

ESQUEMA SOBRE LA TEORIA DEL DERECHO AERONAUTICO

HÉCTOR NEGRI

Prof. Inciso (ad-hoc) de
Introducción al Derecho

I

No existe conducta humana capaz de aparecer en interferencia con otra, que no pueda ser jurídicamente determinada y valorada con arreglo a los criterios de licitud e ilicitud.

En este sentido, bien puede considerarse al derecho como inagotable. No hay hecho humano, no hay actuación por novedosa que sea, por diversa o heterogénea, que no pueda ser considerada *sub specie juris*.

Cuando los desarrollos siempre continuados de la ciencia y de la técnica incorporan de pronto, al mundo fenoménico, algún objeto nuevo, y cuando en torno a ese objeto, directa o indirectamente, la actuación de las personas se desenvuelve, los nuevos acontecimientos pueden, desde su inicial producción, ser evaluados como justos e injustos. A tal respecto, un silencio del derecho o la posibilidad de una indiferencia son ciertamente impensables.

Ello es así en el plano de las conciencias, en donde el derecho tiene su origen, su nacimiento. En el orden de su irrucción histórica, las lagunas son perfectamente posibles y aún frecuentes, y en este sentido es obvio que cuando una serie nueva de relaciones o de actos humanos tiene lugar por hallazgo o por creaciones de tipo científico o técnico, deficiencias más o menos complejas se advierten en los órdenes efectivamente dictados (positivos).¹

¹ La existencia de lagunas en los órdenes jurídicos positivos aparece hoy día controvertida en las expresiones doctrinales. A partir sobre todo de la difusión de la obra de Kelsen, sobre la base de aplicación de cierto principio inherente a todo sistema de derecho (lo que no está prohibido está permitido) se ha vuelto frecuente sostener la tesis negativa. La observación kelseniana es siempre incorrecta en cuanto pretende derivar de una observación indiscutible, (como es la que con esa correlación permitido-prohibido se traza) una consecuencia esta-

Hace no muchos años, esfuerzos de tipo experimental que en el campo de la aerodinámica habíanse iniciado, culminaron con un desarrollo altamente considerable de los aparatos de traslación por aire (tanto dirigibles como aerostatos y aviones) y, consecuentemente, con el nacimiento de la navegación aérea en forma constante e ininterumpida.

Cuando los primeros aviones surcaron el espacio, un orden nuevo de problemas se abría para el derecho. Bien que ellos tuvieran ya en el plano de las conciencias, por incuestionable aptitud humana, su solución fijada, los países debieron afrontar en sus campos positivos la institución histórica de normas, su reconocimiento legislativo o convencional.

Apareció entonces una nueva serie de prescripciones jurídicas, vinculadas todas por su común referencia a los aparatos de vuelo.

Con ellas, surgió también la posibilidad de una teoría general que las sistematizara y expusiera de modo orgánico.

El presente trabajo no pretende sino referir de una manera breve los lineamientos de esa teoría general del derecho aeronáutico, tal como se lo constituyó. Revelar sus problemas más intensos y los posibles términos de sus soluciones; y mostrar como a lo largo de sus desarrollos, un especial cuidado en afirmar la libertad de la navegación aérea se ha destacado, precisamente porque en ella está comprendida la libertad del hombre, y su propia y particular jerarquía.

*Definición del derecho aeronáutico*¹

El problema que inicialmente preocupa en una investigación de tipo teórico sobre el derecho aeronáutico, es el de determinar mediante una definición, la precisa descripción del objeto en torno al cual los análisis habrán de realizarse.²

riamente incoherente a ella. De ese modo lo único que se ha logrado ha sido desplazar el problema de donde una teoría largamente construida lo había adecuadamente ubicado.

Sobre todo ello DEL VECCHIO. La crítica a la construcción kelseniana aparece en nuestro trabajo "Las lagunas en el derecho positivo".

² FERRARICO N. VIEIRA ESCALADA: *El Derecho Aeronáutico*, como autonomía de las ciencias jurídicas. Tesis presentada para optar al título de doctor en jurisprudencia, Buenos Aires, 1948, Capítulo II.

³ En torno a la determinación conceptual así lograda la teoría habrá de continuar. Por eso la importancia fundamental de este primer paso en la investigación teórica, sobre cuya prioridad y valor coinciden normalmente los trabajos epistemológicos. *Conf. J. S. MILL, A System of Logic inductive and deductive*, I, 173, 4ª ed.

Por supuesto que dependiendo esta clase de estudios de un margen de valoraciones individuales, las definiciones que sobre el particular han intentado los autores, divergen muchas veces en sus términos.

No debe creerse sin embargo que esas divergencias lleguen a lo sustancial, tanto como para impedir una fórmula que en sus palabras recoja lo verdaderamente central en ellas.

Una determinación adecuada puede ser la siguiente: el derecho aeronáutico es el conjunto de normas de derecho público y privado, de orden nacional e internacional, que rigen las relaciones nacidas de la circulación aérea.⁴

Si la definición es la expresión de aquello que va a ser materia de las investigaciones, nos parece que la fórmula apuntada puede servir para constituir sin dificultades las bases de una teoría del derecho aeronáutico, en la medida en que llena a su respecto los requisitos básicos de toda definición: comprende sin exclusiones los que pueden ser sus problemas, y no incorpora cuestiones que puedan resultar ajenas al mismo.⁵

Caracteres

Es también preocupación inicial de la teoría el fijar algunas características propias de esa rama del derecho. Particularmente esas condiciones suyas de internacionalidad y de movilidad.⁶

El derecho aeronáutico está en buena medida integrado por normas de vigencia internacional. Ello es consecuencia directa del medio en el que la aeronavegación se desarrolla, y es también resultante de la casi ilimitada aptitud de traslación de los aparatos aéreos, y de las posibilidades cada vez más amplias de extensión geográfica de los vuelos.

Por lo mismo que existen entonces acuerdos y congresos internacionales para lograr un uniforme tratamiento⁷ en lo atinente a la traslación por aire y a sus cuestiones conexas, la teoría ha cuidado de destacar siempre el referido carácter, que ya es muy importante en el campo de las soluciones concretas.

⁴ En lo sustancial VIDELA ESCALADA, página 47 in fine. Antes de llegar a ella el autor transcribe y analiza críticamente algunos de los intentos definitorios más conocidos.

⁵ ROUSSEU, F. LÓPEZ, decimoquinta edición, página 65 y siguientes, 121 y siguientes.

⁶ Sobre ellos seguidamente. Acerca de tales condiciones es minucioso el análisis de LUIS TARRA SALLDIA, *Manual de Derecho Aeronáutico*, Barcelona, 1944, página 17 y sig.

⁷ También FORESTÁ COSTA, *Derecho Internacional Público*.

El derecho aeronáutico es un derecho de movilidad permanente, además. Es decir, es un derecho en permanente adaptación a las cambiantes exigencias sociales que se vinculan a su objeto.

Es un derecho en formación: pero en formación pronunciada, violenta, cotidiana.

Otras ramas del derecho sugieren cierta estabilidad en sus normas, o por lo menos, una cierta constancia en las soluciones generales, por la reiterada adopción de criterios uniformes.⁸

En el derecho aeronáutico todo es nuevo, y además, por el progreso sencillamente fantástico de los aparatos de vuelo, necesidades, problemas y funciones se transforman y continúan, sin cesar, transformándose.

Este carácter de movilidad no significa, por supuesto, la negación de consideraciones superiores de derecho natural, ciertamente inmutables: significa observar las dificultades que aparecen en el ámbito de las legislaciones que pretendan una permanencia más o menos extensa, y en las teorías que quieran cierta perduración.⁹

El espacio aéreo

Otro de los problemas fundamentales que conciernen a esta ciencia del derecho aeronáutico es el relativo al espacio aéreo. Desarrollan los autores con cuidado su problemática.

El espacio aéreo es el medio en el cual se desenvuelven las actividades de aeronavegación, y en donde ocurren la mayor parte de los problemas cuya regulación corresponde a la mencionada rama del derecho.¹⁰

La doctrina, en general, al considerarlo, ha tenido especialmente tres preocupaciones: definir con exactitud su significado; precisar en qué condiciones y bajo qué extremos un derecho real de propiedad es posible sobre él mismo; y "¿qué son "límites" y "a" extensión "de" la "soberanía" que sobre él se ejerce.

En lo relativo a su definición, cierta unanimidad existe: espacio aéreo es la porción de la atmósfera comprendida entre el suelo y la

⁸ El derecho aeronáutico en cambio no tiene historia, o su historia es tan breve (tan vertiginosa) que las soluciones carecen de una inevitable consagración que traen los siglos.

⁹ TAPIA SALINAS, op. cit., página 18.

¹⁰ AMERSONI ANTONIO, *Corso di Diritto Aeronautico*, Roma 1935, VI, pág. 60.

altura hasta donde, natural o artificialmente, la vida es posible para los hombres.¹¹

Acordar hasta qué punto la extensión así descripta puede ser materia de dominio privado, es en cambio difícil de precisar. No ciertamente porque semejante espacio no sea materialmente susceptible de atribución dominial por alguna característica intrínseca suya, sino directamente porque, a poco que se piense, se verá que la misma circulación aérea está condicionada a la solución que sobre el problema se adopte. Diversas teorías con contenidos también diversos se han pronunciado sobre el problema. Interesos son los desarrollos en la doctrina francesa e italiana.

En los códigos civiles tradicionales, la propiedad sobre el suelo era entendida como de extensión sin límites en su proyección hacia lo alto.¹² En épocas anteriores a la traslación por aire, una tal atribución era en rigor indiferente y apenas teórica. Pero apenas desarrollado el tráfico aéreo, la cuestión exigió su replanteo, con toda intensidad.

Se trataba por supuesto de algo de vida o muerte para las aeronaves: hubiera bastado que los propietarios esgrimieran sus derechos y pidieran judicialmente su defensa, para que el vuelo de las aeronaves quedara virtualmente impedido, ante la necesidad de no desplazarse por sobre fundo alguno en propiedad durante su trayectoria.

De allí que desde entonces la cuestión de la posible titularidad privada por sobre el espacio aéreo haya sido motivo de constantes elaboraciones.

Sin intentar historiarlas, puede sobre ellas advertirse una progresiva tendencia a la limitación del derecho superficialario. De este modo, una paulatina afirmación de la que es ya idea central sobre el problema se iba logrando. Hoy, como determinación alcanzada, puede aseverarse lo que sigue: el espacio aéreo, no es susceptible de propiedad privada: al ejercer el dueño de la superficie una efectiva porción de él, se convierte en titular del dominio sobre ella; pero en general, y en cuanto la tal ocupación no se verifique, el espacio aéreo es primordial y esencialmente libre.¹³

¹¹ MARCEL LE GOUË, *Traité Théorique et Pratique de Droit Aérien*, París, 1934, página 6.

¹² Código Civil Francés, art. 552. Antiguo Código Italiano, art. 440, etc.

¹³ Sobre ello VIBELA ESCALADA, páginas 69 y ss. Esa libertad de este modo enunciada no debe, obviamente, entenderse en sentido absoluto: véase infra. La general tendencia hacia un reconocimiento progresivo de restricciones dominiales sobre el espacio aéreo (que es también la general tendencia hacia la libertad del hombre en su capacidad de traslación) aparece así como el permanente reco-

Como reduplicando, con alguna imprecisión, el problema dominial, en el ámbito público se ha planteado la cuestión de la soberanía.

Si cada estado pudiera fijar absolutamente, sin restricción alguna, las limitaciones que quisiera en lo atinente a los vuelos, la actividad aeronáutica acabaría extinguiéndose.

Una actitud cerrada en el ámbito internacional lleva a represalias: un estado cuyos aviones están impedidos de cruzar por otro estado cierra sus fronteras, y al poco tiempo, el espacio aéreo todo, ilimitado físicamente, se fracciona y no sirve ya para el vuelo de las aeronaves.

Por eso, y porque principios más elevados de libertad del hombre se comprometen aquí, es consideración prevaleciente entre los teóricos de ese sector de la ciencia jurídica, la que de por sobre las inevitables reglamentaciones un superior criterio de libertad debe imperar a este respecto. Que la soberanía de los estados sobre el espacio aéreo no puede ser absoluta, y que toda restricción que llegue más allá de lo que la propia seguridad del estado y de la aeronave indique, debe ser considerada injusta.

El criterio que afirma esta soberanía restringida no es por supuesto único: teorías de corte absolutista han negado su vigencia y proclamado la ilimitada aptitud de cada estado para impedir los vuelos. La discusión doctrinal ha sido intensa.¹⁴

Fero como razones más profundas la convalidan, esta posición que declara inimpedible el tráfico inocuo es ciertamente la llamada a triunfar. Por lo menos es evidente la reiterada adhesión que en el ámbito de los desarrollos doctrinales ha alcanzado.

II

El problema de la soberanía sobre el espacio aéreo

Si bien es ajeno al propósito de una teoría general el reseñar históricamente las soluciones que para determinados problemas algunos de sus teóricos han desenvuelto, en la verosa cuestión de la soberanía sobre el espacio aéreo, una tal reseña resulta imprescindible. Ella puede acaso

nocimiento de la jerarquía misma del hombre, en juego toda vez que de su propia libertad se trata. Véase sobre este nuestro trabajo "La Justicia y el fundamento intrínseco del Derecho". Análogo reconocimiento puede verse en la cuestión en muchos aspectos semejante de la navegación en los ríos internacionales. Nos ocupamos detalladamente de ella en el informe presentado ante la Comisión Argentino-Paraguaya del Apipé, publicado en la Revista Estudios de enero-febrero de 1964.

¹⁴ Sobre ella, seguidamente.

mejor que cualquier otra consideración revelar la magnitud del debate y el fervor de los argumentos esgrimidos.

El problema es el siguiente: cada estado ejerce sobre su territorio el imperium, que es la expresión interna de su propia soberanía. ¿Hasta qué punto el espacio aéreo que lo accede y limita físicamente es lugar a donde esa soberanía se extiende? O dicho de otra manera: si puede y hasta qué extremos puede un estado reglamentar, limitar o impedir la navegación aérea por sobre su territorio.

Los autores que primero analizaron el problema se pronunciaron por un criterio restrictivo hasta términos mínimos en cuanto al poder de cada estado, y, simplemente, en su libertad para la navegación aérea.¹⁸

Fue frecuente entonces la proclamación de la identidad entre la situación jurídica del mar y la del espacio aéreo.¹⁹

De la misma manera en que el mar aparece abierto a toda navegación, decían, así también debe serlo el espacio aéreo.

Esta identificación entre el mar y el espacio aéreo, conveniente sin duda para afirmar el criterio en la libre aeronavegación que postulaba, es sin embargo falsa y deficiente en los hechos mismos. Sólo de un modo metafórico e impreciso podía atribuirse a realidades físicas de sí tan divergentes, tal identidad; y el trasplante de la solución, como todo otro trasplante en el ámbito doctrinal, resultaba a la postre equivoco e inconveniente. La teoría de la libertad podía de todos modos ser sostenida con otros argumentos.

Entre los autores que con más ardor defendieron la libre navegación aérea debe destacarse el francés Fauchille.

Con infatigable fe expuso y desarrolló una teoría sobre el particular, y durante muchos años, en sus trabajos y propuestas, la defendió ante los organismos internacionales.

La teoría de Fauchille es la siguiente: el aire, por sus especiales características, no es susceptible de apropiación, y por eso mismo, no puede estar sometido a la soberanía del estado subyacente. Un estado podría a su respecto ejercer una facultad teórica, desprovista de implicancias prácticas pero no podría pretender ejercer una autoridad efectiva sobre la atmósfera, ni negar la libertad del espacio para los vuelos.

¹⁸ Ignacio Ruiz Múzquiz, *Derecho Público Aeronáutico*, página 30 y siguientes.

¹⁹ El argumento por analogía llevada a incorporar al ámbito de los problemas de aeronavegación las soluciones ya defendidas para la navegación marítima internacional. Sobre ésta véase nuestro "Informe..." ya citado en nota-13.

Además, el aire vincula a todos los países miembros de la comunidad internacional, ya que está en contacto con todos. Y esa universalidad ya señala, ya prefigura el generoso criterio universalista que debe acompañar a toda determinación sobre las posibilidades de vuelo.¹⁷

La teoría de la libertad absoluta, brillante por sus propósitos liberales, no podía sin embargo propiciarse como esquema de aplicación concreta, porque contrariamente a lo que su autor pensaba, una libertad absoluta de navegación y la consecuente omisión de toda regla que prescribiera sobre la navegación aérea no podía tener sino consecuencias obstaculivas para el tráfico.

Alguna regulación es siempre necesaria —es imprescindible hasta se podría decir— y ella resulta incompatible con la tesis de Fauchille.

Por otra parte, desde el mero punto del rigor teórico y técnico con que la teoría había sido formulada, la identificación del espacio aéreo con el aire, y la confusión a veces destacada entre la soberanía y la propiedad, la hacían muy vulnerable.

Algunos autores se ensañaron así con ella, y expresieron la tesis directamente contraria de la soberanía absoluta. Tenía sin embargo positivo valor, por esa tentativa de convalidar jurídicamente la libertad de navegación aérea, aunque se equivocara al pretenderla ilimitada.

La tesis de la soberanía absoluta sobre el espacio aéreo, sostuvo la potestad ilimitada y total del estado subyacente, para dictar normas que reglamentaran o limitaran el tráfico aéreo.

Esta teoría, proclamada enfáticamente por casi todos los códigos y leyes orgánicas de la aeronáutica, es, como la otra, inaplicable en la medida en que no se la alcance con limitaciones que impidan su exageración inicial.

Que el espacio aéreo dependa del estado subyacente, parece en realidad razonable, incluso por la cercanía física entre ambos: pero de ahí a concluir facultades discrecionales sin límite alguno hay una diferencia enorme.

La omnipotencia de cada poder público es sólo aparente. El ser miembro de una comunidad civilizada, obliga a los Estados a no llevar sus determinaciones hasta puntos en donde ellas provoquen un perjuicio a los demás. Y un sentido de justicia, insito en toda determinación jurídica, fuerza a no olvidar la libertad del hombre, que es también la libertad de los aparatos de vuelo de que él se vale.

¹⁷ Cfr. la nota anterior. Sobre FAUCHILLE, véase el *Derecho Público Aeronáutico* de I. Ruiz Moroso, en las páginas ya mencionadas en la nota 15.

Se trata en consecuencia de propiciar una teoría intermedia, más acorde con las exigencias deontológicas y con las particulares necesidades de custodia y defensa, que supere los excesos de las teorías absolutas.

Los autores contemporáneos, en armonía con las exigencias mencionadas, han expuesto las bases de lo que es una teoría intermedia como la que se pide.¹⁴

Estas bases de construcción son dos. En primer lugar, todo ejercicio de una soberanía es limitado. Esa limitación surge no como graciosa autocestricción sino por el inequívoco imperativo que proviene de pertenecer a una comunidad internacional, de cuya consideración el estado no puede razonablemente desvincularse.

En segundo lugar, y consecuentemente a esa restricción soberana, todo avión tiene derecho al tránsito inofensivo, inocuo, por sobre el territorio de otro estado, con las solas restricciones reglamentarias que determina la propia seguridad del estado y del aparato aéreo.

Sobre la base que esas dos consideraciones acuerdan, una fundada superación de los extremos puede intentarse en la materia. La expresión tránsito inofensivo, tránsito inocuo, es, por otra parte, suficientemente clara y común en derecho internacional público como para que los derechos y obligaciones correlativas en la materia puedan quedar con suficiente claridad fijados.

Problemas de la teoría aeronáutica

Al lado del de la soberanía, cuya polémica ha sucedido con vigor tan destacado el ámbito de las construcciones teóricas en esta disciplina, otros problemas preocupan en esta materia, y no pueden ser omitidos en su consideración por una teoría general.

De ellos, es destacado el relativo a la situación jurídica de las aeronaves.

La aeronave, como se comprende, es el objeto más trascendente de esta disciplina, sustancialmente aquel que ha determinado su nacimiento.

Como elemento móvil, idóneo para entrar y salir de un país, trasladarse, trasladar personas, capaz de producir daños, lleva a considerar cuestiones en torno suyo de la más variada especie. Entre ellas, la doctrina ha destacado preferentemente las siguientes: su mera determinación conceptual, es decir, fijar cuáles son las notas que caracterizan a una aeronave como tal; su individualización; su nacionalidad, su domicilio; las clasificaciones posibles y el diverso régimen jurídico de cada una de ellas.

¹⁴ Páginas 46 y siguientes del libro de *Le Golf* ya citado.

Para ejemplificar de alguna manera cómo se han desarrollado esos problemas puede describirse brevemente la cuestión de la nacionalidad, que es la que ha merecido más detenidas consideraciones.¹⁹

Nacionalidad de las aeronaves

Las aeronaves tienen nacionalidad; se trata de una atribución generalmente reconocida esta de la nacionalidad, e indispensable en alguna medida. Piénsese que la aeronave por su enorme independencia y velocidad atraviesa en el transcurso de su vuelo muchos lugares sometidos a soberanías diversas y aún no sometidos a pabellón alguno. Sobre todos esos sitios pueden tener lugar hechos jurídicos; pueden producirse delitos, contratos, daños, etc. En todas esas circunstancias es imprescindible que la aeronave tenga una nacionalidad, pues de lo contrario, situaciones habría sin posibilidad de solución alguna.

Para determinar qué nacionalidad debe atribuírselas la doctrina ha elaborado diversas fórmulas. Así, se ha dicho que deben las aeronaves tener la nacionalidad del lugar de construcción, o la del puerto de base, o la nacionalidad del propietario o la del domicilio del dueño. Cada una de esas teorías ha sido sostenida por tratadistas de prestigio y convalidada a veces por graves y hondos argumentos.

Puede señalarse sin embargo en los últimos tiempos una preferencia general para aquella concepción que ha buscado resolver el problema sobre la base que da el domicilio de los propietarios del aparato, no porque la teoría en sí misma tenga alguna superioridad axiológica sobre las otras, sino porque todas las razones de tipo práctico parecieran favorecerla. El domicilio de los propietarios es fácilmente determinable aún en el caso de personas de existencia ideal, y resuelve con holgura una serie de problemas que aparecen como graves en las otras concepciones.

En el país cuya nacionalidad corresponde a la aeronave, ella debe ser matriculada. Es esta una disposición de tipo positivo que en general han reproducido los textos legales sobre la materia. La matrícula es un registro de la aeronave, para su identificación.

A cada aeronave corresponde además un certificado de navegabilidad en donde constan sus aptitudes de vuelo así como ciertos detalles técnicos. Y es habitual la exigencia de determinados libros de a bordo como el diario de navegación, el diario de señales, la cartilla del motor, etc.

Si bien se trata de exigencias contingentes a lo que en cada país se haya considerado como más apropiado, cierta unanimidad en las legislaciones, la costumbre y los acuerdos internacionales han identificado en

¹⁹ MICHELE FRAGALI, *Lezioni di Diritto Aeronautico*, página 176 y siguientes.

buena medida las soluciones; de todos modos la teoría del derecho aeronáutico en general nunca prescinde del análisis de ellas.

Otras cuestiones

Hay muchos otros problemas aún, problemas de los que una teoría sobre la materia debe dar cuenta: los relativos al personal aeronavegante; los correspondientes a la circulación de los aparatos, los referidos a servicios y organizaciones de infraestructura; el transporte de mercadería y el transporte de personas de importancia cada vez mayor; los atinentes al transporte postal, y las cuestiones siempre apremiantes de la responsabilidad, ²⁰ la navegación aérea, la bioprotección, ²¹ el embargo en aeronaves; la guerra aérea. Y como sobresaliendo de todos ellos por sus implicancias humanas el ya aludido de la libre navegación aérea.

Este panorama general del derecho aeronáutico quiere mostrar solamente los aspectos centrales del esfuerzo teórico por reunir y sistematizar orgánicamente, las determinaciones jurídicas positivas en la materia.

Por eso, acaso basta para su limitada aspiración, esa sola indicación de su presencia.²²

²⁰ Sobre los indicados problemas, la magnífica obra de VIDELA ESCALADA, particularmente en sus capítulos III y IV.