con fundamento en una de las tres soluciones que enuncia el maestro:

- a) Mediante la cooperación entre todas, sobre bases de justicia.
- b) Mediante una actividad reglada, que en cada caso goce de lo propio y respete el derecho de las otras. (Solución Argentina).
- c) Una competencia antieconómica y destructora de algunas de ellas y el triunfo de las más fuertes.³¹

Las dos primeras de las citadas soluciones, para el Dr. Ferreira, aspiran a lograr "orden en el tráfico, mientras que la última ignorando u olvidando el derecho de las otras

²⁸ Ibídem. Pág. 76.

²⁹ Ídem.

³⁰ Ibídem. pág. 79.

³¹ Ibídem. Pág. 80 y 81.

invoca la libertad en el tráfico³², debido a que la última es contraria a los literales d), e), f) y g) del artículo 44 del Convenio sobre Aviación Civil Internacional, particularmente por lo que se refiere a sus postulados: necesidad de los pueblos, despilfarro económico, respeto de derechos, oportunidad equitativa y no discriminación, todos expresamente consagrados en los literales anteriormente indicados. La globalización, el libre mercado y el tránsito del poder de lo político a lo económico parecen desconocer los principios de Derecho Internacional invocados por el profesor Ferreira y, al mismo tiempo, niega el fundamental equilibrio y la reciprocidad real y efectiva, inherente al Derecho Internacional, exigidas e impuestas por el marco de las relaciones aerocomerciales entre naciones e ineludible garantía de la paz.

Para el Dr. Enrique Ferreira la Convención de Chicago y los trabajos de la OACI, si bien constituyen pasos de avanzada para la ordenación del tráfico aéreo, sin embargo, no resuelven dentro de un marco jurídico apropiado el problema de la capacidad, entendida como la proporción equilibrada que corresponde a cada parte en la relación jurídica, según el tráfico que es capaz de generar y mediante la aplicación de un régimen de concesión para las aeronaves de los Estados partes, de conformidad con las estipulaciones contenidas en el convenio bilateral suscrito entre ellos. Tema altamente complejo, dirigido a lograr el equilibrio de los intereses opuestos de sus participantes que, por desgracia, no cuenta con un conjunto universal de principios de derecho para su concreción. Lo que conduce a la existencia de un vacío entre los objetivos proclamados por el Preámbulo del Convenio de Chicago, los consagrados por su artículo 44 y las disposiciones inherentes para hacerlos realidad; a lo que debe agregarse, que las posteriores reuniones multilaterales y los resultados de ellas, no fueron capaces de impedir "el despilfarro de recursos económicos que causa la competencia ruinosa que se pretendió evitar"³³ Hecho demostrable no solo por el fracaso de los pactos multilaterales, sino por la desaparición de importantes transportistas que cayeron en la tentación de violar normas de seguridad operacional, para distraer los recursos económicos que le permitieran sostener la competencia excesiva. No

³² Ídem.

³³ Ibídem. pág. 82.

puede negarse la íntima relación existente entre la competencia ruinosa y la seguridad de vuelo, aspectos contradictorios que no pocas veces afectan la tutela efectiva del bien jurídico protegido por el Convenio sobre Aviación Civil Internacional.

El Pacto de Bermudas, en opinión del maestro, tampoco aportó solución racional al problema de la capacidad ni alcanzó los fines de bien general preconizados en Chicago.³⁴ En similar sentido, sostiene el profesor Ferreira, que la Conferencia de Ginebra de 1947, intentó llegar al pacto multilateral al declarar y reconocer que el desarrollo de los servicios locales y regionales constituían un derecho primordial de los Estados contratantes interesados, que no debería afectarse por la prestación de servicios a larga distancia, lo que no fue suficiente para lograr la solución integral del problema.³⁵ La Conferencia no comprendió a cabalidad la esencia de lo que es el tráfico complementario, confundiéndole con una suerte de derecho de concesión destinado a flexibilizar al rígido principio de adecuar la oferta a la demanda del servicio, generando así "categorías distintas y extrañas" a las aportadas por las llamadas libertades del aire, consagradas por el Acuerdo de Transporte Aéreo Internacional. Otros comentarios sobre la naturaleza del tráfico aéreo surgen del pensamiento del maestro, llenas de saber jurídico, que sería prolijo señalar en el presente trabajo.

Pero no debemos pasar por alto sus comentarios sobre la propiedad del tráfico, para lo cual es necesario transcribirlo textualmente:

"El punto 1 de nuestra Doctrina dice: <<Todo Estado debe tener oportunidad de hacer tráfico>>. Esta afirmación no es sólo nuestra. Es de la Convención de Chicago. Nosotros sólo hemos agregado lo que es su consecuencia lógica: << Cada Estado no puede ni debe disponer, en principio, más que de su propio tráfico>>.

¿Por qué? Porque es reconocido y aceptado como está que todos los Estados tienen derecho a participar en el tráfico mundial, o bien cada uno se queda con lo suyo, o unos

³⁴ Ídem.

³⁵ Ibídem. Pág. 83.

desplazan a los otros y se quedan con lo de éstos; y en tal caso no se cumplen los fines de Chicago."³⁶

Más adelante, el Dr. Ferreira formula la pregunta sobre la forma en que el tráfico aéreo puede ser susceptible de propiedad y se responde en los siguientes términos:

"¿el tráfico aéreo internacional es un bien? No parece dudoso, porque por "bien" se entiende "todo objeto inmaterial o cosa << susceptible de valor>>" y el tráfico internacional que se origina en un país tiene valor: luego es un bien.

*Pero si es un bien debe tener dueño, desde que es un principio de derecho que no hay bien sin dueño."*³⁷

A ello, solamente, resta agregar que la propiedad del tráfico aéreo propio del Estado, es la natural consecuencia de su poder soberano, lo que conduce a la idea de un bien de dominio público, puesto que no puede ofrecerse servicios de transporte aéreo nacionales o internacionales, sino mediante régimen de concesión otorgado por el Estado a sus nacionales o a otros Estados en los casos de transporte aéreo internacional, previa suscripción de acuerdos bilaterales o multilaterales aerocomerciales. Continúa el Dr. Ferreira con el análisis de la división del tráfico entre los Estados con derechos sobre una misma ruta, que se derivan de su condición de acto de comercio.

A pesar del esfuerzo intelectual y profesional de Don Enrique Ferreira, como suelen llamarle en la Argentina, hoy el resultado de la liberalización del transporte aéreo y el abandono de los postulados de Chicago, puede observarse en el producto aportado por la llamada libertad de los cielos, traducida en alianzas estratégicas entre aerolíneas de las cuales, tres de ellas (Star Alliance, One World y Skyteam) controlan el 64.2% del mercado mundial de transporte aéreo internacional, transportan 1.297.000.000 millones de pasajeros por año y generan ingresos por el orden de los billones de dólares anuales³⁸. El temido

³⁶ *Ibidem.* pág. 88.

³⁷ *Ídem.*

³⁸ Sobre el tema puede verse: DUERI, Eduardo, *"Las Alianzas Estratégicas entre líneas aéreas. Origen, Elementos. aspectos Contractuales"*, en Alada en Córdoba. XXXV Jornadas Latinoamericanas de derecho Aeronáutico y Espacial, Editorial Avocatus. UBP. Vid. ÁLVAREZ MENDEZ, Jorge. *"Una visión sobre las alianzas estratégicas en el Transporte Aéreo y la respuesta Latinoamericana"* en XL Jornadas

oligopolio se ha hecho presente en la industria y sus consecuencias, sin lugar a dudas, comienzan a preocupar a las autoridades que anteriormente veían con beneplácito el camino que se transitaba. El catedrático español Ignacio Quintana, durante las XL Jornadas Iberoamericanas de Derecho Aeronáutico y del Espacio y de la Aviación Comercial (Cádiz 2012), expuso lo que nos permitimos transcribir de seguidas para su consideración y análisis: *"Y entro en las hipótesis de futuro a que me refería hace un momento, aunque no entra en las funciones del jurista la formulación de profecías, permítanme - con riesgo de equivocarme - adelante algunos escenarios que a mi juicio podrían presentarse en los próximos años: Un endurecimiento en la aplicación de la normativa antitrust a los acuerdos entre compañías. Para afirmar lo anterior me baso en la postura que está tomando el DOJ americano. Es cierto que una cosa es la normativa antitrust y otra la política antitrust y que la segunda depende en gran medida del signo ideológico (más liberal / más social demócrata para emplear la distinción al uso en la Europa continental). Pero la defensa del principio de libertad de competencia en el mercado y la sanción de sus infracciones no puede estar en manos de otras instituciones que no sean las autoridades de competencia que, por las funciones que cumplen, deben gozar de plena independencia de las Administraciones Públicas y estar sometidas únicamente a la Ley. Un Departamento ministerial - como sucede en USA con el DOT y en muchos otros países - no puede desempeñar dichas funciones (...)."*³⁹

El tiempo dirá si don Enrique y los postulados del Convenio de Chicago llevaban razón, y si el transporte aéreo seguirá cumpliendo el papel social, económico y cultural que le asignaron quienes hicieron posible el Convenio sobre Aviación Civil Internacional hace setenta y dos años, en beneficio de los usuarios.

Iberoamericanas de Derecho Aeronáutico y del Espacio y de la Aviación Comercial, Madrid, 2012, Fundación AENA, pág. 65 y ss.

³⁹ QUINTANA CARLO, Ignacio. *"Las Alianzas Estratégicas en el Transporte Aéreo: Del mercado protegido al mercado global con un stopover en el mercado liberalizado (Un análisis desde el derecho de la Competencia)"* en XL Jornadas Iberoamericanas de Derecho Aeronáutico y del Espacio y de la Aviación Comercial, Madrid, 2012, Fundación AENA, pág. 79 y ss.