

## EL EJERCICIO DE LA SOBERANÍA DE LOS ESTADOS

Stefan A. KAISER

SUMARIO: I. *El concepto legal de la soberanía de los Estados.* II. *La soberanía en el derecho internacional público.* III. *La base política de la soberanía.* IV. *La dimensión geográfica de la soberanía.* V. *La creación del régimen de la soberanía aérea.* VI. *La evolución del ejercicio de la soberanía aérea.* VII. *Conclusiones.* VIII. *Bibliografía y legisgrafía.*

### I. EL CONCEPTO LEGAL DE LA SOBERANÍA DE LOS ESTADOS

La soberanía es uno de los principios cardinales de la teoría del Estado. La soberanía de los Estados denota el derecho legal inalienable, exclusivo y supremo de ejercer poder dentro del área de su poder. El ejercicio de los poderes soberanos en la esfera nacional comprende los poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial, en relación a las personas físicas y morales.

La soberanía está arraigada en el concepto de Estado. Sólo el Estado tiene soberanía. Sólo el Estado —a través de sus órganos— puede ejercer los derechos legales y la autoridad de los poderes del Estado. Ninguna persona, ni física ni moral, puede asumir tales derechos soberanos, a menos que sean órganos del Estado y actúen con la capacidad de uno de esos órganos.

La soberanía es independiente de la forma de gobierno de un Estado. El concepto de soberanía se aplica a repúblicas democráticas, así como a monarquías y dictaduras. En una democracia, el ejercicio de los poderes estatales está controlado por la regla del derecho. La separación de poderes es una medida institucional para prevenir el abuso de poder. Los derechos civiles y humanos, normalmente plasmados en la Constitución del Estado, sirven como protección legal de los ciudadanos contra el abuso del poder por los órganos del Estado. Aunque las bases de la democracia son importantes, ellas no son un requisito para la soberanía. Un Estado, como una persona moral, debe tener el derecho y la autoridad para actuar. La soberanía es exactamente este derecho legal y autoridad. Si un Estado no tuviera soberanía, éste no tendría fundamentos legales para el ejercicio de sus poderes.

La teoría de los tres elementos del Estado expresa los elementos materiales mínimos de un Estado: población, territorio y los mecanismos organizacionales para el ejercicio de sus poderes, que son en sí el ejercicio de su soberanía. Así, se puede afirmar que la soberanía como tal es un elemento importante del Estado y que tal Estado no puede existir sin ésta. La soberanía y la calidad de ser de un Estado son características intrínsecamente interconectadas.

El ejercicio de los derechos soberanos no debe ser confundido con el ejercicio de facto del poder, del poder económico o de la influencia política. Puede suceder que personas privadas consigan influencia substancial, ya sea a través de poderes económicos o a través de prácticas corruptas al “comprar” a políticos, oficiales de gobierno o jueces. Sin embargo, tal influencia (de facto) o poder no concede la autoridad legal de la soberanía, la cual siempre permanece en el Estado. La soberanía es independiente del tipo de gobierno. Viéndolo desde esta perspectiva, el concepto de soberanía se mueve paralelamente al concepto del principio de efectividad de los Estados. Un Estado está objetivamente definido por sus tres elementos estatales. El gobierno no democrático o corrupto de un Estado no invalida la calidad del Estado como tal ni lo priva de su soberanía.

La soberanía es exclusiva. Sólo un Estado puede ejercer su soberanía en su territorio.<sup>1</sup> Personas físicas o instituciones no estatales no pueden asumir los derechos soberanos y competir con el Estado en el ejercicio exclusivo de poderes soberanos, dentro del territorio de tal Estado.<sup>2</sup>

La soberanía es suprema. Es legalmente el poder superior último del Estado. Nadie puede asumir una autoridad más alta para ejercer poderes en el territorio nacional.

La soberanía es inalienable. Al ser una característica indispensable de un Estado, la soberanía no deja de existir, a menos que el Estado mismo deje de existir. La soberanía es un derecho fundamental de cualquier Estado de la comunidad internacional.

## II. LA SOBERANÍA EN EL DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO

Siguiendo la descripción general del concepto de soberanía, demos una mirada a su impacto en el derecho internacional público.

El derecho internacional público gobierna las relaciones entre los Estados. En el derecho internacional público, la soberanía es uno de los fundamentos principales de la igualdad de los Estados, su integridad territorial y su independencia política.<sup>3</sup> Este concepto moderno de la soberanía estatal fue inicialmente introducido al derecho de los tratados a través del Tratado de Westfalia.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> Sin embargo, esto no descarta que los Estados ejerciten sus poderes soberanos también fuera de su territorio nacional, por ejemplo a bordo de embarcaciones o aeronaves que enarbolan la bandera de ese Estado y también sobre sus nacionales.

<sup>2</sup> Si instituciones no gubernamentales compiten persistentemente en el ejercicio de los poderes soberanos a gran escala dentro del territorio de un Estado, ésto lleva a una guerra civil.

<sup>3</sup> Ésto se puede ilustrar con el caso *Isla de Palmas, Países Bajos vs. Estados Unidos de América*, 1928, 2 RIAA, p. 829.

<sup>4</sup> Tratado de Paz entre el Sacro Imperio Romano Germánico y el rey de Francia y sus aliados respectivos, Munster, Westfalia, 24 de octubre de 1648.

Este tratado ejemplar estableció un nuevo orden de paz europeo después de la Guerra de los Treinta Años, basado en la “no perturbación” en el ejercicio de los poderes soberanos de los monarcas involucrados.<sup>5</sup> Siguiendo este precedente, en la actualidad, en el artículo 2o. (2) de la Carta de Naciones Unidas se reconoce el principio de la igualdad soberana de sus miembros.<sup>6</sup>

En el derecho internacional público, la soberanía se observa desde un ángulo diferente al de la esfera doméstica. Dentro del Estado, la soberanía es un concepto que determina la relación entre el Estado y sus personas (subordinados). En el derecho internacional público, la soberanía debe ser entendida como una cualidad que hace que los Estados sean actores iguales, que actúen legalmente al mismo nivel de ojos.

En el derecho internacional público, los elementos exclusivos y supremos de la soberanía tienen un significado diferente. Mientras que cada Estado posee derechos exclusivos y supremos dentro de su territorio, dicha exclusividad y supremacía encuentran límites frente a la exclusividad y supremacía de otros Estados en sus territorios. En el derecho internacional público, esta limitación inherente es paralela al principio de no interferencia. Como ya se señaló, en el artículo 2o. (7) de la Carta de Naciones Unidas se especifica que otros Estados y las Naciones Unidas no pueden interferir con la soberanía de sus Estados miembros.<sup>7</sup> Los Estados respetan los derechos soberanos, exclusivos y supremos de los otros Estados en sus territorios respectivos. De forma indirecta, la limitación inherente de la exclusividad y supremacía de la soberanía revela la igualdad de los Estados.

También bajo el derecho internacional público la soberanía es inalienable. Otros Estados no pueden privar a un Estado de su soberanía. Mientras exista un Estado, éste tendrá poderes sobe-

<sup>5</sup> *The ‘unmolested’ exercise of the sovereign powers.*

<sup>6</sup> Carta de Naciones Unidas, el 26 de junio de 1945, *United Nations Conference on International Organization Documents*, vol. XV, 1945, pp. 335 y ss.

<sup>7</sup> Artículo 2o. (7) de la Carta de las Naciones Unidas, *supra* nota 6, pp. 335 y ss.

ranos. Excepciones a esta regla se crean por medio de la adhesión de los Estados a tratados con otros Estados y a las acciones de Naciones Unidas bajo el capítulo VII de su Carta, que serán discutidos más adelante. No obstante, existe una instancia por medio de la cual los Estados o la comunidad de Estados tienen la discreción de decidir sobre la soberanía de un Estado. Ésta es la de la creación de un nuevo Estado, mismo que es creado no sólo al cubrirse el criterio material de la teoría de los tres elementos (población, territorio y organización estatal para el ejercicio del poder), sino requiere también el reconocimiento formal de los otros Estados. Con el acto del reconocimiento, los Estados deciden sobre el nacimiento de otro. El reconocimiento de un nuevo Estado conlleva la creación y reconocimiento de la soberanía del mismo.<sup>8</sup>

### III. LA BASE POLÍTICA DE LA SOBERANÍA

La base política y filosófica de la soberanía se ha transformado durante la historia. Durante la era del absolutismo, la soberanía se consideraba como investida en el gobernante, típicamente sobre bases de derechos divinos. El gobernante tenía poderes exclusivos, supremos e inalienables en relación a sus subordinados<sup>9</sup> y en su territorio. En esa época, el concepto del Estado moderno no era todavía relevante. No había una distinción clara entre las funciones públicas y privadas del gobernante. El gobernante dirigía al Estado como si fuera la corte de su palacio. Él era el soberano. El gobernante era el Estado: “*L’État c’est moi!*”<sup>10</sup>

<sup>8</sup> Interesantemente, los Estados no solamente tienden a ser reticentes en reconocer a un nuevo Estado, por ejemplo Palestina. También son reticentes en declarar que un Estado no cumple con las características propias, por ejemplo Somalia, el cual ha sido considerado como un Estado “fracasado”, mismo que sigue siendo considerado como Estado, de acuerdo a la teoría de la efectividad.

<sup>9</sup> Incluyendo seres humanos como propiedad (esclavismo).

<sup>10</sup> “Yo soy el Estado”. Este eslogan representativo del absolutismo es generalmente atribuido a Luis XIV de Francia, pero no existen referencias que lo confirmen.

El gran cambio vino con la Revolución Francesa. En aquella época, el pueblo se transformó en el soberano. En un Estado democrático, el pueblo transfiere los poderes soberanos a los órganos del Estado a través de elecciones libres e iguales. A esto nos referimos en la actualidad cuando hablamos de un Estado democrático. El pueblo soberano es el antípoda político del monarca absolutista: “*We, the people*”.<sup>11</sup>

En 1922, el teórico del Estado alemán, Carl Schmitt, comentó: “Soberano es quien decide en estado de emergencia”.<sup>12</sup> Ésta es una definición de soberanía con claras motivaciones políticas. En ésta no se considera al Estado, sino al gobernante, quien actúa en el estado de emergencia sin estar atado al derecho. La definición de Schmitt está en línea con el concepto legal de soberanía, donde la soberanía no tiene nada que ver con el derecho. La soberanía es independiente del derecho. Según Schmitt, esta independencia es prominentemente visible durante el estado de emergencia. Sin embargo, en la época de la democracia moderna, la definición de Schmitt es una expresión de intolerancia política y una desviación estricta del concepto de democracia del pueblo como el soberano.

En este punto, parece que llegamos a una contradicción con el concepto legal de la soberanía del Estado, como se ya se ha detallado anteriormente. ¿Está la soberanía investida en el pueblo, en el gobernante o en el Estado?

En el contexto histórico de la revolución y la independencia de los Estados Unidos era muy importante dar énfasis al ejercicio de los poderes del Estado que habían sido transferidos del gobernante al pueblo. Pero esto no significa que el pueblo, en su colectividad, ejercita los poderes del Estado de la misma manera que el gobernante lo venía haciendo. Si dijéramos que el pueblo

<sup>11</sup> “*Nosotros, el Pueblo*”, preámbulo de la Constitución de los Estados Unidos de América, 17 de septiembre de 1787.

<sup>12</sup> “*Souverän ist, wer über den Ausnahmezustand entscheidet*”. Schmitt, Carl, *Politische Theologie. Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität*, München, u.a., 1922, pp. 9-15.

es el soberano, nos referimos a éste como el que determina los cuerpos legislativos y/o ejecutivos de un Estado a través de las elecciones. Si el pueblo ejerciera los poderes del Estado directamente (e individualmente), esto llevaría a una anarquía. Y esto es lo opuesto al concepto del pueblo actuando como soberano de manera democrática.

Aunque en ciencia política es correcto afirmar que los poderes soberanos del Estado, que antes estaban en un principio investidos en el gobernante, ahora están detentados por el pueblo, no se cubren los requisitos necesarios del concepto legal de la soberanía. En un contexto legal, los derechos y obligaciones necesitan estar depositados en una persona física o moral. Esto no es diferente para los Estados. Sin embargo, desde una perspectiva legal es claro que ni los gobernantes ni el pueblo son el Estado. De acuerdo a la teoría de los tres elementos, el pueblo o el gobernante (como parte de la organización estatal que ejercita el poder) son sólo uno de los tres elementos materiales que constituyen un Estado. Legalmente, el Estado (con todos sus elementos) es la persona legal, quien es el que porta los derechos y obligaciones y como tal es el que porta la soberanía. El considerar solamente al pueblo como el que tiene la soberanía resultaría en una reducción del concepto de la personalidad legal del Estado.

En el derecho internacional público, los Estados son los portadores de los derechos (públicos) y las obligaciones. Por ejemplo, para la conclusión de tratados, los Estados están representados por representantes elegidos o monarcas hereditarios, mismos que no son en sí los portadores de tales derechos y obligaciones. Esto es diferente a los tiempos del absolutismo. El Tratado de Paz de Westfalia fue acordado entre gobernantes y no entre Estados.

En el fondo, necesitamos entender que existen dos conceptos diferentes de soberanía. Uno usado desde una perspectiva histórica y política, y otro desde la perspectiva "legal". Ambos tienen su propio sentido, pero no deben ser mezclados. En el resto de este artículo, la soberanía será usada basada en el concepto legal arriba expuesto.

#### IV. LA DIMENSIÓN GEOGRÁFICA DE LA SOBERANÍA

La soberanía tiene un fuerte elemento geográfico. Éste ya ha sido mencionado en la teoría de los tres elementos. Uno de los elementos es el territorio. Sólo dentro de la jurisdicción de su ámbito, principalmente en su territorio,<sup>13</sup> los Estados pueden ejercer su soberanía. “Esta soberanía no puede ser ejercida fuera del territorio excepto en virtud de una norma que lo permita, derivada de la costumbre internacional o de un convenio”.<sup>14</sup>

La aplicación geográfica de la soberanía juega un papel importante en ambas esferas, en la nacional y en la internacional. Nacionalmente, el territorio del Estado limita el área de jurisdicción. Internacionalmente, el territorio del Estado define las fronteras entre Estados iguales. Las disputas por territorios y por fronteras internacionales<sup>15</sup> son una de las causas principales de conflictos internacionales y guerras.

Las áreas y los territorios tienen también otro significado. Ellos son un importante elemento geográfico para los mercados. Desde el principio, los gobernantes han exigido impuestos en sus territorios. En sistemas económicos más refinados, los Estados han venido usando su soberanía para implementar políticas económicas. El alcance de tales políticas puede incluir filosofías liberales del mercado, modelos de mercado más o menos regulados y economías planificadas no competitivas. La soberanía también permite a los Estados el regular sus relaciones comerciales *externas*. Los instrumentos usados para este propósito son las aduanas y requisitos comerciales no arancelarios. Por largo tiempo, la soberanía no solamente se ha usado para proteger los intereses de seguridad del Estado frente a otros Estados, sino

<sup>13</sup> Sobre excepciones a esto, véase *supra* nota 1.

<sup>14</sup> Caso SS Lotus, Francia vs. Turquía, 1927, Corte Permanente de Justicia Internacional, PCIJ Ser. A (1927), núm. 9.

<sup>15</sup> Como ejemplos de esto, se pueden mencionar dos disputas donde México estuvo involucrado: Caso de la Isla Clipperton, Francia vs. México, 1931, Arbitraje del Rey Víctor Emmanuel III de Italia, 2 RIAA, 1932, pp. 1105 y ss., y la Arbitración del Chamizal, México vs. Estados Unidos, 11 RIAA, 1911, pp. 309 y ss.

también para proteger sus intereses comerciales a nivel internacional.

En los siglos XV y XVI, con el incremento en la importancia del tráfico marítimo, el estatus de los mares se convirtió en un importante tema. ¿Se podía extender la soberanía territorial de los Estados al mar? El aspecto importante era el de controlar los mares como recurso natural y el de controlar la navegación marítima. A pesar de otras teorías, el concepto de la libertad de los mares, como fue propuesto por Hugo Grocio,<sup>16</sup> se adoptó finalmente como el concepto dominante que dio vida a una norma de derecho internacional de costumbre.<sup>17</sup> El alta mar se convirtió en un área internacional no apropiable, no sujeta a la soberanía de los Estados. Un régimen especial fue creado para el mar territorial, considerando las necesidades de seguridad nacional de los Estados costeros. A los Estados costeros se les permitía ejercer soberanía y hacer cumplir su jurisdicción en un estrecho de mar de tres millas de ancho, al alcance de sus proyectiles de cañón. En la actualidad, el derecho de costumbre acepta la extensión del mar territorial de doce millas náuticas.<sup>18</sup> Sin embargo, el régimen del mar territorial es diferente al régimen de tierra, pues embarcaciones civiles y militares gozan del derecho de paso inocente a través del mar territorial. Tal paso inocente permite la libre navegación, misma que no debe ser perjudicial a la paz, al orden y a la seguridad del Estado costero. Así mismo, dicho paso inocente no autoriza ninguna explotación del mar territorial.<sup>19</sup>

## V. LA CREACIÓN DEL RÉGIMEN DE LA SOBERANÍA AÉREA

En la exposición de este tema, hice referencia al desarrollo de la soberanía en el espacio aéreo como ejemplo de cómo los Estados han venido usando el concepto de la soberanía.

<sup>16</sup> Grocio, Hugo, *Mare liberum*, Leiden, 1609.

<sup>17</sup> Como ya se ha confirmado en los artículos 86 y ss. en el Convenio sobre el Derecho del Mar (1982).

<sup>18</sup> Artículo 3o. del Convenio sobre el Derecho del Mar (1982).

<sup>19</sup> Artículos 17 y 19 del Convenio sobre el Derecho del Mar (1982).

El concepto de la soberanía aérea está bien documentado por sólo tener un siglo de existencia. Hasta el principio de la Primera Guerra Mundial, no se había establecido hasta dónde podían los Estados expandir su soberanía sobre el espacio aéreo encima de sus territorios.<sup>20</sup> Cuando las naciones de Europa, América, China y Japón se reunieron en París después de la Primera Guerra Mundial en 1919, el mundo había cambiado. Por primera vez un Convenio sobre Navegación Aérea comprensivo fue acordado.<sup>21</sup> Éste marcó el principio de un régimen básico de la soberanía de los Estados respecto al espacio aéreo sobre sus territorios y su mar territorial.<sup>22</sup> En 1944, poco tiempo antes del final de la Segunda Guerra Mundial, las naciones se reunieron nuevamente en Chicago para acordar el Convenio sobre Aviación Civil Internacional (El Convenio de Chicago), el cual reafirma el principio de la soberanía:<sup>23</sup>

Los Estados contratantes reconocen que todo Estado tiene soberanía plena y exclusiva en el espacio aéreo situado sobre su territorio.

<sup>20</sup> Es importante referirse al jurista francés Fauchille, quien postuló que el espacio aéreo necesitaba ser libre para el uso de la aviación, incluyendo el aire encima de los territorios de los Estados. Fauchille, M., "Le domaine aérien et le régime juridique des aérostats", *Revue générale de Droit international public*, 1901, p. 414.

<sup>21</sup> Convenio sobre la Reglamentación de la Navegación Aérea (Convenio de París), París, 13 de octubre de 1919.

<sup>22</sup> En el caso especial de América Latina, cabe mencionar que en los años siguientes este nuevo principio de soberanía aérea fue reafirmado en otros instrumentos internacionales, como en el Convenio Ibero-Americano sobre Navegación Aérea de 1926 (CIANA, Madrid, 1o. de noviembre de 1926) y el Convenio Inter-Americano sobre Aviación Comercial (Habana, 20 de febrero de 1928). El primero fue concluido entre España, quien no había participado en el Convenio de París de 1919, y algunos Estados latinoamericanos. El segundo tratado fue concluido entre los Estados Unidos y algunos países latinoamericanos. La meta de los Estados Unidos era el extender sus servicios aéreos a América Latina.

<sup>23</sup> Artículos 1o. y 2o., Convenio sobre Aviación Civil Internacional, Chicago, 7 de diciembre de 1944 (Convenio de Chicago). El Convenio de Chicago reemplazó al Convenio de París de 1919 y el Convenio de la Habana de 1928.

A los fines del presente Convenio se consideran como territorio de un Estado las áreas terrestres y las aguas territoriales adyacentes a ellas que se encuentren bajo la soberanía, dominio, protección o mandato de dicho Estado.

En la actualidad, el Convenio de Chicago sobre Aviación Civil Internacional que cuenta con aproximadamente 190 ratificaciones de los Estados se considera universal. Pero poniendo a un lado este Convenio, de todas maneras la soberanía sobre el espacio aéreo se ha transformado en una norma del derecho de costumbre y es un concepto imperante en todo el mundo.

## VI. LA EVOLUCIÓN DEL EJERCICIO DE LA SOBERANÍA AÉREA

Habiendo visto la creación de la soberanía aérea, pasemos ahora a revisar la evolución del ejercicio de ésta. Desde el principio de este régimen, ha habido un desarrollo dinámico en la forma en que los Estados han usado su soberanía para propósitos de seguridad nacional, de mercado del transporte aéreo comercial y el control del tráfico.

### 1. *Seguridad nacional*

Ya desde junio de 1919, cuando el concepto de la soberanía aérea estaba a punto de ser reconocido, Alemania ya no tuvo la oportunidad de ejercerla después de haber firmado el Tratado de Versalles con las Potencias Aliadas de la Primera Guerra Mundial. A Alemania no se le permitió poseer fuerzas aéreas militares o navales.<sup>24</sup> Las Potencias Aliadas disfrutaron en Alemania de libertad de paso a través de su espacio aéreo, libertad de tránsito y de aterrizaje para la aviación comercial y militar durante el tiempo de la ocupación aliada.<sup>25</sup> En 1945, después del rendimien-

<sup>24</sup> Artículo 198 del Tratado de Versalles, 28 de junio de 1919.

<sup>25</sup> Artículos 200, 313-320 del Tratado de Versalles, 28 de junio de 1919.

to incondicional de Alemania, las Potencias Aliadas ejercieron nuevamente soberanía sobre el espacio aéreo de Alemania y prohibieron la producción de todo tipo de aeronaves.<sup>26</sup>

Estos ejemplos muestran que desde el principio, la suspensión y limitación del ejercicio de la soberanía aérea se transformó en un instrumento político, el cual vino a suplir de *facto* el poder aéreo y la dominancia aérea sobre el territorio de otros Estados, después de una guerra y en tiempos de ocupación. Un Estado ocupado puede ser colocado bajo presión “política” para firmar un acuerdo internacional o un tratado, los cuales “legalmente” reducen el ejercicio de su soberanía aérea.

Las limitaciones, suspensiones y ejecución del ejercicio de la soberanía aérea a un Estado o de otro Estado, son también medidas reconocidas para la estabilidad y mantenimiento de la paz y seguridad bajo los auspicios de las Naciones Unidas. La Carta de las Naciones Unidas prevé sanciones militares del Consejo de Seguridad bajo el capítulo VII, incluyendo la utilización de las fuerzas aéreas de sus Estados miembros.<sup>27</sup> Como ejemplo de esto se puede mencionar el bloque aéreo sobre la República de Bosnia-Herzegovina, iniciado en 1992, con el propósito de mejorar la seguridad de los vuelos humanitarios. Posteriormente, el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas también autorizó la coerción proporcional del bloque aéreo.<sup>28</sup>

Otra limitación en el ejercicio de la soberanía aérea con propósitos humanitarios es la regla del derecho de costumbre, expresada en el artículo 3o. bis del Convenio de Chicago, de restringir el uso de armas contra aeronaves civiles en vuelo.

<sup>26</sup> Acuerdos de la Conferencia de Berlín (Potsdam), 17 de julio al 2 de agosto de 1945, (a) Protocolo de Procedimientos, 1o. de agosto de 1945, Sec. B. Principios Económicos, Subsec. 11. También véase el Estatuto de Ocupación de Alemania, 10 de abril de 1949. Este régimen terminó el 5 de mayo de 1955, a través de los Tratados de París de 23 de octubre de 1954.

<sup>27</sup> Artículos 42 y 45 de la Carta de las Naciones Unidas.

<sup>28</sup> UNSCR 781, 9 de octubre de 1992 y UNSCR 816, 31 de marzo de 1993.

También en el campo militar los Estados pueden acordar excepciones al ejercicio de soberanía por medio de un tratado. Por ejemplo, en 1992 los Estados miembros de la OTAN y del anterior Pacto de Varsovia acordaron el Tratado de los Cielos Abiertos.<sup>29</sup> Bajo procedimientos bien definidos, este Tratado permite vuelos aéreos de monitoreo mutuo sobre los territorios de todos los Estados participantes.

## 2. *Transporte comercial aéreo*

El régimen de la soberanía aérea no sólo es usado para propósitos de defensa nacional y seguridad, sino que también para proteger al transporte comercial aéreo. Los vuelos internacionales deben respetar la soberanía de todos los Estados cuando despegan, transitan y aterrizan. Pero los Convenios de París de 1919 y de Chicago no establecieron sistemas multilaterales para el intercambio de derechos de tráfico para el transporte comercial aéreo.<sup>30</sup> Una excepción importante a esto fue el acuerdo relativo al tránsito de los servicios aéreos de 1944,<sup>31</sup> el cual sólo permite el sobrevuelo y paradas técnicas de aeronaves (dos libertades aéreas). Otro instrumento legal, el Convenio de Transporte Aéreo Internacional de 1944<sup>32</sup> que cubre el intercambio de derechos de tráfico comercial internacional, incluyendo el derecho a despegar

<sup>29</sup> Tratado de los Cielos Abiertos (*Open Skies Treaty*), Helsinki, 24 de marzo de 1992, en vigor desde el 1o. de enero de 2002.

<sup>30</sup> El artículo 6o. del Convenio de Chicago sólo reafirma que la soberanía aérea se aplica a servicios aéreos regulares: "Ningún servicio aéreo internacional regular podrá explotarse en el territorio o sobre el territorio de un Estado contratante, excepto con el permiso especial u otra autorización de dicho Estado y de conformidad con las condiciones de dicho permiso o autorización".

<sup>31</sup> Acuerdo Relativo al Tránsito de los Servicios Aéreos de 1944 (*International Air Services Transit Agreement*), 7 de diciembre de 1944. Este tratado tiene en la actualidad cerca de 100 ratificaciones. Desafortunadamente, no son parte de este tratado algunos Estados con vastos territorios como Brasil, Canadá, China y la Federación Rusa.

<sup>32</sup> Convenio de Transporte Aéreo Internacional de 1944, Chicago.

y descargar pasajeros, cargamento y correo (cinco libertades aéreas), sólo ha sido aceptado por un número limitado de Estados y es comercialmente insignificante.

Los tratados bilaterales de transporte aéreo se transformaron en la clave que vino a resolver el problema. El Acuerdo Bilateral rígido entre el Reino Unido y los Estados Unidos, concluido en Bermudas en 1946, sirvió de modelo a otros acuerdos.<sup>33</sup> Sobre condiciones similares, las rutas, capacidad, frecuencia y precios de los servicios de tráfico aéreo fueron fijados.<sup>34</sup> Asimismo, ambos Estados designaron a las empresas de transporte aéreo nacionales que llevarían a cabo dichos servicios. El orden del tráfico comercial aéreo internacional posterior a la guerra fue testigo de miles de esos “bilaterales”. Por décadas, los bilaterales rígidos fueron usados por los Estados para formalizar derechos de soberanía en la protección de mercados de tráfico aéreos y en la protección de empresas de transporte aéreo nacionales que enarbolaban sus banderas. Por largo tiempo, el tráfico aéreo fue una de las industrias más reguladas.

La filosofía del mercado posibilitó superar la regulación del mercado del transporte aéreo, misma que estaba cimentada en la aplicación de la soberanía en una manera restringida. El punto de partida en la desregulación del tráfico aéreo fue el mercado doméstico de los Estados Unidos a mediados de los años setenta. A partir de 1978, los Estados Unidos comenzaron a “exportar” su filosofía más liberal a través de un nuevo tipo de bilaterales de tráfico aéreo, en rutas internacionales aéreas con Estados que operaban líneas aéreas económicamente fuertes, que podían resistir un ambiente más competitivo.<sup>35</sup>

<sup>33</sup> Acuerdo entre el gobierno del Reino Unido y el gobierno de los Estados Unidos en relación a los servicios aéreos entre sus respectivos territorios (Bermudas I), Bermudas, 11 de febrero de 1946.

<sup>34</sup> Los precios de pasajes y aranceles aéreos fueron fijados a través de los mecanismos de la Asociación Internacional de Transporte Aéreo (*Air Transport Association-IATA*).

<sup>35</sup> Este desarrollo progresó en varios pasos, llevando a los conocidos “bilaterales liberales” y finalmente a los acuerdos de “cielos abiertos”. Característi-

Durante un periodo de cuarenta años, las fuerzas proteccionistas del bilateralismo llevaron a una situación peculiar en Europa. La soberanía segmentó el mercado de un continente geográficamente pequeño con relaciones de tráfico de alta densidad. Comenzando en 1987, la Comunidad Europea, basada en el Acta Única Europea,<sup>36</sup> introdujo sucesivamente tres paquetes de liberación del mercado del tráfico aéreo comercial. El tercero y último paquete de liberación<sup>37</sup> está en vigor desde el 1o. de enero de 1993. A través de este último paquete, las empresas de transporte aéreo de la Comunidad recibieron concesiones para ofrecer servicios aéreos comerciales regulares y no regulares dentro de la Comunidad (por ejemplo, servicios aéreos entre cualquier aeropuerto abierto a la aviación civil dentro de los territorios de

cas principales de los acuerdos de “cielos abiertos” son la falta de restricciones en rutas, en el número de aerolíneas que compiten, en la capacidad y la frecuencia. Los precios eran determinados por las fuerzas del mercado, pero solamente se condicionaban si ambos Estados no aprobaban tales precios.

<sup>36</sup> Acta Única Europea (*Single European Act*) (1986), OJ L 29, 1o. de febrero de 1985.

<sup>37</sup> El tercer paquete de liberación consiste en las siguientes regulaciones de la Comunidad Económica Europea (CEE):

— Reglamento (CEE) 2407/92, OJ L 240/1 del 24.08.1992, sobre la concesión de licencias a las empresas de transporte aéreo (regulares y no regulares) para servicios aéreos en la comunidad (requisitos financieros y técnicos).

— Reglamento (CEE) 2408/92, OJ L 240/8 del 24.08.1992, enmendado por el Reglamento (CE) 1791/2006, OJ L 363/1, relativo al acceso de las empresas de transporte aéreo de la Comunidad a las rutas aéreas intracomunitarias, incluyendo las 5a. y 7a. libertades y la 8a. libertad hasta un cierto grado.

— Reglamento (CEE) 2409/92, OJ L 240/15 of 24.08.1992, sobre tarifas y fletes de los servicios aéreos (regulares y no regulares).

— Reglamento (CEE) 2410/92, OJ L 240 p. 18 del 24.08.1992, por el que se establecen las normas de desarrollo de las reglas de competencia para empresas del sector del transporte aéreo.

— Reglamento (CEE) 2411/92, OJ L 240 p. 19 del 24.08.1992, relativo a la aplicación del artículo 85 (3) del Tratado a determinadas categorías de acuerdos y prácticas concertadas en el sector del transporte aéreo (planeación, coordinación de horarios, consultas sobre aranceles, condiciones del transporte, asignación de lugares de tiempo en el espacio aéreo [*spots*], sistemas computacionales de reservación).

los Estados miembros de la Comunidad). Este paquete incluye todos los derechos de tráfico.<sup>38</sup> En lugar de desregular y liberar el transporte aéreo, los Estados europeos decidieron crear un mercado de transporte aéreo único, extendiéndolo en los territorios de todos sus Estados miembros, como si fuera una sola área doméstica.

Casi diez años después del Mercado Único Europeo para el tráfico aéreo, la Unión Europea se esforzó en expandir el mercado del tráfico aéreo liberal intra europeo a terceras partes. Bajo esta nueva política, la Unión Europea y Estados Unidos concertaron el Acuerdo de Cielos Abiertos,<sup>39</sup> que entró en vigor el 30 de marzo de 2008, y será seguido por otros más. Ahora, las líneas aéreas de la Unión Europea pueden operar vuelos a los Estados Unidos desde cualquier aeropuerto de la Unión Europea, sin importar su nacionalidad.<sup>40</sup> No hay restricciones sobre rutas, frecuencias y aeronaves. Los precios se establecen en línea con el mercado.

Lo que podemos observar es un desarrollo completamente invertido en la relación entre el ejercicio de los derechos soberanos y la dinámica del mercado. A través de muchas décadas, la soberanía era usada para proteger el tráfico aéreo comercial nacional e internacional. Con el desarrollo del mercado del transporte aéreo comercial, las filosofías del mercado se usan ahora para superar los obstáculos que se habían creado con anterioridad basados en la soberanía.

<sup>38</sup> Las empresas de transporte aéreo requieren una licencia del Estado miembro basado en criterios específicos sobre su capacidad económica y técnica. Los precios de los pasajes de personas y cargamento por servicios aéreos dentro de la comunidad pueden ser establecidos por los las empresas de tráfico aéreo. No obstante, tales precios pueden ser desaprobados por los Estados miembros en el caso de que los precios no tengan relación razonable con el costo total de las empresas de transporte aéreo.

<sup>39</sup> Acuerdo de Transporte Aéreo entre la CEE, sus miembros y los Estados Unidos, 30 de abril de 2007.

<sup>40</sup> Los europeos pueden detentar más del 50% de acciones en las líneas aéreas de los Estados Unidos, mientras no tengan control mayoritario o total sobre dicha aerolínea.

### 3. *Servicios de tráfico aéreo*

Los servicios de tráfico aéreo y el control del tráfico aéreo son otros ejemplos interesantes del cambio de política en el ejercicio de la soberanía aérea de Europa. El control del tráfico aéreo moderno comenzó a existir en la Segunda Guerra Mundial, cuando nuevas formas de radiocomunicación, radio navegación y radar fueron susceptibles de aprovecharse.

Desde un principio, los Estados sentían que la ejecución de los servicios de tráfico aéreo era una función soberana y sólo podía ser depositada en los Estados. Esto estaba fundamentado sobre un entendimiento no exacto de que los servicios de tráfico aéreo, en especial el control del tráfico aéreo, eran funciones policiales. Especialmente en Europa, parchada con Estados de territorios pequeños y con una creciente densidad de tráfico, la protección de los servicios de tráfico aéreo nacionales, considerada como función soberana y la falta de visión, resultó en sistemas de servicios de tráfico aéreos fragmentados e ineficientes.

A partir del 31 de diciembre de 2004, la Unión Europea introdujo el proyecto del Cielo Único Europeo, para regular el espacio aéreo hasta una altura de 8,700 m sobre los Estados miembros de la Unión Europea.<sup>41</sup> En muchos aspectos, éste sigue el modelo de la liberación exitosa del tráfico aéreo comercial y del mercado

<sup>41</sup> El marco regulatorio armonizado de la gestión del tráfico aéreo designada para crear un cielo único europeo, consiste de cuatro regulaciones:

— Reglamento (CE) 549/2004 (EC) 549/2004, OJ L 096, 31/03/2004 p. 1, por el que se fija el marco para la creación del cielo único europeo (Reglamento Marco).

— Reglamento (CE) 550/2004 OJ L 096, 31/03/2004 p. 10, relativo a la prestación de servicios de navegación aérea en el cielo único europeo (Reglamento de Prestación de Servicios).

— Reglamento (CE) 551/2004 OJ L 096, 31/03/2004 p. 20, relativo a la organización y utilización del espacio aéreo en el cielo único europeo (Reglamento del Espacio Aéreo), y

— Reglamento (CE) 552/2004 OJ L 096, 31/03/2004 p. 26, relativo a la interoperabilidad de la red europea de gestión del tránsito aéreo (*European Air Traffic Management network*) (Reglamento de Interoperabilidad).

de las telecomunicaciones. El concepto del cielo único europeo corre a través de una línea muy fina entre reservas soberanas<sup>42</sup> de los Estados miembros de la Unión Europea y los mecanismos del mercado. Los proveedores de los servicios de tráfico aéreo son designados por los Estados, independientemente de su nacionalidad, para así ofrecer más flexibilidad en sus servicios. Los conocidos “bloques funcionales del espacio aéreo” permiten una estructura del aeroespacio más flexible. Encima de esto, los Estados miembros de la Unión Europea todavía acuerdan mejorar la cooperación civil-militar en asuntos del manejo del tráfico, a pesar de que los asuntos militares no caen en la competencia de la Unión Europea.

En el fondo, las regulaciones de la Unión Europea del paquete del cielo único europeo usan un acercamiento de la liberación del mercado y su desregulación para alcanzar una reorganización y modernización urgentemente necesaria para la gestión del tráfico aéreo. El marco institucional sigue el patrón clásico de la Unión Europea en lo que respecta a la desregulación y liberación del monopolio y de las industrias propiedad del Estado. Pero aquí hay una diferencia de esto con respecto a otras industrias que han sido desreguladas. Aquí no hay competencia entre los proveedores de servicios de tráfico aéreo dentro de un determinado bloque de espacio aéreo. Los Estados miembros deben estar convencidos de que un modelo de mercado competitivo puede servir como puente para superar los obstáculos impuestos por la soberanía en el espacio aéreo, a pesar de que los problemas de los servicios del tráfico aéreo europeos no están arraigados en la falta de mecanismos del mercado.

<sup>42</sup> Párrafo 4 del Preámbulo del Reglamento Marco (CE) 549/2004, concerniente a las obligaciones por membresía en Eurocontrol y del Convenio de Chicago. Así mismo, párrafos 5 y 6 del mismo Preámbulo, que señala la falta de competencia de la Unión Europea en asuntos militares. Sobre lo anterior, también se encuentra la Declaración General sobre Asuntos Militares anexada al Reglamento Marco (CE) 549/2004.

## VII. CONCLUSIONES

El concepto legal de la soberanía de los Estados no ha cambiado. Lo que ha cambiado ha sido el ejercicio de tal soberanía. La soberanía denota el derecho legal exclusivo, supremo e inalienable y la autoridad de los Estados para ejercer el poder dentro de su área de jurisdicción. La soberanía está intrínsecamente conectada con la calidad de ser de un Estado. La soberanía no debe ser confundida con el ejercicio del poder de hecho o el poder del mercado.

Los Estados tienen la libertad de ejercer su soberanía. Pero en las relaciones exteriores de dichos Estados, ellos pueden obligarse legalmente por medio de tratados y otros acuerdos internacionales para ejercer su soberanía. A pesar de tales instrumentos internacionales, su capacidad primordial como Estado soberano no es afectada.

En este apartado se estudia el caso del ejercicio de la soberanía en el espacio aéreo. Al ejercitar su soberanía, los Estados usan una gama extensa de instrumentos internacionales, los cuales muestran la evolución en materia de seguridad nacional, el mercado del transporte aéreo y los servicios de tráfico aéreo. El ejercicio de la soberanía aérea puede ser impactada por tratados (de paz), regímenes de ocupación y medidas bajo el capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas. No obstante, tales presiones no ponen en duda su calidad como Estado.

Un área importante en el ejercicio de soberanía es el comercio internacional y el transporte. En las épocas en que las aerolíneas eran débiles para competir, los Estados usaban su soberanía para proteger sus mercados nacionales de transporte aéreo y las rutas aéreas internacionales. Esta era fue marcada con la ausencia de un instrumento multilateral de significado para el intercambio de derechos del tráfico aéreo comercial, pero en cambio, por una plétora de bilaterales rígidos del tipo “Bermudas”. Cuando el mercado maduró, los bilaterales se transformaron en instrumentos más liberales y la Unión Europea creó un mercado único de

transporte aéreo usando instrumentos típicos de liberación, los cuales han sido usados en formas similares por otras industrias.

El deseo de liberar y desregular el mercado fue más fuerte que la tendencia política de mantener un régimen rígido de soberanía aérea para el tráfico aéreo comercial. Asombrosamente, la Unión Europea hasta está usando los mismos instrumentos de liberación del mercado para reformar el sistema de los servicios de tráfico aéreo en Europa, a pesar de que los problemas de los servicios de tráfico aéreo no radican en la falta de competencia de mercado.

La globalización de los mercados en los últimos veinte años ha llevado a muchos Estados a no ejercer su soberanía de manera proteccionista. Claramente, en el campo del transporte aéreo internacional, las filosofías del mercado fueron usadas para superar las limitaciones que han sido impuestas sobre la base de soberanía por muchas décadas. Bajo la luz del presente mundo económico y su crisis financiera, es necesario ver si los Estados continuarán usando filosofías del mercado y desregulaciones estratégicas, en el mismo grado en que definen sus relaciones externas. Pero un hecho permanece claro; sin importar si el Estado ejerce su soberanía de una forma liberal o restringida, especialmente en lo que respecta al mercado y al comercio, el concepto legal de la soberanía no cambia.

#### VIII. BIBLIOGRAFÍA Y LEGISGRAFÍA

GROCIO, Hugo, *Mare Liberum*, Leiden, 1609.

SCHMITT, Carl, *Politische Theologie. Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität*, Múnich, u.a., 1922.

Acuerdo de Transporte Aéreo entre la CEE, sus miembros y los Estados Unidos, 30 de abril de 2007.

Acta Única Europea (*Single European Act*) (1986), OJ L 29, 10. de febrero de 1985.

Acuerdo Relativo al Tránsito de los Servicios Aéreos de 1944 (*International Air Services Transit Agreement*), 7 de diciembre de 1944. Carta de Naciones Unidas, 26 de junio de 1945.

- Conferencia de Berlín (Postdam), 17 de julio al 2 de agosto de 1945.
- Constitución de los Estados Unidos de América, 17 de septiembre de 1787.
- Convenio Interamericano sobre Aviación Comercial, La Habana, 20 de febrero de 1928.
- Convenio sobre Aviación Civil Internacional, Chicago, 7 de diciembre de 1944.
- Convenio sobre el Derecho del Mar de 1982.
- Convenio sobre la Reglamentación de la Navegación Aérea (Convenio de París), 13 de octubre de 1919.
- Tratado de Paz entre el Sacro Imperio Romano Germánico y el Rey de Francia y sus aliados respectivos, Munster, Westfalia, 24 de octubre de 1648.
- Tratado de los Cielos Abiertos (Helsinki), 24 de marzo de 1992.
- Tratado de Versalles, 28 de junio de 1919.