



UNIVERSIDAD PANAMERICANA

FACULTAD DE DERECHO

CON RECONOCIMIENTO DE VALIDEZ OFICIAL DE ESTUDIOS ANTE LA S.E.P
CON NUMERO DE ACUERDO 944893 DE FECHA 24-III-94

**“ACCIDENTE DEL VUELO MH17: ANÁLISIS DE ALGUNAS
CUESTIONES JURÍDICAS EN EL MARCO DEL DERECHO
INTERNACIONAL PÚBLICO ACTUAL”**

**TESIS PROFESIONAL
QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE
LICENCIADO EN DERECHO**

P R E S E N T A

MACARENA GARCÍA COLLADO

DIRECTOR DE TESIS: DR. RODRIGO SOTO MORALES

CIUDAD DE MÉXICO

2016

Agradecimientos

A mis padres. Gracias por vuestro amor, confianza y apoyo incondicional. Mamá, gracias por tu compañía, fortaleza, paciencia e, incluso, por tus regaños. Papá, gracias por ser mi héroe, mi cómplice y por enseñarme que tarde o temprano quien gana es quien cree poder hacerlo;

A Conchi, gracias por tu cariño, apoyo y por siempre regalarme una sonrisa;

A mis hermanas, las mejores. Gracias por cuidarme y protegerme siempre. Chiti, gracias por ser mi modelo a seguir y, Pili, gracias por tu buen corazón;

A mis amigos. Gracias por vuestro cariño, por alentarme a terminar la tesis y por los grandes momentos juntos. Helena, gracias por ser mi hermana más que mi amiga;

Al Dr. Rodrigo Soto, gracias por acompañarme en esta aventura;

A mis profesores, gracias por tantas lecciones aprendidas; y

En general, gracias a todas las personas que hicieron posible concluir esta tesis.

ÍNDICE

Introducción.....	5
 <u>Capítulo I: Accidente del vuelo MH17: Circunstancias, investigación y contexto</u>	
1.1. Accidente del vuelo MH17.....	8
1.2. Búsqueda y rescate.....	13
1.3. Acceso al área del accidente.....	14
1.4. Recuperación de los restos de la aeronave.....	14
1.5. La investigación.....	15
1.6. Resumen de la investigación forense.....	21
1.7. Medidas de seguridad adoptadas después del accidente.....	22
1.8. Resolución del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas número 2166 del 21 de junio de 2014.....	23
1.9. Carta del Secretario General de la OACI AN 13/4.2-14/59 de 24 de julio de 2014.....	25
1.10. Antecedentes históricos y contexto del accidente del vuelo MH17.....	27
 <u>Capítulo II: Responsabilidad de Ucrania bajo el derecho internacional</u>	
2.1. Marco general de la responsabilidad civil.....	34
2.2. Marco teórico de la responsabilidad internacional de un Estado.....	39
2.3. Responsabilidad internacional de Ucrania.....	51
2.3.1. Violación de una obligación internacional por parte de Ucrania.....	52
2.3.1.1. Convenio de Chicago como norma internacional violada.....	52
2.3.1.2. Anexos del Convenio de Chicago como norma internacional violada.....	63
2.3.1.3. Hechos relevantes previos al accidente del vuelo MH17.....	76
2.3.1.4. Conclusión respecto de la existencia de la violación de una obligación internacional.....	85

2.3.2. Atribución de la omisión que constituye una violación de una obligación internacional a Ucrania.....	85
2.3.3. Conclusión de la responsabilidad internacional de Ucrania.....	88
2.3.4. Procedimiento derivado de la presentación de la controversia ante el Consejo de la OACI bajo el artículo 84 del Convenio de Chicago.....	95
2.3.5. Casos conocidos por el Consejo de la OACI bajo el artículo 84 del Convenio de Chicago.....	106
2.3.6. Análisis de la actuación del Consejo de la OACI ante la presentación de un desacuerdo de conformidad con el artículo 84 del Convenio de Chicago.....	111
2.3.7. El mecanismo de solución de controversias que prescribe el artículo 84 del Convenio de Chicago es una vía adecuada para los Estados lesionados.....	112
2.3.8. Condiciones de existencia del hecho internacionalmente ilícito, contenido de la responsabilidad internacional de Ucrania y el modo de hacerla efectiva.....	113
2.4. Actuar de Ucrania tras el accidente del vuelo MH17: referencia al Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil celebrado en Montreal el 23 de septiembre de 1971.....	119
<u>Capítulo III: Conclusiones.....</u>	124
Bibliografía.....	131

Sistema de referencia: Criterios *Editoriales del Instituto de Investigaciones Jurídicas* y de la *Enciclopedia Jurídica Mexicana* establecidos por la Universidad Nacional Autónoma de México.

Introducción

“El potencial de la aviación comercial para seguir mejorando al mundo es ilimitado” Tony Tyler, Director General y CEO de la Asociación Internacional del Transporte Aéreo (IATA)¹

Desde el 1 de enero de 1914 cuando la industria aeronáutica comenzó con una sola ruta y un solo pasajero, la aviación comercial ha crecido de forma exponencial. Actualmente, en promedio, cada día más de 8 millones de personas vuelan. En 2013, el total de pasajeros fue de 3.1 billones.²

Abordar el tema de la aviación civil internacional implica necesariamente abordar también el tema de la seguridad de la misma. Uno de los principales objetivos y principios de la aviación civil internacional es, precisamente, la seguridad. Si bien el transporte aéreo es considerado el transporte más seguro del mundo, desgraciadamente, los accidentes tienen lugar y sus consecuencias son graves.

El accidente del vuelo MH17 con 298 víctimas tuvo lugar el 17 de julio de 2014 en el este de Ucrania. En el momento del accidente, el este de Ucrania estaba afectado por un conflicto armado que se había expandido al espacio aéreo.

Las zonas de conflicto implican riesgos para la aviación civil, de ahí la importancia de que la información respecto de los riesgos sea precisa y esté, de forma oportuna, a disposición tanto de los Estados como de las aerolíneas con el fin de que estos puedan evaluar los riesgos de forma integral y a tiempo.

El accidente del vuelo MH17 conmocionó al mundo y es, precisamente, el punto de partida de este trabajo.

La finalidad del trabajo es abordar algunas cuestiones jurídicas (no todas, pues excederían los planteamientos del presente trabajo) derivadas del accidente del vuelo MH17. En específico, abordaré el tema de la responsabilidad internacional de

¹ IATA, *New Year's Day 2014 marks 100 years of commercial aviation*, <http://www.iata.org/pressroom/pr/Pages/2013-12-30-01.aspx>. Consultado el 31 de marzo de 2016.

² *Idem*.

Ucrania por el accidente, el mecanismo de solución de controversias que prescribe el Convenio de Chicago, la necesidad de que los Estados y líneas aéreas estén informados oportunamente de los riesgos para la aviación civil en zonas de conflicto y la necesidad de que la evaluación de los riesgos para la aviación civil en zonas de conflicto tenga un enfoque cualitativo y no meramente cuantitativo.

En el primer capítulo, presentaré las circunstancias del accidente, el contexto en el que tuvo lugar y la investigación del mismo.

En el segundo capítulo, tras el estudio del marco teórico de la responsabilidad internacional de un Estado, concluiré si Ucrania es responsable o no ante el derecho internacional por el accidente. Para ello, procederé al análisis del Convenio de Chicago y de sus Anexos 11, 15 y 17 y, una vez acreditado que el Convenio de Chicago y los Anexos anteriormente mencionados fueron violados por omisión, procederé al análisis de la atribución de esa omisión al Estado ucraniano.

A continuación señalaré el mecanismo de solución de controversias que prescribe el Convenio de Chicago. El Convenio de Chicago en su artículo 84 establece como principal mecanismo de solución de controversias por la aplicación o interpretación del Convenio la negociación. Sin embargo, en caso de que la controversia no pueda ser solucionada por medio de negociaciones el Consejo de la OACI decidirá al respecto, decisión que es apelable ante la Corte Internacional de Justicia o en el caso de que el Estado contratante no sea parte del Estatuto de la misma, ante un tribunal de arbitraje *ad hoc* aceptado por las partes en la controversia.

Es necesario tener presente que una de las características del derecho aeronáutico es la influencia de la política. Esta característica se refleja en el Consejo de la OACI, un órgano permanente, responsable ante la Asamblea, y compuesto por treinta y seis Estados contratantes, elegidos por la Asamblea.

A diferencia de los tribunales internacionales cuyos jueces están cualificados en el área del derecho correspondiente, los representantes de los miembros del Consejo no requieren ninguna cualificación especial y están vinculados por las

instrucciones de sus Estados. Sin embargo, toda decisión debe ser respaldada con argumentos sólidos, no sólo en el Consejo sino también en términos de justificación pública.

En última instancia, cualquier decisión manifiestamente errónea por parte del Consejo daría pie a una apelación ante la Corte Internacional de Justicia o ante un tribunal arbitral *ad hoc* revocando la decisión del Consejo y, en consecuencia, privándolo de legitimación.

En el último apartado del capítulo segundo abordaré el tema del contenido de la responsabilidad internacional de Ucrania y el modo de hacerla efectiva.

Por último, en el capítulo tercero expongo las conclusiones del trabajo.

Capítulo I:

Accidente del vuelo MH17: Circunstancias, investigación y contexto

1.1. Accidente del vuelo MH17

De conformidad con el reporte final del accidente elaborado por el Consejo de Seguridad de Holanda, el 17 de julio de 2014 la aeronave Boeing 777-200 operada por Malaysia Airlines y registrada en Malasia con el número de registro 9M-MRD, despegó a las 10:31 hora local (12:31 CET³) del aeropuerto de Schiphol de Ámsterdam con destino el Aeropuerto Internacional de Kuala Lumpur en Malasia.⁴

La aeronave contaba con 283 pasajeros, cuatro miembros de la tripulación de vuelo y 15 miembros de la tripulación de cabina, de modo que estaban a bordo un total 298 personas.⁵

Como resultado de la investigación, el Consejo de Seguridad de Holanda concluyó que la aeronave estaba en condiciones de vuelo a su despegue⁶ y que la tripulación estaba cualificada para operar el vuelo.⁷ Además, no se encontraron restos de medicinas, drogas o pesticidas en el cuerpo del primer oficial que tenía el control de la aeronave al momento del accidente.⁸

De acuerdo con la información proporcionada por la Empresa Estatal Ucraniana de Servicios de Tránsito Aéreo (UkSATSE), la aeronave entró en el Control del Radar del Sector 2 de Dnipropetrovsk, que es parte del espacio aéreo ucraniano, a las 12:53 hora local (14:53 CET)⁹. En ese momento, la aeronave volaba

³ Las horas señaladas en el reporte final del accidente del vuelo MH17 están en Hora Central Europea o por sus siglas en inglés CET en verano que implica añadir dos horas a la hora señalada por el Tiempo Universal Coordinado. El Tiempo Universal Coordinado o por sus siglas en inglés UTC es un sistema internacional que permite la comparación de la hora local en relación con la hora de referencia del Meridiano de Greenwich o Meridiano 0. Consejo de Seguridad de Holanda, *Reporte final del accidente del vuelo MH17*, La Haya, octubre de 2015, p. 272, <http://www.onderzoeksraad.nl/uploads/phase-docs/1006/debcd724fe7breport-mh17-crash.pdf>. Consultado el 31 de marzo de 2016.

⁴ *Ibidem*, p. 23.

⁵ *Idem*.

⁶ *Ibidem*, p. 31.

⁷ *Ibidem*, p. 85.

⁸ *Ibidem*, p. 28.

⁹ *Ibidem*, p. 24.

a una altitud de FL330 (FL es la abreviatura de *flight level*, es decir, nivel de vuelo, que se define como el nivel de presión atmosférica constante relacionada con un dato de referencia de 1013.25 mb de modo que FL330 son 33,000 pies¹⁰).

Tanto Ucrania como la Federación de Rusia habían emitido NOTAMs (*Notice to airmen*: es un aviso distribuido por medio de telecomunicaciones que contiene información relativa al establecimiento, condición o modificación de cualquier instalación servicio, procedimiento o peligro aeronáutico, cuyo conocimiento oportuno es esencial para el personal encargado de las operaciones de vuelo¹¹) que restringían el acceso a algunas partes de sus respectivos espacios aéreos hasta una altitud de FL320 (32,000 pies). Sin embargo, en el momento del accidente, el vuelo MH17 volaba en el espacio aéreo de la región de información de vuelo Dnipropetrovsk sin restricción alguna¹² (la región de información de vuelo es un espacio aéreo con límites definidos que proporciona tanto el servicio de información de vuelo como el servicio de alerta¹³).

El radar Dnipropetrovsk instruyó a la aeronave que volara directamente hacia el punto de navegación aérea RND, cerca de 45 millas náuticas al sudeste de TAMAK. El punto de navegación aérea TAMAK corresponde con la frontera entre el espacio aéreo de Ucrania y la Federación de Rusia.¹⁴ Esta instrucción fue recibida por la tripulación a las 13:19:56 hora local (15:19:56 CET).¹⁵

Posteriormente, a las 13:20 hora local (15:20 CET), el radar Dnipropetrovsk ordenó al vuelo MH17 que procediera a esperar la confirmación para el punto de navegación aérea TIKNA después de RND. TIKNA es un punto de navegación aérea

¹⁰ Crocker, *David, Dictionary of Aviation: Over 5,500 terms clearly defined*, 2a. ed., Londres, A&C Black Publishers, 2007, p.96 y 98.

¹¹ 1.1. Definiciones del Anexo 15 del Convenio de Chicago- Servicios de información aeronáutica.

¹² Consejo de Seguridad de Holanda, *op.cit.*, p. 36

¹³ Diccionario de Eurocontrol, http://www.eurocontrol.int/lexicon/lexicon/en/index.php/Flight_Information_Region. Consultado el 31 de marzo de 2016.

¹⁴ Consejo de Seguridad de Holanda, *op.cit.*, p. 26.

¹⁵ *Idem*.

localizado en la Federación de Rusia. Sin embargo, ninguna comunicación fue recibida del vuelo MH17 con posterioridad.¹⁶

La última transmisión de radio realizada por el vuelo MH17 empezó a las 13:19:56 (15:19:56 CET) y terminó a las 13:19:59 (15:19:50 CET). La última transmisión de radio hecha por el Radar Dnipropetrovsk dirigida al vuelo MH17 empezó a las 13:20:00 (15:20:00 CET) y terminó a las 13:35:50 (15:35:50 CET).¹⁷

Ningún mensaje de auxilio del vuelo MH17 fue recibida por el control de tránsito aéreo.¹⁸

Por parte del radar ucraniano se estableció que la última localización del vuelo MH17 fue a las 13:20:03 hora local (15:20:03 CET) cuando la aeronave volaba a una altitud de FL330. Los datos del radar no mostraron ningún objetivo en el radar en la cercanía del vuelo MH17 salvo tres aeronaves comerciales en un rango de 30 a 60 km al sur del vuelo MH17, más de 90 km al norte y al este y cerca de 200 km al oeste.¹⁹

Los datos del vuelo MH17 desaparecieron de la pantalla del radar a las 13:20:58 (15:20:58 CET).²⁰

Se concluyó que es muy improbable que los radares de control aéreo pudieran haber detectado algún misil en la pantalla del controlador del tránsito aéreo.²¹

Es importante señalar que los datos aportados por la comunicación satelital fueron proporcionados por el sistema SATCOM. El sistema llamado SATCOM es un sistema de radio que utiliza varios satélites para transmitir audio y datos. Adicionalmente, utiliza estaciones en tierra que complementan la información lo que permite conocer la ubicación precisa de la aeronave en todo momento. La información proporcionada por SATCOM fue de interés durante la investigación,

¹⁶ *Idem.*

¹⁷ *Ibidem*, p. 44.

¹⁸ *Ibidem*, p. 43.

¹⁹ *Ibidem*, p. 114.

²⁰ *Idem.*

²¹ *Idem.*

porque este sistema “interroga” al sistema de la aeronave cada 15 minutos, en caso de no tener transmisión continua de datos.²²

La última transmisión satelital del vuelo MH17 fue entre las 13:07:26 y 13:08:51 hora local (15:07:26 y 15:08:51 CET). Aproximadamente 15 minutos después, se le envió un mensaje al sistema para comprobar que la terminal de la aeronave seguía operando. Como no recibió respuesta, se volvió a enviar el mensaje dos veces más sin respuesta.²³

El análisis de la grabadora de la cabina de mando y el grabador de los datos de vuelo por parte del Consejo de Seguridad de Holanda es el siguiente:

Ambos grabadores no fueron recuperados por el equipo de investigación, sino que el 21 de julio de 2014 los grabadores fueron entregados a un oficial de Malasia en Donetsk (este de Ucrania) por representantes del grupo armado presente en el área. Un día después, los grabadores fueron entregados al Consejo de Seguridad de Holanda en Kiev, Ucrania.²⁴

El grabador de voz de la cabina de mando sufrió daños tanto externos como internos. Sin embargo, la memoria interna está intacta. Fue exitosamente descargado²⁵ y no hay indicios de que fuera manipulado.²⁶

La grabación demuestra que no sucedía nada inusual en el vuelo y no se puede identificar ninguna alarma o aviso referente a que el sistema no estuviera funcionando correctamente. La grabación terminó abruptamente a las 13:20:03.²⁷

Respecto al grabador de datos de vuelo, igualmente sufrió daño externo e interno pero la memoria interna estaba intacta. Este grabador está diseñado para

²² *Ibidem*, p. 50.

²³ *Ibidem*, p. 51.

²⁴ *Ibidem*, p. 44.

²⁵ *Ibidem*, p. 45.

²⁶ *Idem*.

²⁷ *Idem*.

conservar información hasta por 25 horas de operación, y fue exitosamente descargado.²⁸ No hay indicios de que fuera manipulado²⁹

La información de la grabación de los datos de vuelo mostró que la aeronave volaba a una altitud de 33,000 pies. La grabación se interrumpe abruptamente a las 13:20:03 (15:20:03 CET). Tampoco hay indicios de avisos o alarmas en el grabador.³⁰

Por otra parte, la grabación en la cabina de mando también terminó abruptamente. El sonido grabado en los últimos 20 milisegundos de la grabación fue una onda sonora de gran energía. La triangulación de la señal mostró que el sonido se originó fuera de la aeronave, iniciándose en el lado izquierdo de la cabina de mando, propagándose del frente a la parte trasera.³¹

La aeronave estaba equipada con un grabador de acceso rápido. Este dispositivo retiene datos similares al grabador de datos de vuelo y, como su nombre lo sugiere, es fácilmente accesible especialmente para propósitos de mantenimiento. No fue encontrado.³²

Además, la aeronave estaba equipada con dos localizadores de emergencia que no fueron recuperados³³. El primero era una unidad fija mientras que el segundo era portátil.³⁴ Si bien el localizador de emergencia portátil no fue activado³⁵, el localizador de emergencia fijo emitió una señal a dos satélites entre las 13:20:35 y las 13:20:36. La localización aportada al momento de la finalización de la transmisión coincide en el área de impacto número 4, área que contiene entre otras partes el fuselaje (entre el ala y la sección final).³⁶

²⁸ *Ibidem*, p. 46.

²⁹ *Ibidem*, p. 45.

³⁰ *Ibidem*, p. 47.

³¹ *Ibidem*, p. 113.

³² *Ibidem*, p. 48.

³³ *Ibidem*, p. 50.

³⁴ *Ibidem*, p. 48.

³⁵ *Ibidem*, p. 50.

³⁶ *Ibidem*, p. 49.

La notificación de la desaparición de la aeronave fue emitida por la Oficina de Investigación de Accidentes de Aire de Ucrania (NBAAI) el 18 de julio del 2014 a las 06:00 hora local (08:00 CET), la cual fue alertada de la desaparición de la aeronave por la Empresa Estatal Ucraniana de Servicios de Tránsito Aéreo (UkSATSE).³⁷

El reporte final del accidente del Consejo de Seguridad de Holanda concluye que la aeronave impactó en tierra al oeste del punto de navegación TAMAK, cerca de la población de Hrabove (este de Ucrania). El momento del impacto no se pudo determinar con exactitud. Sin embargo, en los medios de comunicación los habitantes locales describieron cómo las partes de la aeronave caían del cielo e impactaban en las casas y jardines cerca de las 16:30 hora local (18:30 CET).³⁸

En tierra, casas, edificios y campos de cultivo sufrieron daños como resultado del impacto de: la aeronave, restos humanos, carga y equipaje, y de los incendios posteriores (en dos de los sitios se registraron incendios con posterioridad al impacto).³⁹

Los restos de la aeronave fueron identificados en seis sitios cerca de las poblaciones de Hrabove, Rozsypne y Petropavlivka en un área de 50 km².⁴⁰ También fueron encontradas partes que no se correspondían con la aeronave, sino que pertenecían a un misil de tierra-aire tipo Buk.⁴¹

1.2. Búsqueda y rescate

El equipo local del Servicio de Emergencia Estatal de Ucrania recuperó los restos humanos entre el 17 y el 21 de julio de 2014. Esta entidad es una organización federal que cuenta con unidades locales, las cuales, entre otros asuntos, son responsables de la protección de la población en caso de desastres. En el caso de que ocurra un desastre, esta organización cuenta con la autoridad sobre

³⁷ *Ibidem*, p. 9.

³⁸ *Ibidem*, p. 26-27.

³⁹ *Ibidem*, p. 28.

⁴⁰ *Ibidem*, p. 9.

⁴¹ *Ibidem*, p. 80.

otras. En el caso que nos ocupa, el equipo local fue asistido por los bomberos, policía, granjeros y mineros locales.⁴²

1.3. Acceso al área del accidente

Bajo la supervisión y escolta de la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE), los investigadores de accidentes aéreos de Ucrania y de Malasia, la policía federal de Australia y periodistas tuvieron acceso al área del accidente en los días posteriores al mismo.⁴³

Durante estas visitas los restos de la aeronave fueron fotografiados extensivamente. Las fotografías mostraban que el área había sido prácticamente conservada.⁴⁴

1.4. Recuperación de los restos de la aeronave

Como el lugar del accidente presenciaba un conflicto armado, durante mucho tiempo no fue seguro para los investigadores trasladarse al mismo para realizar los trabajos de investigación y recuperar las partes de la aeronave.

La primera oportunidad fue del 4 al 22 de noviembre de 2014, cerca de cuatro meses después del accidente; la segunda oportunidad fue del 20 al 28 de marzo de 2015 y la tercera oportunidad del 19 de abril al 2 de mayo de 2015.⁴⁵

En el lugar del accidente la asistencia fue otorgada por la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE), el Servicio Estatal de Emergencias (SES) y los residentes locales. La mayor parte de los restos de la aeronave fueron recuperados durante la primera misión.⁴⁶

Empezando el 16 de noviembre, después de haber recibido permiso por parte de las autoridades locales, restos de la aeronave fueron recolectados durante seis

⁴² *Ibidem*, p. 87.

⁴³ *Ibidem*, p. 53.

⁴⁴ *Idem*.

⁴⁵ *Ibidem*, p. 16.

⁴⁶ *Idem*.

días y transportados a Holanda para investigación y la reconstrucción parcial de la aeronave. Fue necesario cortar algunas partes de la aeronave en secciones más pequeñas para facilitar su transporte.⁴⁷

No fue hasta el 20 de marzo de 2015 que fue posible acceder al sitio noroeste de la villa de Petropavlivka por primera vez. Entre el 19 de abril y el 2 de mayo, piezas de la aeronave recogidas por residentes locales fueron recuperadas.⁴⁸

Es importante señalar que muchas de las piezas de los restos de la aeronave no fueron físicamente examinadas por el Consejo de Seguridad de Holanda hasta 4 meses después del accidente. Durante este periodo algunas partes fueron removidas, por lo que no fue posible recuperar todas las piezas. Sin embargo, las fotografías tomadas inmediatamente después del accidente fueron utilizadas en conjunto con los restos encontrados.⁴⁹

La distribución de los restos de la aeronave en un área tan extensa (50 km²) indica que la aeronave se desintegró en vuelo.⁵⁰

También fueron encontradas partes que no se correspondían con la aeronave, sino que pertenecían a un misil de tierra- aire tipo Buk serie 9M38.⁵¹

La mayoría de los ocupantes de la cabina de mando sufrieron múltiples fracturas consistentes con la desintegración de la aeronave en vuelo y el posterior impacto en tierra.⁵²

1.5. La investigación

Para poder ponderar correctamente la oportunidad y acierto técnico y jurídico sobre la investigación del accidente, hay que mencionar la distinción entre accidente

⁴⁷ *Ibidem*, p. 53.

⁴⁸ *Idem*.

⁴⁹ *Idem*.

⁵⁰ *Idem*.

⁵¹ *Ibidem*, p. 83.

⁵² *Ibidem*, p. 86.

e incidente que precisa el anexo 11 del Convenio de Chicago- Servicios de tránsito aéreo⁵³.

Es accidente todo suceso, relacionado con la utilización de una aeronave, que ocurre dentro del período comprendido entre el momento en que una persona entra a bordo de la aeronave, con intención de realizar un vuelo, y el momento en que todas las personas han desembarcado, durante el cual:

- a) cualquier persona sufre lesiones mortales o graves a consecuencia de:
 - hallarse en la aeronave, o
 - por contacto directo con cualquier parte de la aeronave, incluso las partes que se hayan desprendido de la aeronave, o
 - por exposición directa al chorro de un reactor,

excepto cuando las lesiones obedezcan a causas naturales, se las haya causado una persona a sí misma o hayan sido causadas por otras personas o se trate de lesiones sufridas por pasajeros clandestinos escondidos fuera de las áreas destinadas normalmente a los pasajeros y la tripulación; o

- b) la aeronave sufre daños o roturas estructurales que:
 - afectan adversamente su resistencia estructural, su performance⁵⁴ o sus características de vuelo, y
 - normalmente exigen una reparación importante o el recambio del componente afectado,

excepto por falla o daños del motor, cuando el daño se limita al motor, su capó⁵⁵ o sus accesorios; o por daños limitados en las hélices, extremos de ala,

⁵³ Capítulo 1. Definiciones del Anexo 11 del Convenio de Chicago-Servicios de tránsito aéreo.

⁵⁴ Performance es definido como “rendimiento (proporción entre el resultado obtenido y los medios utilizados)”. RAE, *Diccionario de la lengua española*, <http://dle.rae.es/?id=7LACbda>. Consultado el 19 de abril de 2016.

⁵⁵ El capó es definido como “la cubierta del motor del automóvil”. RAE, *Diccionario de la lengua española*, <http://dle.rae.es/?id=7LACbda>. Consultado el 31 de marzo de 2016.

antenas, neumáticos, frenos o carenas, pequeñas abolladuras o perforaciones en el revestimiento de la aeronave; o

c) la aeronave desaparece o es totalmente inaccesible

En cambio, es incidente todo suceso relacionado con la utilización de una aeronave, que no llegue a ser un accidente, que afecte o pueda afectar la seguridad de las operaciones.

Desde el punto de vista doctrinal, Folchi aporta la siguiente definición de accidente aeronáutico:

“todo hecho resultante de la utilización de una aeronave en su actividad específica, que produzca daños a dicha aeronave o a personas, cosas o bienes transportados en la misma o que se encuentren en la superficie”. De este modo, el concepto se integra por tres elementos básicos del mismo:

1. Se trata de un hecho.
2. La aeronave debe hallarse cumpliendo su actividad propia: desplazándose en el espacio aéreo o iniciando o concluyendo dicho desplazamiento.
3. Existencia de daños producidos a la misma aeronave o a las personas o cosas que se encuentren en ella o fuera de la misma.⁵⁶

En el caso del derribo del vuelo MH17 estamos ante un accidente, pues la destrucción de la aeronave tuvo lugar dentro del período comprendido entre el embarque y el desembarque durante el cual personas sufrieron lesiones graves o mortales como consecuencia de hallarse en la aeronave.

De conformidad con el derecho internacional, Folchi señala que:

⁵⁶ Folchi, Mario O. *Tratado de derecho aeronáutico y política de la aeronáutica civil*, Buenos Aires, Astrea, 2015, vol. 2, p.228.

Ante un accidente, el Estado donde ocurra el mismo debe:

1. Tomar las medidas oportunas para mantener la custodia eficaz de la aeronave y de su contenido, así como proteger las pruebas durante el lapso de tiempo que fuera necesario para efectuar la investigación.
2. Remitir una notificación sin demora a los Estados de matrícula, del explotador, de diseño y de fabricación de la aeronave así como a la OACI. Estos Estados deberán a su vez, una vez recibida la notificación, suministrar al Estado que realiza la investigación la pertinente información de que disponga con relación a la aeronave siniestrada y a su tripulación y acreditará a un representante para participar en la investigación.⁵⁷

El artículo 26 del Convenio de Chicago estipula que en el caso de que una aeronave de un Estado contratante sufra en el territorio de otro Estado contratante un accidente que ocasione muerte o lesión grave, el Estado en donde ocurra el accidente abrirá una encuesta sobre las circunstancias del mismo, ajustándose, en la medida que lo permitan sus leyes, a los procedimientos que pueda recomendar la OACI. Una vez concluido el informe, éste será enviado junto con las conclusiones al Estado donde está matriculada la aeronave, quien podrá designar observadores para estar presentes en la encuesta.

El anexo 13 del Convenio de Chicago define a la investigación como “el proceso que se lleva a cabo con el propósito de prevenir los accidentes y que comprende la reunión y el análisis de información, la obtención de conclusiones, incluida la determinación de las causas o factores contribuyentes y, cuando proceda, la formulación de recomendaciones sobre seguridad operacional”.⁵⁸

Tras el accidente, las autoridades ucranianas iniciaron la investigación del accidente de conformidad con el Anexo 13 del Convenio de Chicago.

⁵⁷ *Ibidem*, p.241.

⁵⁸ Abeyratne, Ruwantissa, *Air Navigation Law*, Springer,2012, nota al pie 3, p. 105.

Cabe destacar de entre las normas del Anexo 13 del Convenio de Chicago la posible delegación, total o parcial, de la investigación por parte del Estado del suceso en otro Estado o en una organización regional de investigación de accidentes por acuerdo mutuo⁵⁹. En el accidente objeto de estudio, las autoridades ucranianas solicitaron a Holanda, el país con el mayor número de nacionales a bordo de la aeronave, que asumiera la investigación y Holanda aceptó. Así, desde el 23 de julio de 2014, Holanda fue el Estado que condujo la investigación. Como la autoridad responsable de la investigación de accidentes en Holanda corresponde al Consejo de Seguridad de Holanda fue esta entidad quien llevó a cabo la investigación⁶⁰, para lo que se firmó un Acuerdo entre la Oficina de Investigación de Accidentes de Aire de Ucrania (NBAAI) y el Consejo de Seguridad de Holanda.⁶¹

La investigación tuvo dos objetivos:

1. Establecer la causa del accidente;
2. Iniciar acciones de seguridad apropiadas para minimizar la posibilidad de que algo similar ocurra en un futuro.⁶²

De acuerdo con el Anexo 13 del Convenio de Chicago no es el propósito de la investigación establecer la culpa o responsabilidad, sino la prevención de cualquier tipo de accidentes o incidentes a futuro.⁶³ Roderick Van Dam, jefe del Servicio Legal de EUROCONTROL establece: “la habilidad de aprender de los errores y prevenir nuevos es una de las herramientas más valiosas para mejorar la seguridad de la aviación”⁶⁴.

La investigación fue conducida por el Consejo de Seguridad de Holanda pero, además, intervinieron en la investigación y señalaron un representante acreditado los siguientes países:

⁵⁹ Abeyratne, Ruwantissa, *Air Navigation...*, cit., p. 107.

⁶⁰ Consejo de Seguridad de Holanda, *op.cit.*, p. 14.

⁶¹ Consejo de Seguridad de Holanda, *op.cit.*, Apéndice B, p. 18, <http://www.onderzoeksraad.nl/uploads/phase-docs/1006/77c9b856be08report-mh17-crash-appendices.pdf>. Consultado el 31 de marzo de 2016.

⁶² *Ibidem*, p. 15.

⁶³ *Idem*.

⁶⁴ Michaelides-Mateou y Mateou, *Foreword at XXI*, 2010, *apud* Abeyratne, Ruwantissa, *Air Navigation...*, cit., p. 108.

- Ucrania por ser el país donde tuvo lugar del accidente;
- Malasia por ser el país de matrícula y del operador;
- Estados Unidos por ser el país del diseño y manufactura de la aeronave;
- Reino Unido por ser el país del diseño y manufactura de los motores;
- Australia por ser el país que aportó información respecto de las fotografías de los restos de la aeronave en la zona del accidente; y
- La Federación de Rusia que igualmente aportó información respecto a los datos de radar y de comunicación, así como información al respecto de los sistemas de armas.⁶⁵

Además de los países mencionados, otros también tuvieron un especial interés en la investigación porque perdieron a ciudadanos en el accidente. De acuerdo con el párrafo 5.27 del Anexo 13, expertos de los siguientes países fueron invitados para estar presentes al momento de la recuperación de las partes de la aeronave: Bélgica, Canadá, Alemania, Indonesia, Israel, Italia, Nueva Zelanda, Filipinas y Vietnam.⁶⁶

De acuerdo con el párrafo 6.3 del Anexo 13, el Consejo de Seguridad de Holanda envió el proyecto del reporte final a los representantes acreditados de los países participantes en la investigación, invitándoles a que aportaran comentarios. En adición, el proyecto del reporte final fue enviado a otras instituciones asociadas en la investigación.⁶⁷

En cuanto a la realización propiamente dicha de la investigación, Folchi señala que:

La orientación general de la misma se encuentra en el Manual de investigación de accidentes e incidentes de aviación de la OACI documento número 9756 cuyos elementos básicos son los siguientes:

⁶⁵ *Ibidem*, p. 15-16.

⁶⁶ *Ibidem*, p.16.

⁶⁷ *Idem*.

1. Recopilación, registro y análisis de toda la información pertinente sobre el siniestro.
2. Publicación, si corresponde, de las recomendaciones sobre seguridad operacional.
3. Determinación de las causas y factores contribuyentes de ser posible.
4. Redacción del informe final.⁶⁸

1.6. Resumen de la investigación forense:

Cerca de 500 fragmentos fueron recuperados de: restos de la aeronave, restos humanos, objetos personales y objetos procedentes de la tierra del lugar de impacto. Además, fueron recuperados fragmentos de metal que se presumen eran objetos alta energía o partes de los mismos. Algunas de las partes recuperadas de la aeronave y una de las partes del misil mostraron rastros de residuos explosivos.⁶⁹

El daño observado en la parte frontal del fuselaje y en la cabina de mando de la aeronave indica que la misma sufrió múltiples impactos de cerca de 800 objetos de alta energía procedentes del exterior. Estas marcas estuvieron concentradas en la parte izquierda de la cabina de mando y del fuselaje. La mayor intensidad fue de aproximadamente 250 marcas por metro cuadrado⁷⁰.

El reporte concluye que la aeronave fue atacada por un misil tierra-aire Buk. Los misiles utilizados en los vehículos Buk son los 9M38 y 9M38M1 que tienen una longitud de 5.5 metros, pesan cerca de 700 kg y utilizan un radar semiactivo con una guía de navegación. Si el objetivo no cambia su dirección o velocidad el misil seguirá una dirección más o menos directa hacia la colisión con éste. El sistema misil de tierra- aire Buk es capaz de atacar a objetivos a una altura hasta 80,000 pies. En la

⁶⁸ Folchi, Mario O., *op. cit.*, vol. 2, p.424.

⁶⁹ Consejo de Seguridad de Holanda, *op.cit.*, p. 95.

⁷⁰ *Ibidem*, p. 126.

mayoría de los casos, como en el caso del vuelo MH17, el misil no impacta directamente con el objetivo sino cerca del mismo.⁷¹

El Consejo de Seguridad de Holanda concluyó que la aeronave fue atacada por una cabeza explosiva 9N314M portada por una serie de misiles 9M38 y lanzada por un sistema de misiles de tierra- aire tipo Buk.⁷²

La página web del Consejo de Seguridad de Holanda pone a disposición del público un video en el que explica y recrea el accidente del vuelo MH17⁷³.

Para poder determinar la localización de lanzamiento se requerirá una investigación forense que queda fuera del mandato del Consejo de Seguridad de Holanda, con fundamento en el Anexo 13 del Convenio de Chicago y el Acta “El Consejo de Seguridad de Holanda”. Sin embargo, es posible concluir que inició a 320 kilómetros cuadrados en el este de Ucrania. Los efectos del daño causado por el impacto del misil no fueron exacerbados por ningún mal funcionamiento técnico de la aeronave.⁷⁴

1.7. Medidas de seguridad adoptadas después del accidente:

Después del accidente, UksATSE, a las 15:00 hora local (17:00 CET) del 17 de julio de 2014, emitió un NOTAM A1507/14 que añadió una nueva área restringida respecto del área existente, comenzando desde la altitud de FL320 hasta altitud ilimitada.⁷⁵ Ocho horas más tarde, UksATSE emitió otro NOTAM A1517/14 que incrementó el área restringida e impuso una restricción desde la superficie hasta una altitud ilimitada. Esta NOTAM fue efectivo a las 00:05 del 18 de julio.⁷⁶

Como resultado, un área del espacio aéreo del este de Ucrania estaba totalmente cerrado a la aviación civil.

⁷¹ *Ibidem*, p. 134.

⁷² *Ibidem*, p. 137.

⁷³ <https://youtu.be/KDiLEyT9spl> en <http://www.onderzoeksraad.nl/en/onderzoek/2049/investigation-crash-mh17-17-july-2014>. Consultado el 31 de marzo de 2016.

⁷⁴ *Ibidem*, p. 147.

⁷⁵ *Ibidem*, p. 101.

⁷⁶ *Idem*.

1.8. Resolución del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas número 2166 del 21 de junio de 2014

El 21 junio de 2014 el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas adoptó la resolución 2166 en la que:

1. Deplora y condena el derribo de la aeronave civil de Malaysia Airlines en el vuelo internacional MH17 el 17 de julio de 2014 en Ucrania;

2. Reafirma las normas del derecho internacional que prohíben los actos de violencia que entrañen una amenaza para la seguridad de la aviación civil internacional;

3. Apoya los esfuerzos encaminados a establecer una investigación internacional completa, exhaustiva e independiente del incidente de conformidad con las directrices de aviación civil internacional;

4. Acoge con beneplácito la decisión de la OACI de enviar un equipo para trabajar en coordinación con la Oficina Nacional de Investigación de Incidentes y Accidentes de Aviación Civil de Ucrania en esta investigación, atendiendo a una solicitud de asistencia formulada por Ucrania a la OACI y otras instancias;

5. Expresa grave preocupación por el hecho de que los grupos armados hayan impedido en Ucrania el acceso inmediato, seguro y sin restricciones al lugar del accidente y la zona circundante a las autoridades investigadoras competentes, la Misión Especial de Observación de la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE) en Ucrania y los representantes de otras organizaciones internacionales pertinentes que prestan asistencia en la investigación de conformidad con los procedimientos de la OACI y otros procedimientos establecidos;

6. Reconoce los esfuerzos que está realizando Ucrania, en coordinación con la OACI y otros expertos y organizaciones internacionales, incluidos los representantes de los Estados del suceso, de matrícula, del explotador, de diseño y de fabricación, así como con los Estados que han

perdido a nacionales en el vuelo MH17, para instituir una investigación internacional del incidente;

7. Exhorta a todos los Estados a que proporcionen a las investigaciones civil y penal relacionadas con este incidente cualquier asistencia que se les solicite;

[...]

8. Exige que los grupos armados que controlan el lugar del accidente y la zona circundante se abstengan de emprender cualquiera acción que pueda comprometer la integridad del lugar del accidente y que proporcionen de inmediato acceso seguro, pleno y sin restricciones al lugar del accidente y la zona circundante a las autoridades investigadoras competentes, la Misión Especial de Observación de la OSCE y los representantes de otras organizaciones internacionales pertinentes conforme a los procedimientos de la OACI y otros procedimientos establecidos;

9. Exige que cesen de inmediato todas las actividades militares, incluidas las de los grupos armados, en la zona inmediata que rodea el lugar del accidente, a fin de permitir la seguridad de la investigación internacional;

10. Acoge con beneplácito a este respecto la declaración formulada el 17 de julio de 2014 por el Grupo de Contacto Trilateral integrado por altos representantes de Ucrania, la Federación de Rusia y la OSCE y exige que se cumplan plenamente los compromisos enunciados en esa declaración. Al respecto, tras el accidente del vuelo MH17, el Grupo de Contacto Trilateral mantuvo una videoconferencia con los representantes de los grupos separatistas en Donetsk los cuales se comprometieron a:

- a) Como una cuestión de prioridad, restringir el acceso al sitio del accidente y permitir a las autoridades locales iniciar la recuperación de los cuerpos;

- b) Permitir el acceso seguro a las autoridades investigadoras y a la Misión Especial de Observación de la OSCE en el aérea bajo su control;
- c) Cooperar con las autoridades ucranianas en todas las cuestiones referentes a los trabajos de recuperación y de investigación.⁷⁷

11. Exige que los responsables de este incidente rindan cuenta de sus actos y que todos los Estados cooperen plenamente con los esfuerzos encaminados a establecer responsabilidades;

12. Insta a todas las partes en el Convenio sobre Aviación Civil Internacional a que acaten, en la mayor medida en que sean aplicables, los reglamentos, normas y prácticas internacionales relativos a la seguridad de la aviación civil, a fin de evitar que se repitan incidentes como este, y exige que todos los Estados y otros agentes se abstengan de cometer actos de violencia dirigidos contra aeronaves civiles;⁷⁸

1.9. Carta del Secretario General de la OACI AN 13/4.2-14/59 de 24 de julio de 2014

Raymond Benjamin, Secretario General de la OACI, dirigió una carta el 24 de julio de 2014 a las autoridades civiles competentes de cada Estado facultadas para iniciar la coordinación en caso de que las fuerzas militares participen en un conflicto, y responsables de la vigilancia de los explotadores de aeronaves que puedan operar en el espacio aéreo afectado por un conflicto armado.

En la carta trata los siguientes puntos:

1. Señala la posible existencia de graves riesgos para la seguridad operacional de los vuelos civiles internacionales y la necesidad crítica de establecer una estrecha coordinación entre las autoridades civiles y militares,

⁷⁷OSCE, *Comunicado de prensa del Grupo de Contacto Trilateral*, 18 de julio de 2014, <http://www.osce.org/home/121390>. Consultado el 31 de marzo de 2016.

⁷⁸ Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, S/RES/2166, 21 de julio de 2014.

teniendo en cuenta los conflictos armados que actualmente están teniendo lugar en distintas zonas. A este respecto, recuerda que el artículo 9 del Convenio sobre Aviación Civil Internacional dispone que cada Estado contratante puede, por razones de necesidad militar o de seguridad pública, restringir o prohibir uniformemente los vuelos de las aeronaves de otros Estados sobre su territorio. Dichas zonas prohibidas, de ser necesario, deberán ser de extensión y situación razonables, a fin de no estorbar innecesariamente a la navegación aérea. Luego, deberían expedirse avisos a los aviadores (NOTAM) u otras comunicaciones que contengan la información, recomendaciones y medidas necesarias que han de adoptarse, los cuales deberían actualizarse posteriormente de acuerdo con la evolución de los acontecimientos.

2. La responsabilidad de iniciar el proceso de coordinación corresponde al Estado cuyas fuerzas militares participan en el conflicto. La responsabilidad de adoptar medidas especiales para garantizar la seguridad operacional y la protección de las operaciones internacionales de aeronaves civiles sigue correspondiendo al Estado responsable de proporcionar servicios de tránsito aéreo en el espacio aéreo afectado por el conflicto, aun en los casos en que la coordinación no se inicie o no se lleve a cabo.

3. Basándose en toda la información disponible, el Estado responsable de proporcionar servicios de tránsito aéreo debería identificar la zona geográfica del conflicto, evaluar los peligros reales o potenciales para las operaciones de aeronaves civiles y determinar si dichas operaciones en o a través de la zona de conflicto deberían evitarse o podrían continuar bajo determinadas condiciones.

4. Cada Estado debe evaluar constantemente el grado de amenaza para la aviación civil en su territorio, y establecerá y aplicará políticas y procedimientos para ajustar en consecuencia los aspectos pertinentes de su programa nacional de seguridad de la aviación civil, basándose en la evaluación de riesgos de seguridad realizada por las autoridades nacionales pertinentes.

5. Las normas de la OACI figuran en el Anexo 11-Servicios de tránsito aéreo, el Anexo 15-Servicios de información aeronáutica, y el Anexo 17-Seguridad y se dispone de textos de orientación en el Manual sobre las medidas de seguridad relativas a las actividades militares potencialmente peligrosas para las operaciones de aeronaves civiles (Doc 9554) y el Manual de seguridad de la aviación (Doc 8973 – de distribución limitada).

Las obligaciones de los Estados en virtud del Convenio y de las disposiciones de sus Anexos no deberían confundirse con las notificaciones de peligros contenidas en las comunicaciones que la OACI envía a los Estados en circunstancias excepcionales cuando los posibles riesgos para la seguridad de las operaciones de aviación civil no pueden ser comunicados eficazmente por los Estados, ya sea en el espacio aéreo sobre el territorio soberano o sobre altamar.

6. Asimismo, señala la necesidad de que las autoridades competentes consideren y mitiguen el riesgo para la seguridad operacional y las posibles consecuencias causadas por la congestión en caso de que los explotadores, basándose en sus evaluaciones del grado de riesgo en cuestión, decidan circunnavegar varios espacios aéreos afectados por el conflicto recurriendo a rutas de alternativa en regiones de información de vuelo (FIR) adyacentes.⁷⁹

1.10. Antecedentes históricos y contexto del accidente del vuelo MH17

El 24 de agosto de 1991 el Parlamento unicameral ucraniano (la Rada Suprema) declara la independencia de Ucrania de la URSS. El referéndum celebrado el 1 de diciembre de 1991 apoya la declaración de independencia con un resultado del 90.32% de los votantes a favor de la independencia. Al respecto, cabe señalar

⁷⁹ Benjamin, Raymond, Secretario General de la OACI, Carta con referencia: AN 13/4.2-14/59, 24 de julio de 2014, <http://www.icao.int/Newsroom/NewsDoc2014/059s.pdf>. Consultado el 31 de marzo de 2016.

que en la región de Crimea el resultado fue del 54.1%, en la ciudad de Sebastopol de 57.07%, en Luhansk de 83.86% y en Donetsk de 83.90.⁸⁰

En 1991, la OTAN crea el Consejo de Cooperación del Atlántico Norte como instrumento para acercarse a los países que habían pertenecido al Pacto de Varsovia y a las nuevas naciones surgidas de la desintegración de la Unión Soviética.⁸¹ Ese mismo año Ucrania se une al Consejo de Cooperación del Atlántico Norte.⁸²

El 13 de octubre de 2006 entra en vigor el Acuerdo entre la Comunidad Europea y Ucrania respecto del transporte aéreo con el propósito de establecer una base legal sólida para el transporte aéreo y garantizar la continuidad de los mismos.⁸³

El 21 de noviembre de 2013 el presidente de Ucrania en turno Yanukovich abandona el acuerdo con la Unión Europea para, en su lugar, buscar una mayor cooperación con Rusia. Ante esto empiezan las protestas.⁸⁴

El 21 de febrero de 2014 el presidente Yanukovich acuerda con la oposición el establecimiento de un gobierno de transición y el adelanto de las elecciones. Un día después, la Rada Suprema vota remover al presidente, quien recibirá posteriormente asilo en Rusia, y libera a la líder de la oposición Yulia Tymoshenko⁸⁵.

⁸⁰ Potichnyj, Peter J. , “The Referendum and Presidential Elections in Ukraine”, *Canadian Slavonic Papers / Revue Canadienne des Slavistes*, Alberta, junio de 1991, Vol. 33, No. 2, pp. 123-132.

⁸¹ Simmons Jr, Robert F., “Diez años del Consejo de Asociación Euroatlántico: una reflexión personal”, *Revista de la OTAN*, verano de 2007, <http://www.nato.int/docu/review/2007/issue2/spanish/art5.html>. Consultado el 31 de marzo de 2016.

⁸² “NATO’s relations with Ukraine”, 8 de diciembre de 2015, http://www.nato.int/cps/en/natolive/topics_37750.htm. Consultado el 31 de marzo de 2016.

⁸³ Acuerdo entre la Comunidad Europea y Ucrania sobre determinados aspectos de los servicios aéreos, publicado en el Diario Oficial de la Unión Europea el 1 de Agosto de 2006, <http://ec.europa.eu/world/agreements/prepareCreateTreatiesWorkspace/treatiesGeneralData.do?step=0&redirect=true&treatyId=1401>. Consultado el 31 de marzo de 2016.

⁸⁴ “Timeline: Key events in Ukraine’s ongoing crisis”, *The Washington Post*, 12 de mayo de 2014, https://www.washingtonpost.com/world/europe/timeline-key-events-in-ukraines-ongoing-crisis/2014/05/07/a15b84e6-d604-11e3-8a78-8fe50322a72c_story.html. Consultado el 31 de marzo de 2016.

⁸⁵ Idem.

Dos días después, la Rada Suprema designa como presidente interino a Alexándr Turchínov, mano derecha de la ex primera ministra Yulia Timoshenko.⁸⁶

El 27 de febrero de 2014 uniformados sin insignia toman el control de varios edificios gubernamentales, entre ellos el Parlamento de Crimea y alzan en ellos la bandera rusa. Un día después, Ucrania declara que las tropas rusas han tomado posiciones estratégicas en la Península de Crimea.⁸⁷

El primero de marzo, la Cámara Alta del Parlamento ruso autoriza el envío de tropas a Ucrania con el fin de proteger vidas rusas.⁸⁸

Ucrania invoca el artículo 14 de la Carta de Ucrania-OTAN y solicita una reunión de la Comisión de Ucrania en la OTAN que tiene lugar el 2 de marzo de 2014. Los aliados condenaron las acciones militares de Rusia como violación al derecho internacional.⁸⁹

El 6 de marzo el Parlamento de Crimea fija la fecha del referéndum para el 16 de marzo.⁹⁰ El resultado de la votación fue el siguiente: de los 83.1% votantes, el

⁸⁶“ La mano derecha de Timoshenko, nuevo presidente interino de Ucrania”, *El País*, 23 de febrero de 2014, http://internacional.elpais.com/internacional/2014/02/23/actualidad/1393154067_055739.html. Consultado el 31 de marzo de 2016.

⁸⁷ Booth, William y Englund, Will, “Gunmen’s seizure of parliament building stokes tensions in Ukraine’s Crimea”, *The Washington Post*, 27 de febrero de 2014, https://www.washingtonpost.com/world/crimean-city-offers-refuge-to-police-who-battled-protesters-in-ukraine-capital/2014/02/26/ad105a78-9ec3-11e3-9ba6-800d1192d08b_story.html. Consultado el 31 de marzo de 2016.

⁸⁸Lally, Kathy *et al.*, “Russian parliament approves use of troops in Ukraine”, *The Washington Post*, 1 de marzo de 2014, https://www.washingtonpost.com/world/europe/russian-parliament-approves-use-of-troops-in-crimea/2014/03/01/d1775f70-a151-11e3-a050-dc3322a94fa7_story.html. Consultado el 31 de marzo de 2016.

⁸⁹“NATO’s relations with Ukraine”, *op.cit.*

⁹⁰ Rugar, Terri, “What’s happening in Ukraine today: March 6 edition”, *The Washington Post*, 6 de marzo de 2014, <https://www.washingtonpost.com/news/world/wp/2014/03/06/whats-happening-in-ukraine-today-march-6-edition/>. Consultado el 31 de marzo de 2016.

96.77 % de los votos aprobaban la anexión de Crimea a Rusia.⁹¹ Un día después el Parlamento de Crimea votó la anexión a la Federación de Rusia.⁹²

El 10 de marzo de 2014 el Secretario General de la ONU, Ban Ki-moon, manifiesta que la solución de la crisis de Ucrania debe basarse en los principios de la Carta de Naciones Unidas, incluido solventar por medios pacíficos las disputas y respetar la unidad, soberanía e integridad territorial de Ucrania.⁹³ Cinco días después, el Consejo de Seguridad presenta un proyecto de resolución con número S/2014/189 en el que reafirmaba su compromiso con la soberanía, la independencia, la unidad y la integridad territorial de Ucrania; declaraba que el referéndum de Crimea no podía tener validez ni servir de base para ninguna alteración del estatuto de Crimea; y exhorta a todos los Estados, las organizaciones internacionales y los organismos especializados a no reconocer alteración alguna del estatuto de Crimea sobre la base de ese referéndum y a abstenerse de toda acción o transacción que pueda interpretarse como un reconocimiento de cualquier alteración de dicho estatuto. El proyecto fue rechazado por el ejercicio de veto de la Federación de Rusia.⁹⁴

El 24 de marzo las tropas ucranianas abandonan Crimea.⁹⁵

El 27 de marzo la asamblea general de la ONU mediante resolución con número 68/262 afirma su determinación de preservar la soberanía, la independencia política, la unidad y la integridad territorial de Ucrania dentro de sus fronteras

⁹¹ Morello, Carol *et al.*, "Crimeans vote to break away from Ukraine, join Russia", *The Washington Post*, 16 de marzo de 2014, https://www.washingtonpost.com/world/2014/03/16/ccec2132-acd4-11e3-a06a-e3230a43d6cb_story.html. Consultado el 31 de marzo de 2016.

⁹² Morello, Carol *et al.*, "Crimea's parliament votes to join Russia", *The Washington Post*, 17 de marzo de 2014, https://www.washingtonpost.com/world/crimeas-parliament-votes-to-join-russia/2014/03/17/5c3b96ca-adba-11e3-9627-c65021d6d572_story.html. Consultado el 31 de marzo de 2016.

⁹³ Centro de noticias ONU, *La ONU alarmada por la crisis en Ucrania*, 10 de marzo de 2014, http://www.un.org/spanish/News/story.asp?NewsID=28910#.VgBE899_NBc. Consultado el 31 de marzo de 2016.

⁹⁴ Consejo de Seguridad, Proyecto de Resolución S/2014/189, 15 de marzo de 2014, <http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=S/2014/189>. Consultado el 31 de marzo de 2016.

⁹⁵ "Timeline: Key events in Ukraine's ongoing crisis", *op.cit.*

reconocidas internacionalmente; exhorta a todos los Estados a que desistan y se abstengan de cometer actos encaminados a quebrantar total o parcialmente la unidad nacional y la integridad territorial de Ucrania, incluidos los intentos de modificar las fronteras de Ucrania mediante la amenaza o el uso de la fuerza u otros medios ilícitos; recalca que el referendo celebrado en la República Autónoma de Crimea y la ciudad de Sebastopol el 16 de marzo de 2014, al no tener validez, no puede servir de base para modificar el estatuto de la República Autónoma de Crimea o de la ciudad de Sebastopol; y exhorta a todos los Estados, organizaciones internacionales y organismos especializados a que no reconozcan ninguna modificación del estatuto de la República Autónoma de Crimea y la ciudad de Sebastopol sobre la base del citado referendo y a que se abstengan de todo acto u operación que pudiera interpretarse como un reconocimiento de ese estatuto modificado.⁹⁶ Esta resolución fue aprobada por 100 votos a favor, 11 en contra y 58 abstenciones.⁹⁷

El primero de abril de 2014, los ministros de asuntos exteriores de la OTAN deciden suspender toda cooperación civil y militar con Rusia pero mantener contactos políticos para permitir el intercambio de opiniones.⁹⁸

El 7 de abril separatistas pro rusos toman el control de edificios gubernamentales en Donetsk, Luhansk y Kharkiv buscando un referéndum de independencia.⁹⁹

El 17 de abril de 2014, por medio del Pacto de Ginebra¹⁰⁰, la Unión Europea, los Estados Unidos, la Federación de Rusia y Ucrania acuerdan:

⁹⁶ Asamblea General de las Naciones Unidas, Resolución 68/262, 27 de marzo de 2014.

⁹⁷ Naciones Unidas, *General Assembly Adopts Resolution Calling upon States Not to Recognize Changes in Status of Crimea Region*, 27 de marzo de 2014, <http://www.un.org/press/en/2014/ga11493.doc.htm>. Consultado el 31 de marzo de 2016.

⁹⁸ "NATO's relations with Ukraine", *op.cit.*

⁹⁹ "Timeline: Key events in Ukraine's ongoing crisis", *op.cit.*

¹⁰⁰ Acuerdo de Ginebra sobre Ucrania, 17 de abril de 2014, http://eeas.europa.eu/statements/docs/2014/140417_01_en.pdf. Consultado el 31 de marzo de 2016.

1. Todas las partes deben abstenerse de cualquier tipo de violencia, intimidación o acción provocativa.
2. Todos los grupos armados ilegales deben ser desarmados.
3. Todos los edificios deben retornar a su legítimo dueño.
4. Todas las calles, plazas y otros espacios públicos ilegalmente ocupados deben ser desocupados.
5. La amnistía será otorgada a los manifestantes y aquellos que abandonen edificios y otros espacios públicos y entreguen las armas, salvo aquellos culpables de delitos castigado con la pena capital.

El 7 de mayo de 2014 el presidente de la Federación de Rusia, Vladimir Putin, pide a los separatistas posponer el referéndum de independencia fijado para el 12 de mayo y expresa su apoyo a las elecciones presidenciales del 25 de mayo.¹⁰¹

El resultado del referéndum del 12 de mayo de 2014 en Donetsk y Luhansk da la victoria a los independentistas con los siguientes resultados a favor de la independencia: 89% en Donetsk y 96 % en Luhansk. Los líderes de la autodeclarada “República del Pueblo de Donetsk” solicitan su anexión a la Federación de Rusia y demandan la salida inmediata de las fuerzas de seguridad ucranianas.¹⁰²

El 25 de mayo Petro Poroshenko, pro-Unión Europea, es elegido como presidente

¹⁰¹ Michael Birnbaum *et al.*, “Putin calls for postponement of separatists’ referendum in eastern Ukraine”, *The Washington Post*, 7 de mayo de 2014, https://www.washingtonpost.com/world/europe/putin-calls-for-postponement-of-separatists-referendum-in-eastern-ukraine/2014/05/07/a041c261-b47f-47ae-8f33-51ef9d1b92c8_story.html. Consultado el 31 de marzo de 2016.

¹⁰² Michael Birnbaum *et al.*, “As Ukrainian separatists claim victory in self-rule vote, fears of all-out civil war mount”, *The Washington Post*, 12 de mayo de 2014, https://www.washingtonpost.com/world/europe/separatists-claim-victory-in-eastern-ukraine-kremlin-calls-for-talks-with-kiev-government/2014/05/12/135ceba9-824c-486d-98e1-e1aa49627fa3_story.html. Consultado el 31 de marzo de 2016

de Ucrania.¹⁰³ Tras las elecciones se establece el Grupo de Contacto Trilateral para Ucrania con representantes de Rusia, Ucrania y la OSCE¹⁰⁴.

El 26 de mayo las fuerzas armadas ucranianas retoman el control del Aeropuerto Internacional Serguéi Prokófiev de Donetsk de manos de los separatistas que tuvieron el control del mismo cerca de un día y medio.¹⁰⁵

Entre el 2 de mayo y el 16 de julio de 2014 las fuerzas armadas ucranianas pierden al menos 10 aeronaves en el intento de recuperar el control de las regiones de Luhansk y Donetsk.¹⁰⁶

El 11 de junio, el periódico *Argumenty nedeli* reporta la presencia del misil BUK en el área del conflicto armado del este de Ucrania en manos de los grupos armados que luchaban contra el gobierno ucraniano.¹⁰⁷

El 25 de junio de 2014 la Cámara Alta del Parlamento de la Federación de Rusia revoca el envío de tropas a Ucrania concedida el 1 de marzo tras la solicitud del Presidente Vladimir Putin un día antes, con el fin de reducir las tensiones en Ucrania.¹⁰⁸

¹⁰³ Birnbaum, Michael y Kunkle, Fredrick, "In Ukrainian presidential election, chocolate tycoon Poroshenko claims victory", *The Washington Post*, 25 de mayo de 2014, https://www.washingtonpost.com/world/ukrainians-head-to-the-polls-to-elect-a-new-president-except-in-the-restive-east/2014/05/25/2680fad4-e9f7-4118-923e-852b01351b39_story.html. Consultado el 31 de marzo de 2016.

¹⁰⁴ Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa, Informe anual 2014, <http://www.osce.org/es/secretariat/172571?download=true>. Consultado el 31 de marzo de 2016.

¹⁰⁵ Birnbaum, Michael y Kunkle, Fredrick, "Ukraine's new leaders vow to strike decisive blow against pro-Russian separatists", *The Washington Post*, 27 de mayo de 2014, https://www.washingtonpost.com/world/ukrainian-separatists-claim-heavy-losses-in-airport-gunbattles/2014/05/27/e1c8971f-5cf2-4518-b1c4-99bfe0050288_story.html. Consultado el 31 de marzo de 2016

¹⁰⁶ "Ukrainian aircraft shot down in separatist conflict", *The Washington Post*, 23 de julio de 2014, https://www.washingtonpost.com/world/ukrainian-aircraft-shot-down-by-pro-russian-separatists/2014/07/23/4f4565e2-12bc-11e4-8936-26932b6fd6ed_graphic.html. Consultado el 31 de marzo de 2016.

¹⁰⁷ Consejo de Seguridad de Holanda, *op.cit.*, p.187

¹⁰⁸ Gearan, Anne y Birnbaum, Michael, "Kerry warns Russia that additional U.S., E.U. economic sanctions are possible", *The Washington Post*, 25 de junio de 2014,

Capítulo II:

Responsabilidad de Ucrania bajo el derecho internacional

2.1. Marco general de la responsabilidad civil

Ha sido en el derecho privado donde el tema de la responsabilidad ha tenido un mayor desarrollo. Sin hacer extrapolación alguna, considero que es conveniente abordar brevemente la responsabilidad en el derecho privado:

Black's Law Dictionary define responsabilidad como "*responsibility*" de la siguiente manera:

1. *Liability*
2. La capacidad de una persona para responder por sus actos en derecho penal.¹⁰⁹

Por otra parte, *liability* es definida como la calidad o estado de ser legalmente obligado o responsable; responsabilidad legal para con otro o para con la sociedad, ejecutable por recurso civil o sanción penal. Al respecto, Black's Law Dictionary cita a John Salmond quien expone: "la responsabilidad (*liability* or *responsability*) es el vínculo de la necesidad que existe entre el infractor y el remedio del mal. Este vínculo jurídico no es uno de mero deber u obligación; pertenece no a la esfera del debería sino del deber."¹¹⁰

Por otra parte, Robles Farías nos recuerda que "la responsabilidad por hecho ilícito se fundamenta en el viejo principio de no dañar a otro (*alterum non laedere*) postulado por Ulpiano".¹¹¹

https://www.washingtonpost.com/world/europe/kerry-warns-russia-that-additional-us-eu-economic-sanctions-are-possible/2014/06/25/773a6acc-fc80-11e3-932c-0a55b81f48ce_story.html. Consultado el 31 de marzo de 2016.

¹⁰⁹ *Black's Law Dictionary* en Garner, Bryan A. (editor en jefe), 9a. ed., West, 2009, p. 1427.

¹¹⁰ Glanville L. Williams, 10 ed., 1947). *Black's Law Dictionary* en Garner, Bryan A. (editor en jefe), 9a. ed., West, 2009, p. 997.

¹¹¹ Robles Farías, Diego, *Teoría general de las obligaciones*, Ciudad de México, Oxford University Press, 2011, p. 567.

Al respecto, Borja Soriano alude al Código Napoleón, al Código Civil Alemán, al Código (suizo) de las Obligaciones, al Código Civil ruso y a nuestro Código Civil Federal con el fin de mostrar las semejanzas:

El Código Napoleón en su artículo 1382 dispone que: “Todo hecho cualquiera del hombre que causa a otro un daño, obliga a repararlo aquel por cuya falta ha acontecido”.

El Código Civil Alemán en su artículo 823 señala: “El que por un hecho contrario al derecho, atacar, con intención o negligencia, la vida, el cuerpo, la salud, la libertad, la propiedad, o cualquier otro derecho de otra persona, está obligado para con ésta a la reparación del daño que de aquel hecho ha resultado”.

El Código (suizo) de las Obligaciones en su artículo 41 prescribe: “El que causa de una manera ilícita un daño a otro, sea intencionalmente, sea por negligencia o imprudencia, está obligado a repararlo. El que causa intencionalmente un daño a otro por hecho contrarios a la costumbres, está igualmente obligado a repararlo”.

El Código Civil ruso en su artículo 403 dispone: “El que ha causado un daño a la persona o al bien de otro, está obligado a repararlo. Queda librado de esta obligación si prueba que no podía prevenir este daño o que tenía el poder legal de causarlo, o que se produjo como resultado de la premeditación o de la negligencia burda de la víctima misma”.

Nuestro Código Civil federal en el artículo 1910 señala que: “El que obrando ilícitamente o contra las buenas costumbres cause daño a otro, está obligado a repararlo, a menos que demuestre que el daño se produjo como consecuencia de culpa o negligencia inexcusable de la víctima”.¹¹²

¹¹² Borja Soriano, Manuel, *Teoría General de las Obligaciones*, 21a. ed., segunda reimpresión, Ciudad de México, Editorial Porrúa, 2014, p. 355.

En el mismo sentido el Código Civil español dispone en el artículo 1902: El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado.”

Borja Soriano afirma que “hecho ilícito es el contrario a las leyes de orden público o a las buenas costumbres. En los hechos jurídicos ilícitos, el autor tiene voluntad de producir el hecho, pero independientemente de su voluntad nace de ese hecho, a su cargo, la obligación de indemnizar los daños y perjuicios que cause”.¹¹³

Respecto de la responsabilidad civil objetiva, el autor mencionado cita a Colin y Capitant que afirman “Es el sistema de responsabilidad objetiva. Su fundamento consiste, en suma, en eliminar de la condiciones de la responsabilidad la que actualmente es la más esencial, a saber: la imputabilidad del hecho que causar daños y perjuicios a una falta de su autor. Es el patrimonio de la gente del perjuicio el que debe soportar la pérdida sufrida”. Critican este sistema pues “decir: el hombre debe soportar las consecuencias de sus actos aún ilícitos desde el momento en que causen perjuicio a otro, porque cada uno debe correr el riesgo de su acción, es apartar al hombre de la acción, es condenarlo a la inercia”.¹¹⁴

Por otra parte, Robles Farías explica que:

Los presupuestos para que se dé la responsabilidad civil por hechos ilícitos son los siguientes:

1. Un comportamiento o conducta ilícito: comprende tanto la realización de una acción como una omisión ilícita.
2. Que tal comportamiento haya provocado daños o perjuicios.
3. Que entre las partes exista una relación de causalidad.
4. Que exista culpa o dolo de quien obra ilícitamente.¹¹⁵

¹¹³ *Ibidem*, p. 345 y 346.

¹¹⁴ *Ibidem*, p. 380 y 381.

¹¹⁵ Robles Farías, Diego, *op.cit.*, p. 567 y 568.

Sin embargo, la atribución de la responsabilidad puede realizarse por el solo hecho de haber provocado el daño, sin tomar en cuenta la culpa o el dolo. Esta última es la responsabilidad civil objetiva, también denominada *riesgo creado*, en la que únicamente se requiere la concurrencia de los otros presupuestos de la responsabilidad: acción u omisión, daño y relación de causalidad. Esta figura está orientada a resarcir a la víctima, más que a perseguir el autor del daño. La única excluyente de responsabilidad ocurre cuando el daño se produce por culpa inexcusable de la víctima.¹¹⁶

Este autor hace hincapié en que la teoría de la *deuda* (*Shuld*) y la *responsabilidad* (*Haftung*), aunque nunca se consolidó como dominante, contribuyó, de manera importantísima, al desarrollo del estudio de la obligación. El derecho moderno no debe desechar la parte fundamental útil de la doctrina. Por el contrario, de utilizarla como una herramienta de estudio y explicación de las dos etapas o momentos que sin duda se encuentran presentes en la obligación y que constituyen dos elementos internos o intrínsecos de la misma. Es evidente que deuda y responsabilidad no son dos fases sucesivas de la relación jurídica obligatoria, sino sus dos elementos constitutivos.

La teoría de la *deuda* (*Shuld*) y la *responsabilidad* (*Haftung*) fue introducida en el mundo jurídico por los pandectistas. Estos autores sostenían que pueden distinguirse dos fases distintas e independientes en la obligación: un primer momento denominado *Schuld*, que es la *deuda*, consistente en el deber de observar el comportamiento previsto, en el que el acreedor no puede exigir coactivamente el cumplimiento, y una segunda fase, la *responsabilidad* o *Haftung*, que surge por el incumplimiento y que somete al deudor o a su patrimonio al poder de agresión del acreedor. Es en esta fase en la que se actualiza el derecho del acreedor para exigir la prestación debida de manera coactiva y utilizando la fuerza del Estado.

¹¹⁶ Robles Farías, Diego, *op.cit.*, p. 575.

Según los pandectistas, la responsabilidad (*Haftung*) es lo que determina la existencia de la obligación, pues solo cuando el deudor incumple se actualiza el derecho del acreedor de exigir la prestación.

La teoría de la *deuda* y la *responsabilidad* surge como reacción a la doctrina clásica acerca la naturaleza jurídica de la obligación formulada por Friedrich Karl von Savigny, quien es considerado el fundador de la Escuela Histórica del Derecho. Esta autor, refiriéndose al derecho romano, afirmaba que la esencia de la obligación era la conducta del deudor, consistente la sustracción de determinados actos de su esfera de libertad y en consecuencia el sometimiento de los mismos a la voluntad del acreedor. Según esta teoría clásica, el acreedor tenía un *señorío* sobre la conducta y los actos de deudor, como si estos pudieran sustraerse de su persona y considerarse “cosas” distintas e independientes, exigibles de manera autónoma o separada de su persona.

Alois Ritter von Brinz fue el primero en traer a colación que la persona del deudor sólo puede ser objeto del *señorío* del acreedor de dos modos: mediante sometimiento físico, como el que existía en el derecho romano arcaico, o por medio de la responsabilidad exclusivamente patrimonial del derecho romano clásico como sucede en el derecho moderno. Afirmaba que la esencia de la obligación radica tan sólo en la sujeción del patrimonio del deudor al poder del acreedor para la satisfacción de su crédito y que, por tanto, el derecho del acreedor no recae sobre un acto o conducta del deudor, sino sobre su patrimonio.

Las ideas desarrolladas por Brinz en el siglo XIX dieron inicio a la doctrina de la separación de la deuda (*Shuld*) y la responsabilidad (*Haftung*). Pero su verdadero impulso lo obtuvo de las investigaciones históricas llevadas a cabo por los romanistas alemanes Amira y Gierke, quienes concluyeron que, efectivamente, la obligación romana estaba constituida por esos dos elementos diversos e independientes pero relacionados entre sí en una particular unidad.

En la actualidad, esta teoría ha sufrido numerosas críticas. Sus detractores entienden que surgió con base en el estado de la ciencia del derecho de las obligaciones en la época en la que sus creadores la desarrollaron. Como se recordará, en el derecho romano el *debitum* era algo inexigible. Salvo las deudas pecuniarias, nunca podía condenarse al deudor a realizar la misma prestación originaria; de ahí que la condena provocara su transformación en dinero para hacerla efectiva. Lo mismo ocurría en el derecho germano, en el que la garantía personal o patrimonial por la deuda se obtenía mediante composiciones o contratos de responsabilidad. En este derecho el incumplimiento de una promesa se consideraba como un acto antijurídico y se imponía una pena de reparación, que era sustancialmente diferente al deber original. En este entorno es comprensible la separación de las dos relaciones jurídicas: el débito, que correspondía al deber original al que se había comprometido el deudor, y la responsabilidad, que surgía cuando se daba al incumplimiento.

En conclusión, en el derecho moderno no puede concebirse esta separación. La responsabilidad sólo se justifica en virtud de la idea previa del deber; se es responsable por qué se debe. La responsabilidad se proyecta como una sanción que surge como consecuencia del incumplimiento del deber, por lo que es claro que no habría responsabilidad si previamente no ha existido a un deber que le dé sustento.¹¹⁷

2.2. Marco teórico de la responsabilidad internacional de un Estado

La responsabilidad internacional de un Estado por hechos internacionalmente ilícitos es un principio general del derecho internacional que ha sido reiterado tanto por la doctrina como por las decisiones judiciales.

¹¹⁷ Robles Farías, Diego, *op.cit.*, p. 69-75.

Brownlie explica que “hoy en día se puede observar la responsabilidad del Estado como un principio general del derecho internacional”.¹¹⁸ Guggenheim “incluye la responsabilidad internacional de Estado por hechos internacionalmente ilícitos dentro de los principios generales *in foro domestico* que han sido recibidos por el derecho internacional”.¹¹⁹

En el mismo sentido, Shaw señala que:

La responsabilidad del Estado es un principio fundamental del derecho internacional, que surge de la naturaleza del sistema jurídico internacional y de las doctrinas de la soberanía estatal y de la igualdad de los Estados. Establece que cada vez que un Estado comete un acto ilícito internacional contra otro Estado, se establece la responsabilidad internacional entre ellos. La violación de una obligación internacional da lugar a la reparación.¹²⁰

Tanto Brownlie como Shaw identifican la opinión del Juez Max Huber en el caso *Spanish Zone of Morocco Claims*¹²¹ como el primer precedente judicial relevante en materia de responsabilidad internacional. En palabras del Juez Huber, “[la] responsabilidad es el corolario necesario de un derecho. Todos los derechos de carácter internacional envuelven la responsabilidad internacional. Si la obligación en cuestión no es cumplida, la responsabilidad conlleva el deber de reparar.”¹²²

El caso de la *Fábrica de Chorzow* reitera que la responsabilidad de los Estados es un principio general del derecho internacional al afirmar que “la Corte observa que es un principio de derecho internacional, incluso una concepción

¹¹⁸ Brownlie, Ian, *Principles of Public International Law*, 7a. ed., Nueva York, Oxford University Press, 2008 p. 434.

¹¹⁹ Guggenheim, P., *Traité de Droit International Public*, 2a. ed., Ginebra, 1947 *apud* Diez de Velasco, Manuel, *Instituciones de Derecho Internacional Público* en Escobar Hernández, Concepción (coord.), 18ª. ed., Madrid, Tecnos, 2013, p. 126.

¹²⁰ Shaw, Malcom N., *International Law*, 6a.ed., Nueva York, Cambridge University Press, 2008, p. 778.

¹²¹ Tribunal Arbitral, Decisión del caso *Spanish Zone of Morocco Claims*, 1925.

¹²² Brownlie, Ian, *Principles of Public International Law*, 7a. ed., Nueva York, Oxford University Press, 2008 p. 435.

general del derecho, que cualquier incumplimiento de un compromiso implica la obligación de reparar.¹²³

En el mismo sentido en la decisión del caso *Rainbow Warrior* se menciona:

Los principios generales de derecho internacional referentes a la responsabilidad del Estado son igualmente aplicables en el caso de incumplimiento de obligación convencional, ya que en el campo del derecho internacional no hay distinción entre la responsabilidad contractual y extracontractual, por lo que cualquier violación por un Estado de cualquier obligación, cualquiera que sea su origen, da lugar a la responsabilidad del Estado y, en consecuencia, al deber de reparación.¹²⁴

En el plano de la codificación oficial, Díez de Velasco señala que:

En el seno de las Naciones Unidas se abordó un ambicioso proceso de codificación de la responsabilidad de los Estados. En 1962, tras considerar la Comisión de Derecho Internacional que su labor debería abarcar el estudio de las reglas generales de la responsabilidad de los Estados a la luz de la evolución reciente del Derecho Internacional, se inició la segunda fase, designándose como Relator Especial a R. Ago en 1963. Sobre la base de los sucesivos informes de éste y de los Relatores Especiales que los sucedieron, y teniendo en cuenta las observaciones de los gobiernos, la Comisión de Derecho Internacional llegó a aprobar la totalidad del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos en agosto 2001.¹²⁵

En la 85ª sesión plenaria del 12 de diciembre de 2001, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó la Resolución A/RES/56/83 sobre “Responsabilidad

¹²³ Corte Permanente de Justicia Internacional, *Fallo del caso Fábrica de Chorzow*, 13 de septiembre de 1928, p.21.

¹²⁴ Tribunal arbitral, *Decisión del caso Rainbow Warrior*, 30 de abril de 1990, 75, p. 251.

¹²⁵ Pérez González, Manuel, “La responsabilidad Internacional”, en Díez de Velasco, Manuel, *Instituciones de...*, cit., p. 846

del Estado por hechos internacionalmente ilícitos”¹²⁶ por la que señala el proyecto de artículos a la atención de los gobiernos, sin perjuicio de la cuestión de su futura aprobación o de otro tipo de medida, según corresponda. Al respecto, la Comisión de Derecho Internacional, recomendó a la Asamblea General que tomara nota del mismo y lo incluyera como anexo de esa resolución, y que estudiase la posibilidad, en una etapa posterior, de convocar una conferencia internacional de plenipotenciarios para examinar el proyecto de artículos con miras a concertar una convención sobre el tema.

El artículo 1 señala “todo hecho internacionalmente ilícito del Estado genera su responsabilidad internacional”.

Al respecto, “un hecho internacionalmente ilícito puede consistir en una o varias acciones u omisiones o una combinación de ambos. El que exista un hecho internacionalmente ilícito depende, en primer lugar, de los requisitos de la obligación violada y, en segundo lugar, de las condiciones de dicho acto. El término responsabilidad internacional se refiere a la nuevas relaciones legales que surgen bajo el Derecho Internacional por la atribución de un hecho internacionalmente ilícito a un Estado”.¹²⁷

En la jurisprudencia internacional se reconoce expresamente la posibilidad de que la responsabilidad internacional se derive de omisiones ilícitas. Al respecto, cabe destacar los fallos de la Corte Internacional de Justicia tanto en el caso del *Canal de Corfú* como en el caso relativo al *personal diplomático y consular de los Estados Unidos en Teherán*.

En el fallo de 9 de abril de 1949 en el asunto del *Canal de Corfú* (Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte contra Albania) se reconoce expresamente la

¹²⁶ Asamblea General de Naciones Unidas, Resolución A/RES/56/83, 12 de diciembre de 2001.

¹²⁷ Comentario 1 del artículo 1 del Proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos con comentarios, agosto 2001, p. 32, http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf. Consultado el 31 de marzo de 2016.

posibilidad de que la responsabilidad internacional del Estado se derive de omisiones al indicar que “las autoridades albanesas no intentaron nada para prevenir la catástrofe. Estas graves omisiones implican la responsabilidad internacional de Albania.”¹²⁸

En el fallo de 24 de mayo de 1980 del Caso relativo al *personal diplomático y consular de los Estados Unidos en Teherán* (Estados Unidos de América vs República Islámica de Irán) se declara la responsabilidad de la República Islámica de Irán porque:

El 4 de noviembre de 1979 las autoridades iraníes:

- a) Estaban plenamente conscientes de sus obligaciones con arreglo a las convenciones vigentes de tomar las medidas apropiadas para proteger la embajada de los Estados Unidos y a su personal diplomático y consular de cualquier ataque y de cualquier violación a su inviolabilidad y de garantizar la seguridad de otras personas que pudieran estar en la embajada;
- b) Estaban plenamente conscientes, como resultado de las solicitudes de ayuda hechas por la embajada de los Estados Unidos, de la urgente necesidad de acción por su parte;
- c) Tenía los medios a su disposición para cumplir con sus obligaciones;
- d) Fallaron completamente en cumplir con esas obligaciones.”¹²⁹

En el Derecho Internacional un hecho ilícito puede dar lugar a varios tipos de relaciones legales dependiendo de las circunstancias.”¹³⁰ Cada vez más se ha reconocido que algunos hechos internacionalmente ilícitos generan la

¹²⁸ Corte Internacional de Justicia, *Fallo del caso Canal de Corfú*, 9 de abril de 1949, p.23.

¹²⁹ Corte Internacional de Justicia, *Fallo del 24 de mayo de 1980 del caso relativo al personal diplomático y consular de los Estados Unidos en Teherán*, 24 de mayo de 1980, 68, p.32 y 33.

¹³⁰ Comentario 3 del artículo 1 del Proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos en agosto 2001 con comentarios, p. 33, http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf. Consultado el 31 de marzo de 2016.

responsabilidad del Estado respecto de varios Estados o incluso respecto de la Comunidad Internacional en su conjunto.¹³¹

Respecto a la terminología, el término francés “fait internationalement illicite” es preferible al término “délit”. Por la misma razón, en inglés es preferible evitar los términos “tort”, “delict”, o “delinquency” o, en español, el término “delito”. El término francés “fait internationalement illicite” es mejor que “acte internationalement illicite”, puesto que una omisión también genera responsabilidad internacional y porque utilizar el término “acte” implicaría que el autor pretendía las consecuencias jurídicas. Por las mismas razones, el término adoptado en español es “hecho internacionalmente ilícito”.¹³²

A continuación, el artículo 2 del proyecto anteriormente citado precisa los elementos del hecho internacionalmente ilícito:

“Hay hecho internacionalmente ilícito del Estado cuando un comportamiento consistente en una acción u omisión:

1. Es atribuible al Estado según el derecho internacional; y
2. Constituye una violación de una obligación internacional del Estado.”¹³³

El elemento de atribución a un Estado ha sido en algunas ocasiones considerado como subjetivo mientras que el elemento de la violación de una obligación internacional como objetivo. Sin embargo, el proyecto de artículos evita semejante terminología. Si la responsabilidad es objetiva o subjetiva depende del

¹³¹ Comentario 4 del artículo 1 del Proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos en agosto 2001 con comentarios, p. 33, http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf. Consultado el 31 de marzo de 2016.

¹³² Comentario 8 del artículo 1 del Proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos en agosto 2001 con comentarios, p. 34, http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf Consultado el 31 de marzo de 2016.

¹³³ Artículo 2 del Proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos.

contenido de la obligación primaria en cuestión. Los artículos no ofrecen ninguna regla general al respecto. Lo mismo es cierto respecto de otros estándares: si requieren un cierto nivel de falta, culpabilidad, negligencia o debida diligencia.¹³⁴

En materia de responsabilidad internacional, se requerirá de un daño en función del contenido de la obligación y de la interpretación de la obligación primaria, no hay una norma general al respecto.¹³⁵ En los comentarios generales al texto se señala que los artículos no tienen como función especificar el contenido de las obligaciones primarias ni su interpretación¹³⁶.

El término “atribución” es utilizado para señalar la operación por la que se conecta una acción u omisión al Estado.¹³⁷ Al respecto, Manuel Diez de Velasco señala que:

El hecho de atribuir a un Estado una conducta reputada de ilícita según el Derecho Internacional difiere en su significación de la operación consistente en imputar un acto a un sujeto jurídico en el sentido, por ejemplo, del Derecho penal interno (lo que supone un ingrediente psicológico como fundamento de la responsabilidad): no parece, en efecto, posible predicar del Estado un estado de ánimo traducible en una falta o culpa del propio Estado en cuanto tal.¹³⁸

¹³⁴ Comentario 3 del artículo 2 del Proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos en agosto 2001 con comentarios, p. 34, http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf. Consultado el 31 de marzo de 2016.

¹³⁵ Comentario 9 del artículo 2 del Proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos en agosto 2001 con comentarios, p. 36, http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf. Consultado el 31 de marzo de 2016.

¹³⁶ Comentario General 4 a) del Proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos en agosto 2001 con comentarios, p. 31, http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf. Consultado el 31 de marzo de 2016.

¹³⁷ Comentario 12 del artículo 2 del Proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos en agosto 2001 con comentarios, p. 36 http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf. Consultado el 31 de marzo de 2016.

¹³⁸ Pérez González, Manuel, “La responsabilidad...”, *op.cit.*, p. 850.

Como sostiene el artículo 3 del proyecto, la calificación del hecho del Estado como internacionalmente ilícito se rige por el derecho internacional y no es afectada por la calificación del mismo hecho como lícito por el derecho interno. Al respecto, habrá que ver en cada caso si las disposiciones del derecho interno son relevantes a la hora de determinar si se ha violado una obligación internacional.¹³⁹

Respecto a la terminología, en la versión en inglés se utiliza el término “internal law” que es preferido al término “municipal law”, pues éste se utiliza en un sentido más limitado y porque la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados¹⁴⁰ utiliza el término “internal law”. El artículo tercero se refiere a cualquier tipo de ley o regulación adoptada en el marco de un Estado, independientemente de qué autoridad y a qué nivel se emita. En la versión en francés, el término “droit interne” es preferible al término “loi interne” pues cubre cualquier previsión del derecho interno, ya sea escrita o no escrita, y ya sea norma constitucional, legislativa, administrativa o judicial.”¹⁴¹

Existe una violación de una obligación internacional, como establece el artículo 12 del proyecto, “cuando un hecho de ese Estado no está en conformidad con lo que de él exige esa obligación, sea cual fuere el origen o la naturaleza de esa obligación”. El artículo 13 precia que la obligación debe estar vigente respecto del Estado en el momento en que se produce el hecho.

Por su parte, el artículo 14 párrafo 3 establece que “la violación de una obligación internacional en virtud de la cual el Estado debe prevenir un acontecimiento determinado tiene lugar cuando se produce el acontecimiento y se

¹³⁹ Comentario 7 del artículo 3 del Proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos en agosto 2001 con comentarios, p. 38, http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf. Consultado el 31 de marzo de 2016.

¹⁴⁰ Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, 23 de mayo de 1969.

¹⁴¹ Comentario 9 del artículo 3 del Proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos en agosto 2001 con comentarios, p. 38, http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf. Consultado el 31 de marzo de 2016.

extiende durante todo el período en el cual ese acontecimiento continúa y se mantiene su falta de conformidad con esa obligación.”

Al respecto, las obligaciones de prevención requieren que el Estado tome todas las medidas razonables y necesarias para prevenir que un acontecimiento determinado tenga lugar.¹⁴²

Existe una regla general que señala que sólo será conducta atribuida a un Estado bajo el derecho internacional la conducta de sus órganos de gobierno, o de otros que han actuado bajo la dirección, instigación o control de dichos órganos.¹⁴³ Por lo tanto, la conducta de un particular no es atribuible al Estado. Esto fue establecido en el caso *Tellini* en 1923 en el que el Consejero de la Liga de las Naciones refirió a una Comisión Especial de Juristas ciertas cuestiones respecto del incidente entre Italia y Grecia por el asesinato en territorio griego de un Consejero y de varios miembros de una Comisión internacional encomendados con la tarea de delimitar las fronteras entre Grecia y Albania. Al respecto, la Comisión contestó que "un estado es responsable bajo el derecho internacional por no tomar todas las medidas razonables para la prevención de un crimen contra extranjeros en su territorio, arresto y llevar a los criminales ante la justicia."¹⁴⁴

La atribución de una acción u omisión al Estado está basada en criterios de derecho internacional y, no simplemente, en un vínculo fáctico. Como una operación normativa, la atribución debe ser distinguida de la calificación de un hecho como internacionalmente ilícito el establecer con hecho es atribuible al estado dice nada

¹⁴² Comentario 14 del artículo 14 del Proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos en agosto 2001 con comentarios, p. 62, http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf. Consultado el 31 de marzo de 2016.

¹⁴³ Comentario 2 al Capítulo II: atribución de la conducta a un Estado del Proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos en agosto 2001 con comentarios, p. 38, http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf. Consultado el 31 de marzo de 2016.

¹⁴⁴ Comentario 2 al Capítulo II: atribución de la conducta a un Estado del Proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos en agosto 2001 con comentarios, p. 38, http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf. Consultado el 31 de marzo de 2016.

respecto la legalidad de dicho hecho y la reglas de atribución no deben ser formuladas en términos impliquen lo contrario. Así, un Estado podrá ser responsable por los efectos de los hechos cometidos por particulares si falló en tomar las medidas necesarias para prevenir dichos efectos. Por ejemplo, un Estado no es responsable por los actos de particulares en la toma de una embajada, pero si sería responsable si falla en tomar las medidas necesarias para su protección o si falla en retomar el control sobre ésta como se estableció en Caso Personal Diplomático y Consular de los Estados Unidos en Teherán. Al respecto, existe siempre un vínculo cercano entre la base de atribución y la obligación particular violada aunque ambos elementos sean analíticamente distintos.¹⁴⁵

Al momento de determinar si un órgano constituye un órgano de Estado respecto de la atribución de responsabilidad internacional, el derecho interno y la práctica de cada estado son de especial importancia. La estructura del Estado y las funciones de sus órganos están reguladas por el derecho interno, no por el derecho internacional. Por ejemplo, la conducta de ciertas instituciones que realizan funciones públicas y ejercen poderes públicos como la policía es atribuible al estado incluso aunque esas instituciones sean concebidas en derecho interno como autónomas e independientes del ejecutivo.”¹⁴⁶

El derecho internacional no permite a un Estado escapar de su responsabilidad internacional por su división interna. El Estado como sujeto de derecho internacional es responsable por la conducta de todos los órganos y oficiales que forman parte de su organización y que actúen en dicha capacidad,

¹⁴⁵ Comentario 4 al Capítulo II: atribución de la conducta a un Estado del Proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos en agosto 2001 con comentarios, p. 38, http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf. Consultado el 31 de marzo de 2016.

¹⁴⁶ Comentario 6 al Capítulo II: atribución de la conducta a un Estado del Proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos en agosto 2001 con comentarios, Comentario 6, p. 39, http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf. Consultado el 31 de marzo de 2016.

independientemente de que tengan una personalidad legal separada bajo el derecho interno.¹⁴⁷

Respecto del artículo 4 del proyecto, el párrafo segundo expone la importancia del derecho interno a la hora de determinar si un órgano es considerado como órgano del Estado y señala que “cuando el derecho interno señala a una entidad como órgano es necesario comprobar que ésta cumple con el significado del artículo 4. Además no es suficiente referirnos al derecho interno, en algunos sistemas el estatus y las funciones de las entidades son determinadas no sólo por el derecho sino también por la práctica.”¹⁴⁸

Doctrinalmente, en palabras de Diez de Velasco:

Respecto al comportamiento de los particulares, éstos no se consideran como hechos del Estado, según ha expresado claramente la Corte Internacional de Justicia en su sentencia de 24 de mayo de 1980 recaída en el asunto relativo al *personal diplomático y consular de los Estados Unidos en Teherán*, lo que no significa que el Estado no pueda resultar responsable por su pasividad o falta de diligencia en la prevención o represión de tales comportamientos: en cuyo caso, y según la doctrina dominante, el Estado no estaría asumiendo como suyos los hechos de los particulares, sino respondiendo internacionalmente por sus propios hechos en cuanto constitutivos de la violación de una obligación internacional de vigilancia y protección. Así lo vio el árbitro Max Huber en su laudo de 1 de mayo de 1925 sobre el caso de las *reclamaciones británicas en la zona española de Marruecos*, al considerar que la responsabilidad del Estado descansaba en su propia falta y no en los efectos del hecho de los particulares. Con respecto a la obligación de prevención a cargo del Estado en estos casos,

¹⁴⁷Comentario 7 al Capítulo II: atribución de la conducta a un Estado del Proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos en agosto 2001 con comentarios, p. 39, http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf. Consultado el 31 de marzo de 2016.

¹⁴⁸ Comentario 11 al artículo 4 del Proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos en agosto 2001 con comentarios, p. 42, http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf. Consultado el 31 de marzo de 2016.

habrá que tener en cuenta diversas circunstancias, como la mayor o menor previsibilidad de disturbio o revueltas, la especial vulnerabilidad de locales oficiales extranjeros, el carácter público de las personas, etcétera. Así se basa la responsabilidad estatal en la violación un deber internacional de vigilancia por parte de las autoridades públicas, descartando, pues, la idea de una responsabilidad automática a todo evento por parte del Estado.¹⁴⁹

En el fallo del asunto relativo al *personal diplomático y consular de los Estados Unidos en Teherán* anteriormente mencionado se establece que: “la conducta de los militantes sólo podría atribuirse directamente al Estado iraní si se demostrara que, de hecho, habían actuado en nombre del Estado iraní. La información de la que dispone la Corte no basta para determinarlo con la debida certidumbre.”¹⁵⁰

Al respecto Shaw, establece que:

Aunque los particulares no son considerados como oficiales de Estado de forma que el Estado no es responsable por sus actos, el Estado puede ser responsable si fracasa en ejercer el control necesario para prevenir esos actos. Esto fue señalado en el *caso Zafiro* entre el Reino Unido y los Estados Unidos de América en 1925. El tribunal arbitral estableció que Estados Unidos era responsable por los daños causados por la tripulación civil del buque naval en las Filipinas, pues los oficiales navales no tomaron las medidas preventivas efectivas.¹⁵¹

Por su parte, Cassese precisa que:

En el caso de hechos internacionalmente ilícitos cometidos por particulares contra extranjeros o contra autoridades extranjeras, el Estado, en cuyo territorio fueron cometidos los actos, incurre en responsabilidad

¹⁴⁹Pérez González, Manuel, “La responsabilidad...”, *op.cit.*, p.857-858

¹⁵⁰ Corte Internacional de Justicia, *Fallo del 24 de mayo de 1980 del caso relativo al personal diplomático y consular de los Estados Unidos en Teherán*, 24 de mayo de 1980, 58, p.29.

¹⁵¹ Shaw, Malcom N., *op.cit.*, p. 789.

internacional sólo si no actuó con la diligencia debida: sí omitió tomar las medidas necesarias para prevenir ataques contra extranjeros o contra bienes extranjeros, o bien, después de que estos hechos internacionalmente ilícitos tuvieran lugar, falle en perseguir y castigar a los autores de dichos actos, así como en pagar compensación a las víctimas. En otras palabras, en el caso de violencia y de otros hechos internacionalmente ilícitos contra extranjeros, el Estado no es responsable por los hechos de particulares; sólo es responsable si su propia conducta omisiva puede ser probada, es decir, que falló en actuar de conformidad con los estándares legales internacionales.¹⁵²

Brownlie añade “existe un acuerdo en la doctrina sobre la responsabilidad internacional de un estado que no actuó con la diligencia debida. Sin embargo ni las decisiones judiciales ni otras fuentes ofrecen una definición de “diligencia debida”. Por obvias razones una definición dogmática no sería apropiada, puesto que dependerá de cada circunstancia.”¹⁵³

Hay que tener presente que el proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos dispone en el artículo 55 que “el mismo no se aplicará en el caso y en la medida en que las condiciones de existencia de un hecho internacionalmente ilícito, el contenido de la responsabilidad internacional de un Estado o el modo de hacerla efectiva se rijan por normas especiales de derecho internacional”.

2.3. Responsabilidad internacional de Ucrania

El vuelo MH17 fue derribado por un misil Buk en el este de Ucrania, área en la que el conflicto armado se había expandido al espacio aéreo. En este apartado voy a analizar si Ucrania es responsable bajo el derecho internacional por no haber cerrado el espacio aéreo a la aviación civil internacional.

¹⁵² Cassese, Antonio, *International Law*, 2a.ed., Nueva York, Oxford University Press, 2005, p. 250

¹⁵³ Brownlie, Ian, *op.cit.*, p. 455.

Como ha sido mencionado con anterioridad, en resumen, todo hecho internacionalmente ilícito del Estado genera su responsabilidad internacional. Los elementos del hecho internacionalmente ilícitos son dos:

1. La atribución de una acción u omisión al Estado según el derecho internacional; y
2. Esa acción u omisión constituye una violación de una obligación internacional del Estado.

2.3.1. Violación de una obligación internacional por parte de Ucrania

Es necesario analizar, en primer lugar, si en el caso objeto de estudio se violó o no una obligación internacional. Para ello voy a proceder al análisis del Convenio sobre Aviación Civil Internacional (Convenio de Chicago) del 7 de diciembre de 1944 y de los Anexos 11, 15 y 17, de los que Ucrania es parte.¹⁵⁴

2.3.1.1. Convenio de Chicago como norma internacional violada

La página web de la OACI indica que el Convenio de Chicago ha sido ratificado por 191 Estados¹⁵⁵ de los 193 Estados miembros de la ONU¹⁵⁶. Por ello, se puede afirmar que estamos ante una norma de derecho internacional tanto de naturaleza convencional como consuetudinaria, pues el Convenio de Chicago ha causado un efecto constitutivo o generador de costumbre internacional.

El fenómeno de la codificación y desarrollo progresivo del derecho internacional produce ciertos efectos en la formación del derecho internacional

¹⁵⁴ OACI, Convenio sobre Aviación Civil Internacional firmado en Chicago el 7 de diciembre de 1944, http://www.icao.int/secretariat/legal/List%20of%20Parties/Chicago_ES.pdf y Liakhov, Andrei, "The International Comparative Legal Guide To: Aviation Law", p. 1, <http://ua.vlex.com/vid/the-international-comparative-legal-558846374>. Consultado el 31 de marzo de 2016.

¹⁵⁵ OACI, Convenio sobre Aviación Civil Internacional firmado en Chicago el 7 de diciembre de 1944, http://www.icao.int/secretariat/legal/List%20of%20Parties/Chicago_ES.pdf. Consultado el 31 de marzo de 2016.

¹⁵⁶ Naciones Unidas, *Estados Miembros de las Naciones Unidas*, <http://www.un.org/es/members/>. Consultado el 31 de marzo de 2016.

consuetudinario bajo las modalidades que, Jiménez de Aréchaga, ha descrito como efecto declarativo, efecto cristalizador y efecto constitutivo o generador.¹⁵⁷

Respecto del efecto constitutivo o generador, Díez de Velasco explica que:

Este efecto se caracteriza porque ciertas disposiciones de un tratado se convierten en modelo de la conducta subsiguiente de los Estados en el plano consuetudinario dando lugar a una norma de derecho internacional consuetudinario si la práctica posterior es suficientemente constante y uniforme. Así lo prevé el artículo 38 de la Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados, seguido por el mismo artículo de la Convención de Viena de 1986 sobre el Derecho los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales y entre Organizaciones Internacionales.

Surge el problema de la posible reducción de la práctica consuetudinaria a una mínima expresión cuando se trate de un convenio adoptado en una conferencia codificadora de participación prácticamente universal, que haga muy difícil probar el estado del derecho internacional consuetudinario al margen o fuera del círculo de relaciones jurídicas creadas por el convenio en cuestión.¹⁵⁸

En el mismo sentido Shaw señala que:

Las disposiciones de un tratado sí pueden conducir a la existencia de una costumbre que obligue a Estados partes y no partes si se cumplen las condiciones necesarias de comportamiento compatible y *opinio iuris*. [...] Incluso cuando tanto el tratado como la costumbre tengan el mismo contenido, esta última no será simplemente absorbida por el primero, sino que mantendrá su existencia separada.¹⁵⁹

¹⁵⁷ Jiménez de Aréchaga, E., *El Derecho Internacional contemporáneo*, Madrid, 1980, p. 375-402 *apud* Díez de Velasco, Manuel, *Instituciones de...*, *cit.* p. 144.

¹⁵⁸ Díez de Velasco, Manuel, *Instituciones de...*, *cit.*, p. 147 y 148.

¹⁵⁹ Shaw, Malcom N., *op.cit.*, p. 96.

La Corte Internacional de Justicia en su fallo del *Caso de la Plataforma Continental del Mar del Norte* llegó a afirmar que “la disposición debería tener un carácter normativo fundamental”¹⁶⁰ y que “podía obviarse la práctica posterior como condición necesaria para el efecto constitutivo de un tratado si la participación en el mismo, en razón del número ratificaciones, era bien amplia y representativa y comprendía los estados más interesados”.¹⁶¹ No obstante y en sentido inverso, precisa Diez de Velasco citando a Baxter “las futuras enmiendas y denuncias y la práctica contraria al *consensus* convencional tenderían también a limitar el derecho consuetudinario creado por el efecto constitutivo de la convención hasta el punto de poder transformarlo si la oposición fuera suficiente”.¹⁶²

Al respecto, es importante señalar que la Comisión de Derecho Internacional está trabajando en un proyecto de artículos sobre la formación y evidencia de costumbre internacional.¹⁶³

Por ello, al tratarse el Convenio de Chicago de un convenio, en razón del número de ratificaciones (191 Estados) entre los que se comprenden los Estados más interesados (los Estados de mayor importancia en el transporte aéreo de conformidad con la página web de la OACI son Australia, Brasil, Canadá, China, Francia, Alemania, Italia, Japón, Federación de Rusia, Reino Unido y los Estados Unidos¹⁶⁴), concluyo que su contenido tiene una naturaleza jurídica tanto convencional como consuetudinaria y, por lo tanto es costumbre internacional que obliga a todos los Estados y no sólo a los Estados Parte, salvo a los Objetores Persistentes.

¹⁶⁰ Corte Internacional de Justicia, *Fallo del caso de la Plataforma Continental del Mar del Norte*, 20 de febrero de 1969, 72, p. 41 y 42.

¹⁶¹ Corte Internacional de Justicia, *Fallo del caso de la Plataforma Continental del Mar del Norte*, 20 de febrero de 1969, 73, p. 43.

¹⁶² Baxter, R.R., “Multilateral Treaties as Evidence of Customary International Law”, *British Year Book of International Law*, 1965-1966, vol. XLI, p. 275-300 *apud* Diez de Velasco, Manuel, *Instituciones de...*, *cit.*, p. 148.

¹⁶³ Comisión de Derecho Internacional, *Textos, Instrumentos y reportes finales*, <http://legal.un.org/ilc/texts/texts.shtml>. Consultado el 31 de marzo de 2016.

¹⁶⁴ OACI, *Estados miembros del Consejo 2014-2016*, <http://www.icao.int/about-icao/Pages/council-states-2014-2016.aspx>. Consultado el 31 de marzo de 2016.

Uno de los objetivos principales perseguidos con la celebración del Convenio de Chicago es precisamente la seguridad de la aviación civil internacional.

En el preámbulo del Convenio se establece que:

Considerando que el desarrollo futuro de la aviación civil internacional puede contribuir poderosamente a crear y a preservar la amistad y el entendimiento entre las naciones y los pueblos del mundo, mientras que el abuso de la misma puede llegar a constituir una amenaza a la seguridad general; considerando que es deseable evitar toda disensión entre las naciones y los pueblos y promover entre ellos la cooperación de que depende la paz del mundo; por consiguiente, los Gobiernos que suscriben, habiendo convenido en ciertos principios y arreglos, a fin de que la aviación civil internacional pueda desarrollarse de manera segura y ordenada y de que los servicios internacionales de transporte aéreo puedan establecerse sobre una base de igualdad de oportunidades y realizarse de modo sano y económico.

Al respecto, el artículo 3 bis del Convenio de Chicago señala que “los Estados contratantes reconocen que todo Estado debe abstenerse de recurrir al uso de las armas en contra de las aeronaves civiles en vuelo y que, en caso de interceptación, no debe ponerse en peligro la vida de los ocupantes de las aeronaves ni la seguridad de éstas.” Este artículo fue enmendado el 10 de mayo de 1984 por la Asamblea de la Organización de la Aviación Civil Internacional. En la resolución por la que se aprueba se reconoce expresamente la importancia de la seguridad de la aviación civil al señalar:

[...]

Habiendo tomado nota de que es necesario que la aviación civil internacional pueda desarrollarse de manera segura y ordenada;

Habiendo tomado nota de que, con arreglo a consideraciones humanitarias elementales, debe garantizarse la seguridad y la vida de las personas a bordo de las aeronaves civiles;

[...]

Habiendo tomado nota de que es el deseo general de los Estados contratantes ratificar el principio de no recurrir a las armas en contra de las aeronaves civiles en vuelo;¹⁶⁵

Además, los fines y objetivos de la OACI, de conformidad con el Artículo 44 del Convenio de Chicago, son precisamente desarrollar los principios y técnicas de la navegación aérea internacional y fomentar la organización y el desenvolvimiento del transporte aéreo internacional para, entre otros, lograr el desarrollo seguro y ordenado. Como señala Díez de Velasco, “los fines que la OACI se propone son amplios y están dirigidos a la mejora de las técnicas de seguridad y de expansión de la aviación civil”¹⁶⁶.

Al respecto, Mapeli señala que “el principio de la seguridad aeronáutica prima ante cualquier otro en el ámbito de la aeronavegación y es el más elemental de los objetivos de ésta última, definiéndola como “la realización sin riesgo ni daño para las personas o cosas, tanto de los directamente relacionados con la operación de vuelo como de aquellos otros que puedan resultar perjudicados por la misma debido a situaciones indirectas.”¹⁶⁷ En palabras de Folchi “la seguridad es un principio jurídico principal respecto de los servicios de transporte aéreo y por ello, constituye una base legal imprescindible del contexto normativo que lo regula”.¹⁶⁸

En este punto es importante tener presente la distinción entre *safety* y *security*. Al respecto, Folchi:

¹⁶⁵ Asamblea de la Organización de la Aviación Civil Internacional, Resolución A25-1, Montreal, 10 de mayo de 1984, http://www.icao.int/publications/Documents/9958_es.pdf. Consultado el 31 de marzo de 2016.

¹⁶⁶ Díez de Velasco, Manuel, “Las Organizaciones internacionales”, en Sobrino Heredia, José Manuel (coord.), 16a. ed., Madrid, 2010, p. 408.

¹⁶⁷ Folchi, Mario O., *op.cit.*, vol. 1, p.176

¹⁶⁸ Folchi, Mario O., *op.cit.*, vol. 2, p.32.

Distingue entre seguridad operacional o *safety* que posee un carácter técnico-operacional y seguridad aeronáutica propiamente dicha o *security* de índole jurídica y política. Pelegrino señala la diferencia entre estos dos conceptos destacando que éste último es una actividad de salvaguarda y de protección a la comunidad por actos ilícitos contra el sistema de la aviación civil en tanto que el primero se relaciona con la prevención de incidentes aéreos o de hechos de peligro determinados por circunstancias accidentales e independientes de una voluntad de delinquir. Por su parte, Dempsey señala que la seguridad operacional previene el daño accidental en tanto que la seguridad aeronáutica previene el daño intencional.¹⁶⁹

En conclusión, tanto la seguridad operacional (*safety*) como la seguridad aeronáutica propiamente dicha (*security*) son el principal objetivo que se persigue en el desarrollo de la aviación civil internacional y, por lo tanto, los Estados contratantes deben de tomar las medidas razonables y necesarias para garantizarla en su espacio aéreo.

Incluso cuando el espacio aéreo de un Estado sea utilizado tanto por la aviación civil como por la militar, como es el caso de Ucrania, el Estado debe hacer todo lo posible para garantizar la seguridad aeronáutica propiamente dicha (*security*).

En relación con ello, el artículo 3 d) del Convenio dispone que: “los Estados contratantes se comprometen a tener debidamente en cuenta la seguridad de la navegación de las aeronaves civiles, cuando establezcan reglamentos aplicables a sus aeronaves de Estado”¹⁷⁰. El mismo artículo en el apartado a) precisa que el Convenio sólo es aplicable a las aeronaves civiles y no a las aeronaves de Estado.

Dada la soberanía del Estado, plena y exclusiva, del espacio aéreo situado sobre su territorio¹⁷¹, cada Estado debe de tener un control sobre el mismo y debe

¹⁶⁹ Folchi, Mario O. *op.cit.*, vol. 1, p.178.

¹⁷⁰ Se consideran aeronaves de Estado las utilizadas en servicios militares, de aduanas o de policía. Artículo 3 b) del Convenio de Chicago.

¹⁷¹ Artículo 1 del Convenio de Chicago.

tomar las medidas necesarias para garantizar la seguridad del mismo que esté abierto a la aviación civil.

El principio de soberanía es un principio clásico del Derecho aeronáutico y tiene clara incorporación legislativa en tratados internacionales como los Convenios de París de 1919 y el Convenio de Chicago.

Folchi la define como “la soberanía absoluta y exclusiva de los Estados respecto del espacio aéreo aeronáutico que cubre sus territorios”.¹⁷² Respecto a la cuestión de cómo es determinada la soberanía, Abeyratne señala que “una posesión simbólica del espacio aéreo es necesaria para que los Estados pueden reclamar soberanía sobre su espacio aéreo.”¹⁷³

Folchi expone que:

El principio de soberanía ha debido adaptarse al constante aumento de la interdependencia entre los países, no sólo porque ello responde a la internacionalización del hecho técnico aviatorio y a la materia que lo regula, sino porque el trascendente objetivo-valor de la seguridad lo impulsó de manera irresistible. En los tiempos que vivimos, el conjunto de la comunidad aeronáutica mundial se ha unido para garantizar la seguridad de la aeronáutica civil alrededor de la actividad desplegada por la OACI.¹⁷⁴

En la opinión de Dempsey en su obra “Public International Air Law”, el principio de soberanía lo define como “soberanía territorial” que otorga al Estado el derecho unilateral absoluto de permitir o denegar la entrada a su territorio de una aeronave y de controlar todos los movimientos de la misma cuando se encuentre dentro del mismo.¹⁷⁵

¹⁷² Folchi, Mario O., *op.cit.*, vol. 2, p.28.

¹⁷³ Abeyratne, Ruwantissa, *Air Navigation...*, cit, p. 2.

¹⁷⁴ Folchi, Mario O. , *op.cit.*, vol. 2, p.30.

¹⁷⁵ Dempsey, Paul Stephen, “Public International Air Law”, Montreal, 2008, p. 43 *apud* Folchi, Mario O., *op.cit.*, vol. 2, p.30

Folchi critica esta postura por considerarla relativa porque, en primer término, los países que integran la OACI han aceptado que aeronaves extranjeras sobrevuelen sus territorios, aunque es verdad que pueden controlar sus movimientos si lo penetran. La denegación de sobrevuelo o de escala técnica sería, sin duda, contraria al artículo 5 del Convenio de Chicago, por lo que en la actualidad ningún Estado contratante podría legalmente denegar a una aeronave de otro Estado contratante el sobrevuelo o la escala técnica. En segundo lugar, un criterio tan rígido en el ejercicio del principio de soberanía afectaría el orden legal internacional y sólo podría sustentarse en factores vinculados con la seguridad de los habitantes de un territorio o pasajeros transportados, como es el ejemplo que ofrece la Unión Europea al establecer una “lista negra” de empresas aéreas, a las cuales se les niega el acceso al espacio aéreo de la misma sobre la base del incumplimiento de requisitos técnicos de seguridad.¹⁷⁶

Sin embargo, la soberanía no puede ser absoluta en un mundo cada vez más interdependiente. En relación con ello, Folchi indica:

En forma paralela surgen las obligaciones de los Estados respecto de los otros que integran la comunidad internacional, y es ahí donde aparece ya una limitación del poder soberano, que es aceptado porque las naciones prefieren recibir, en compensación, la posibilidad de incluir su poder de determinación dentro de la esfera del orden legal internacional. Es así como diversas razones atenúan el alcance del principio de la soberanía del Estado y no se pueden ignorar los límites que la coexistencia con otros Estados impone a la libertad de acción y decisión del Estado.¹⁷⁷ De allí la frase del internacionalista francés Rousseau: “la soberanía absoluta sólo puede existir si se acepta el derecho al aislamiento”.¹⁷⁸

¹⁷⁶ Folchi, Mario O., *op.cit.*, vol. 2, p.30

¹⁷⁷ *Ibidem*, p.29

¹⁷⁸ Rousseau, Charles, “L’indépendance de l’État dans l’ordre international”, Recueil des Cours, La Haya, 1948, t.II, p. 188 *apud* Folchi, Mario O., *op.cit.*, vol. 2, p.29.

Este equilibrio existente entre la soberanía del Estado y el derecho internacional o “paradoja internacional de la soberanía”, como dijo Wassenbergh¹⁷⁹ también se presenta en el derecho aeronáutico y en el juego armónico del articulado del Convenio de Chicago, así por ejemplo, si se estudian los artículos 1 y 5 del mismo, se advierte que afirmando el principio de soberanía en el primero, por el artículo 5 se reconoce indirectamente que la aviación internacional es una parte del problema político universal de la organización del mundo y aquél no se puede solucionar independientemente de éste último.¹⁸⁰

El artículo 5 del Convenio de Chicago precisa que “cada Estado contratante conviene en que todas las aeronaves de los demás Estados contratantes que no se utilicen en servicios intencionales regulares tendrán derecho, a penetrar sobre su territorio o sobrevolarlo sin escalas, y a hacer escalas en él con fines no comerciales, sin necesidad de obtener permiso previo, y a reserva del derecho del Estado sobrevolado de exigir aterrizaje. Sin embargo, cada Estado contratante se reserva, por razones de seguridad de vuelo, el derecho de exigir que las aeronaves que deseen volar sobre regiones inaccesibles o que no cuenten con instalaciones y servicios adecuados para la navegación área, sigan las rutas prescritas u obtengan permisos especiales para tales vuelos. Si dichas aeronaves se utilizan en servicios distintos de los aéreos intencionales regulares, en el transporte de pasajeros, correo o carga por remuneración o alquiler, tendrían también el privilegio, con sujeción a las disposiciones del Artículo 7, de embarcar o desembarcar pasajeros, carga o correo, sin perjuicio del derecho del Estado donde tenga lugar el embarque o desembarque a imponer las reglamentaciones, condiciones o restricciones que considere convenientes.

El artículo 6 dispone que “ningún servicio aéreo intencional regular podrá explotarse en el territorio o sobre el territorio de un Estado contratante, excepto con

¹⁷⁹ Wassenbergh, Henri A., “Post-War International Civil Aviation Policy and the Law of the Air”, 2a. ed., La Haya, 1962, Ed. Martinus Hijhoff, p. 101 *apud* Folchi, Mario O., *op.cit.*, vol. 2, p.29.

¹⁸⁰ Folchi, Mario O., *op.cit.*, vol. 2, p.29 y 30.

el permiso especial u otra autorización de dicho Estado y de conformidad con las condiciones de dicho permiso o autorización.

El artículo 7 dispone: “cada Estado contratante tiene derecho a negar a las aeronaves de los demás Estados contratantes el permiso de embarcar en su territorio pasajeros, correo o carga para transportarlos, mediante remuneración o alquiler, con destino a otro punto situado en su territorio. Cada Estado contratante se compromete a no celebrar acuerdos que específicamente concedan tal privilegio a base de exclusividad a cualquier otro Estado o línea área de cualquier otro Estado, y a no obtener tal privilegio exclusivo de otro Estado.”

El Estado contratante puede, en circunstancias excepcionales, con fundamento en el artículo 9 del Convenio de Chicago, por razones de necesidad militar o de seguridad pública, restringir o prohibir uniformemente los vuelos de las aeronaves de otros Estados sobre ciertas zonas de su territorio, siempre que no se establezcan distinciones a este respecto entre las aeronaves del Estado de cuyo territorio se trate, que se empleen en servicios aéreos internacionales regulares, y que las aeronaves de los otros Estados contratantes se empleen en servicios similares. Dichas zonas prohibidas deberán ser de extensión y situación razonables, a fin de no estorbar innecesariamente a la navegación aérea. La descripción de tales zonas prohibidas y todas las modificaciones ulteriores deberán comunicarse lo antes posible a los demás Estados contratantes y a la Organización de Aviación Civil Internacional. Dada la soberanía de todo Estado sobre su espacio aéreo, ningún Estado puede verse obligado a restringir o cerrar su espacio aéreo.

Diederiks-Verschoor señala que:

El artículo 9 del Convenio de Chicago pone de manifiesto la tendencia de los Estados de poner en primer lugar sus intereses en determinadas circunstancias, como aspiraciones políticas, necesidad militar o seguridad pública. De este modo, el artículo 9, como el artículo 1, refleja de forma clara el

principio de soberanía del Estado sobre su espacio aéreo y la prioridad que otorgan los Estados a salvaguardar sus propios intereses.¹⁸¹

Una de las características del derecho aeronáutico¹⁸² según Folchi es precisamente la politicidad¹⁸³, pues la actividad aeronáutica, por su esencial internacionalidad, se haya claramente influenciada por la política de las relaciones internacionales y en las decisiones macroeconómicas de los distintos Estados.¹⁸⁴ Precisa que:

La política de las relaciones internacionales también influye en muchas otras ramas del derecho, pero en ninguna como en la que nos ocupa, como sentenció el jurista italiano Fragali: “La característica política del derecho aeronáutico no debe considerarse, por tanto, una singularidad suya; lo que no excluye que deba reconocerse una intensa reacción de la política sobre el derecho aeronáutico, mayor que toda la que se opera en las otras disciplinas.”¹⁸⁵

Es importante precisar que el Convenio de Chicago en su artículo 89 no restringe la libertad de acción de los Estados contratantes afectados en caso de guerra (como es el caso de Ucrania que presencia en su territorio un conflicto armado), ya sean beligerantes o neutrales, ni tampoco en caso de estado de emergencia nacional cuando lo comunique al Consejo de la OACI. Sin embargo, la necesidad de contar con una coordinación estrecha entre las autoridades y dependencias civiles y militares es todavía más importante.¹⁸⁶ Al respecto, Ucrania

¹⁸¹ Diederiks-Verschoor, *An introduction to Air Law*, 8a. ed. Holanda, Kluwer Law International, 2006, p. 19.

¹⁸² El derecho aeronáutico es definido por Videla Escalada como “el conjunto de principios y normas, de Derecho público y Privado, de orden interno e internacional, que rigen las instituciones y relaciones jurídicas nacidas de la actividad aeronáutica o modificadas por ella. Videla Escalada, Federico N., *Derecho aeronáutico*, Bs.As., Víctor P. de Zavalía Editor, 1969, T.I, p. 18 *apud* Folchi, Mario O., *op.cit.*, vol. 1, p.11.

¹⁸³ Folchi, Mario O., *op.cit.*, vol. 1, p.46

¹⁸⁴ *Idem.*

¹⁸⁵ Fragali, Michele, *Lezioni di diritto aeronáutico*, Milán, 1939, p.48 y 49 *apud* Folchi, Mario O., *op.cit.*, vol. 1, p.47.

¹⁸⁶ Artículo 10.1. del Manual sobre las medidas de seguridad relativas a las actividades militares potencialmente peligrosas para las operaciones de aeronaves civiles.

no comunicó antes del accidente al Consejo de la OACI que existiera un estado de emergencia nacional.¹⁸⁷

Abeyratne sostiene que:

“Mientras la aviación militar es esencial para la seguridad y defensa nacional y, en consecuencia, es una actividad legítima e indispensable, la aviación civil no sólo es necesaria para la interacción global entre naciones sino que también contribuye de forma significativa a la economía global. Estas dos actividades de igual importancia exigen una cooperación inflexible entre ambas en el uso compartido del espacio aéreo y un entendimiento duradero de las necesidades de cada una”.¹⁸⁸

2.3.1.2. Anexos del Convenio de Chicago como norma internacional violada

La importancia de la seguridad en la aviación civil internacional se reitera en los Anexos del Convenio de Chicago. Voy a proceder al análisis de los Anexos 11, 15 y 17.

Los Anexos del Convenio de Chicago son las normas y métodos recomendados internacionales adoptados por el Consejo de la OACI con fundamento en el artículo 54 párrafo /) de la Convención de Chicago¹⁸⁹.

Diez de Velasco señala que “con relativa frecuencia, los estándares adoptados por el Consejo de la O.A.C.I. son designados anexos por `razones de conveniencia`

¹⁸⁷ Abeyratne, Ruwantissa, “Flight MH17 and state responsibility for ensuring safety and security of air transport”, *Journal of Transportation Security*, noviembre de 2014, pie de página 6, p. 351.

¹⁸⁸ Abeyratne, Ruwantissa, *Air Navigation...*, cit, p. 7.

¹⁸⁹ La adopción por el Consejo de los Anexos requiere el voto de dos tercios del Consejo en sesión convocada a ese fin; luego serán sometidos por el Consejo a cada Estado contratante. Todo Anexo o enmienda a uno de ellos, surtirá efecto a los tres meses de ser transmitido a los Estados contratantes o a la expiración de un periodo mayor que prescriba el Consejo, a menos que en el ínterin la mayoría de los Estados contratantes registren en el Consejo su desaprobación. El Consejo notificará inmediatamente a todos los Estados contratantes la entrada en vigor de todo Anexo o enmienda a este. Artículo 90 del Convenio de Chicago.

(artículo 54.I. del Convenio de Chicago.). Es claro, por lo tanto, que los anexos son una forma específica de estándares y en ningún caso anexos al Convenio de Chicago en el sentido de ser parte integrante del mismo.”¹⁹⁰

Un Anexo está integrado, por regla general, por los componentes siguientes, aunque los mismos no necesariamente están presentes en todo Anexo:

a. Normas y métodos recomendados.

Se debe entender por norma: toda especificación de características físicas, configuración, material, performance, personal o procedimiento, cuya aplicación uniforme se considera necesaria para la seguridad o regularidad de la navegación aérea internacional y a la que, de acuerdo con el Convenio de Chicago, se ajustarán los Estados contratantes. En el caso de que sea imposible su cumplimiento, será obligatoria la notificación al Consejo con fundamento en el Artículo 38 del Convenio de Chicago.

En cambio, el método recomendado es toda especificación de características físicas, configuración, material, performance, personal o procedimiento, cuya aplicación uniforme se considera conveniente por razones de seguridad, regularidad o eficiencia de la navegación aérea internacional y a la que, de acuerdo con el Convenio de Chicago, tratarán de ajustarse los Estados contratantes.

b. Apéndices

c. Definiciones

Las normas y métodos recomendados contenidos en los artículos 2.17 y 2.18 del Anexo 11 del Convenio de Chicago-Servicios de tránsito aéreo establecen que las autoridades de los servicios de tránsito aéreo deberán establecer y mantener una

¹⁹⁰ Díez de Velasco, Manuel, “Las Organizaciones...”, *cit*, p. 409.

cooperación estrecha con las autoridades militares responsables de actividades que puedan afectar los vuelos de las aeronaves civiles¹⁹¹.

Es importante tener presente las definiciones de tránsito aéreo y de servicios de tránsito aéreo:

Se debe entender por tránsito aéreo “todas las aeronaves que se hallan en vuelo, y las que circulan por el área de maniobras de un aeródromo.”¹⁹²

Folchi precisa que “las expresiones “tránsito aéreo” y “circulación aérea” son sinónimas porque ambas individualizan el desplazamiento de aviones en el espacio aeronáutico”¹⁹³. Define la circulación aérea como el “conjunto de actividades y de instituciones jurídicas que posibilitan el desplazamiento seguro y ordenado de las aeronaves en el espacio aéreo.”¹⁹⁴ Concluye que el término “circulación aérea” ha sido utilizado en mayor medida en la legislación específica y en la doctrina, mientras que el término “tránsito aéreo” tiene una mayor aceptación en el plano internacional.¹⁹⁵

Por otra parte, los servicios de tránsito aéreo son definidos como “expresión genérica que se aplica, según el caso, a los servicios de información de vuelo, alerta, asesoramiento de tránsito aéreo, control de tránsito aéreo (servicios de control de área, control de aproximación o control de aeródromo)”¹⁹⁶.

El artículo 28 del Convenio de Chicago dispone, al respecto, que “cada Estado contratante se compromete, en la medida en que lo juzgue factible a:

a) Proveer en su territorio aeropuertos, servicios de radio, servicios meteorológicos y otras instalaciones y servicios para la navegación aérea a fin de

¹⁹¹ Artículo 2.17.1 del Anexo 11 del Convenio de Chicago.

¹⁹² Capítulo 1. Definiciones del Anexo 11 del Convenio de Chicago.

¹⁹³ Folchi, Mario O., *op.cit.*, vol. 1, p.167

¹⁹⁴ *Ibidem*, p.130

¹⁹⁵ *Ibidem*, p.167

¹⁹⁶ Capítulo 1. Definiciones del Anexo 11 del Convenio de Chicago.

facilitar la navegación aérea internacional, de acuerdo con las normas y métodos recomendados o establecidos oportunamente en aplicación del presente Convenio.”

En consecuencia, en el caso que nos ocupa, Ucrania tiene la obligación de proveer los servicios de control de tránsito aéreo en su territorio. En relación con este artículo, Abeyratne señala que:

El artículo 28 del Convenio de Chicago debe ser interpretado dentro de lo señalado en el Preámbulo del Convenio, de modo que cuando el artículo 28 se refiere a la obligación de los Estados de proporcionar las instalaciones y servicios para la navegación aérea de forma implícita implica que estos servicios e instalaciones deben proporcionarse de forma ordenada y segura.¹⁹⁷

En relación con ello, el Artículo 2.17.3 del Anexo 11 del Convenio de Chicago señala que “el pronto intercambio de información relativa a la realización segura y rápida de los vuelos de las aeronaves civiles es esencial.”¹⁹⁸

Retomando la cuestión de la importancia de la coordinación entre las autoridades de los servicios de tránsito aéreo y las autoridades militares, las disposiciones para la realización de toda actividad potencialmente peligrosa para las aeronaves civiles deberán coordinarse con la autoridad ATS competente (Autoridad apropiada designada por el Estado responsable de proporcionar los servicios de tránsito aéreo en el espacio aéreo de que se trate¹⁹⁹) con la antelación necesaria para que pueda publicarse oportunamente la información sobre las actividades²⁰⁰. El objetivo de dicha coordinación será lograr las mejores disposiciones que eviten peligros para las aeronaves civiles y produzcan un mínimo de interferencia con las operaciones ordinarias de dichas aeronaves²⁰¹, reiterando de nuevo la importancia de garantizar la seguridad de la aviación civil.

¹⁹⁷ Abeyratne, Ruwantissa, “Flight MH17...”, *cit*, p. 357.

¹⁹⁸ Artículo 2.17.3 del Anexo 11 del Convenio de Chicago.

¹⁹⁹ Capítulo 1. Definiciones del Anexo 11 del Convenio de Chicago.

²⁰⁰ Artículo 2.18.1 del Anexo 11 del Convenio de Chicago.

²⁰¹ Artículo 2.18.2. del Anexo 11 del Convenio de Chicago.

Al respecto, el Manual sobre las medidas de seguridad relativas a las actividades militares potencialmente peligrosas para las operaciones de aeronaves civiles de 1990, texto de orientación no vinculante, tiene como fin promover una coordinación eficaz de manera que las actividades potencialmente peligrosas para las operaciones de las aeronaves civiles puedan tener cabida dentro del espacio aéreo convenido.²⁰²

El hecho de realizar operaciones militares en zonas de conflicto, o con posibilidades de conflicto armado, cuando dichas operaciones encierren una amenaza potencial para el tránsito aéreo civil es un ejemplo de actividad militar que puede representar una amenaza para las aeronaves civiles y que, por lo tanto, deben ser coordinadas con las autoridades ATS.²⁰³

Si se proyecta llevar a cabo actividades potencialmente peligrosas en forma regular o permanente, se debería asignar a un grupo de coordinación la tarea de asegurar que se coordinen en forma adecuada las necesidades operacionales de todas las partes interesadas. Dicho grupo debería estar integrado por representantes de los organismos militares correspondientes de las autoridades ATS competentes, y de los explotadores de aeronaves civiles.²⁰⁴

La primera etapa del proceso normal de coordinación consiste en la transmisión o entrega de un mensaje a la autoridad competente con los detalles de la actividad proyectada. En ese mensaje debería describirse la índole de la actividad, las zonas afectadas, incluyendo sus dimensiones horizontales y verticales, las fechas, horas y duración propuestas para la actividad, así como toda medida especial de seguridad que debería tomarse en caso necesario, y los medios y métodos de coordinación entre las dependencias militares participantes y las

²⁰² Artículo 1.3. de la introducción del Manual sobre las medidas de seguridad relativas a las actividades militares potencialmente peligrosas para las operaciones de aeronaves civiles.

²⁰³ Artículo 3.2. del Manual sobre las medidas de seguridad relativas a las actividades militares potencialmente peligrosas para las operaciones de aeronaves civiles.

²⁰⁴ Artículo 3.3. del Manual sobre las medidas de seguridad relativas a las actividades militares potencialmente peligrosas para las operaciones de aeronaves civiles.

dependencias ATS correspondientes, incluyendo la utilización de radiocomunicaciones.²⁰⁵

Dicha medida inicial debería tomarse con suficiente anticipación como para permitir un dialogo sobre la actividad proyectada y los arreglos detallados, teniendo en cuenta la necesidad de evitar el peligro y de reducir al mínimo la interferencia con todos los usuarios del espacio aéreo.²⁰⁶ El tiempo asignado a la primera etapa debería permitir también la difusión de información relativa a la actividad para que llegue a las tripulaciones de vuelo mucho antes del comienzo de las actividades. El tiempo de notificación es señalado en el Anexo 15- Servicios de información aeronáutica, el cual será abordado posteriormente.

En los casos en que la actividad militar implique la imposición de restricciones temporales sobre las rutas o la altitud a que vuelen las aeronaves civiles, la dependencia militar responsable debería informar a la dependencia ATS correspondiente acerca del comienzo y el termino de la actividad, así como sobre toda interrupción temporal, lo cual permitiría que se encamine a las aeronaves civiles a través de la zona de actividad. Asimismo, la disponibilidad de comunicaciones orales directas permitiría a la dependencia ATS solicitar que dicha actividad se suspenda total o parcialmente, según resulte necesario, en el caso de una incursión accidental o de emergencia de una aeronave civil en la zona de actividad.²⁰⁷

La responsabilidad de iniciar el proceso de coordinación corresponde a los Estados cuyas fuerzas militares están involucradas en el conflicto. La obligación de adoptar medidas especiales para garantizar la seguridad de las operaciones internacionales de aeronaves civiles incumbe a los Estados responsables de proporcionar servicios de tránsito aéreo en el espacio aéreo afectado por el conflicto,

²⁰⁵ Artículo 3.6. del Manual sobre las medidas de seguridad relativas a las actividades militares potencialmente peligrosas para las operaciones de aeronaves civiles.

²⁰⁶ Artículo 3.7. del Manual sobre las medidas de seguridad relativas a las actividades militares potencialmente peligrosas para las operaciones de aeronaves civiles.

²⁰⁷ Artículo 5.5. del Manual sobre las medidas de seguridad relativas a las actividades militares potencialmente peligrosas para las operaciones de aeronaves civiles.

aún en los casos en que la coordinación no se inicie o no se lleve a cabo.²⁰⁸ De nuevo, se reitera la obligación de los Estados de salvaguardar la seguridad de la aviación civil internacional.

Basándose en la información disponible, el Estado responsable de proporcionar servicios de tránsito aéreo debe identificar la zona geográfica del conflicto, evaluar los riesgos reales o potenciales para las operaciones internacionales de aeronaves civiles, y determinar si dichas operaciones en o a través de la zona de conflicto deberían evitarse o podrían continuar ajustándose a determinadas condiciones.²⁰⁹ Luego debería expedirse un NOTAM internacional con la información, recomendaciones y medidas de seguridad necesarias, que debería actualizarse posteriormente de acuerdo con la evolución de la situación²¹⁰.

Las medidas de seguridad requeridas dependerán de la evaluación realizada por el Estado responsable de proporcionar servicios de tránsito aéreo con respecto a la naturaleza y alcance de los riesgos reales o potenciales para las aeronaves civiles, y de la decisión acerca de si las operaciones de vuelo de las aeronaves civiles a través de la zona pueden considerarse exentas de riesgo.²¹¹ Para ello, los Estados cuentan con el Manual seguridad para la protección de la aviación civil contra los actos de interferencia ilícita de la OACI (Documento número 8973), de distribución restringida, en el que figuran textos de orientación relativos a métodos para la evaluación de amenazas y gestión del riesgo.

El Anexo 15 del Convenio de Chicago- Servicios de información aeronáutica regula los servicios de información aeronáutica definidos como “el servicio establecido dentro del área de cobertura definida encargada de proporcionar la

²⁰⁸ Artículo 10.2. del Manual sobre las medidas de seguridad relativas a las actividades militares potencialmente peligrosas para las operaciones de aeronaves civiles.

²⁰⁹ Artículo 10.3. del Manual sobre las medidas de seguridad relativas a las actividades militares potencialmente peligrosas para las operaciones de aeronaves civiles.

²¹⁰ Artículo 10.3. del Manual sobre las medidas de seguridad relativas a las actividades militares potencialmente peligrosas para las operaciones de aeronaves civiles.

²¹¹ Artículo 10.5. del Manual sobre las medidas de seguridad relativas a las actividades militares potencialmente peligrosas para las operaciones de aeronaves civiles.

información y los datos aeronáuticos necesarios para la seguridad regularidad y eficiencia de la navegación aérea”²¹². La finalidad del mismo es asegurar que se distribuyan los datos e información aeronáutica necesarios para la seguridad operacional, regularidad, economía y eficiencia de una forma que sea medioambientalmente sostenible del sistema de la gestión del tránsito aéreo.²¹³

Es importante distinguir entre datos aeronáuticos definidos como “la representación de hechos, conceptos o instrucciones aeronáuticos de manera formalizada que permita que se comuniquen, interpreten o procesen” y la información aeronáutica que es “el resultado de la agrupación, análisis y formateo de datos aeronáuticos.”²¹⁴

Todo Estado contratante debe:

- a) suministrar un servicio de información aeronáutica, o
- b) llegar a un acuerdo con uno o varios Estados contratantes para el suministro conjunto del servicio, o
- c) delegar la autoridad para el suministro del servicio de información aeronáutica a una entidad no gubernamental que cumpla con las disposiciones del Anexo 15.²¹⁵

Además, debe garantizar que los datos e información aeronáutica aportados sean completos, oportunos y de la calidad requerida²¹⁶ y que estén a la disposición de aquellos que participan en las operaciones de vuelo, y de la dependencia de servicios de tránsito aéreo responsable del servicio de información de vuelo y del servicio a cargo de la información previa al vuelo.²¹⁷ El servicio de información aeronáutica obtendrá datos e información aeronáutica que le permita suministrar servicio de información antes del vuelo y satisfacer las necesidades de información

²¹² 1.1. Definiciones del Anexo 15 del Convenio de Chicago- Servicios de información aeronáutica.

²¹³ Nota 1 del capítulo 1 del Anexo 15 del Convenio de Chicago- Servicios de información aeronáutica.

²¹⁴ 1.1. Definiciones del Anexo 15 del Convenio de Chicago- Servicios de información aeronáutica.

²¹⁵ 2.1.1. del Anexo 15- Servicios de información aeronáutica.

²¹⁶ 2.1.4. del Anexo 15- Servicios de información aeronáutica.

²¹⁷ 2.2.1. del Anexo 15- Servicios de información aeronáutica.

durante el vuelo de los servicios de información aeronáutica de otros Estados y de otras fuentes disponibles.²¹⁸ En este caso, los datos e información aeronáutica serán verificados antes de su distribución, y si ello no es posible, se indicará claramente cuando se distribuya que no se ha verificado.²¹⁹

La información aeronáutica se publicará como Documentación integrada de información aeronáutica²²⁰, que es un conjunto de documentos que comprende los siguientes elementos²²¹:

-Las Publicaciones de información aeronáutica, con las enmiendas correspondientes;

-Suplementos de las mismas;

-NOTAM y los Boletines de información previa al vuelo;

-Las circulares de información aeronáutica; y

- listas de verificación y listas de NOTAM válidos.

En el Capítulo 5 se indica que los NOTAM²²² se iniciarán y expedirán en relación con²²³:

[..]

²¹⁸ 2.2.4. del Anexo 15- Servicios de información aeronáutica.

²¹⁹ 2.2.6. del Anexo 15- Servicios de información aeronáutica.

²²⁰ 2.2.2. del Anexo 15-Servicios de información aeronáutica.

²²¹ 1.1. Definiciones del Anexo 15-Servicios de información aeronáutica.

²²² Es importante distinguir entre la Publicación de información aeronáutica (AIP) y los NOTAM. La Publicación de información aeronáutica es la publicación expedida por cualquier Estado, o con su autorización, que contiene información aeronáutica, de carácter duradero, indispensable para la navegación aérea. Por su parte, un NOTAM es un aviso distribuido por medio de telecomunicaciones que contiene información relativa al establecimiento, condición o modificación de cualquier instalación servicio, procedimiento o peligro aeronáutico, cuyo conocimiento oportuno es esencial para el personal encargado de las operaciones de vuelo. 1.1. Definiciones del Anexo 15 del Convenio de Chicago.

²²³ 5.1.1. 1. del Anexo 15 del Convenio de Chicago.

l) presencia de peligros para la navegación aérea (comprendidos los obstáculos, maniobras militares, exhibiciones y competiciones, actividades importantes de paracaidismo fuera de los emplazamientos promulgados)

[...]

n) establecimiento o suspensión (incluso la activación o desactivación), según sea aplicable, de zonas prohibidas, restringidas o peligrosas, o cambios en su carácter.

Se iniciará un NOTAM y se expedirá prontamente cuando la información que se tenga que distribuir sea de carácter temporal y de corta duración o cuando se introduzcan con poco tiempo de preaviso cambios permanentes, o temporales de larga duración, que sean de importancia para las operaciones, salvo cuando el texto sea extenso o contenga gráficos.²²⁴

El periodo de notificación anticipada requerido por el Anexo 15 es de siete días, por lo menos, en el caso de la activación de zonas peligrosas, restringidas o prohibidas que se hayan establecido, y la realización de actividades que requieran restricciones temporales del espacio aéreo, que no sean debidas a operaciones de emergencia.²²⁵ Sin embargo, cuando se trate de zonas peligrosas, restringidas o prohibidas con carácter temporal, así como los riesgos para la navegación, ejercicios militares y movimientos en masa de aeronaves, el Anexo 15 recomienda, y por lo tanto, no es obligatorio que se utilice el sistema reglamentado (AIRAC - Reglamentación y control de la información aeronáutica) para difundir la información correspondiente.²²⁶ El sistema AIRAC persigue que los destinatarios puedan conocer esta información por lo menos 28 días antes de la fecha en que entren en vigor, de modo que amplía el período de notificación anticipada.²²⁷

²²⁴ 5.1.1. del Anexo 15 del Convenio de Chicago.

²²⁵ 5.1.1.4. del Anexo 15 del Convenio de Chicago.

²²⁶ 6.1.2. del Anexo 15 del Convenio de Chicago.

²²⁷ 6.2.1. del Anexo 15 del Convenio de Chicago.

El espacio aéreo es un recurso escaso, por ello, la Circular 330 de la OACI: Cooperación cívico-militar para la gestión del tránsito aéreo, señala en su preámbulo lo siguiente: “siendo el espacio aéreo un recurso cada vez más escaso y máspreciado, los Estados deben adoptar un enfoque equilibrado para la gestión del tránsito aéreo, de forma que se armonicen y satisfagan las necesidades del tránsito y de la seguridad nacional. Esto exige comunicación, colaboración y cooperación”. Esta Circular aporta el concepto del uso flexible del espacio aéreo (FUA): es un concepto de gestión del espacio aéreo basado en el principio de que el espacio aéreo no debe designarse como exclusivamente militar o civil, sino como un espacio continuo en el que se satisfagan al máximo posible los requisitos de todos los usuarios.²²⁸ El concepto de FUA requiere comunicaciones eficaces, y la cooperación y coordinación necesarias para lograr un uso del espacio aéreo seguro, eficiente y previsible. El cumplimiento de los requisitos futuros del tránsito aéreo en términos de mayor seguridad operacional, protección, capacidad, eficiencia, sostenibilidad ambiental y soberanía, depende de una buena coordinación cívico-militar²²⁹.

En situación de crisis como es un conflicto armado, es necesario aumentar la coordinación entre las autoridades de ATM (gestión dinámica e integrada del tránsito aéreo y del espacio aéreo, en condiciones de seguridad, economía y eficiencia, mediante el suministro de instalaciones y servicios sin límites perceptibles y en colaboración con todas las partes e incorporando funciones basadas en tierra y a bordo) civiles y militares, para que el tránsito civil pueda seguir operando al máximo posible y al mismo tiempo se facilite la libertad operacional para las operaciones aéreas militares.²³⁰

Por otra parte, el Anexo 17 del Convenio de Chicago-Seguridad: Protección de la aviación civil internacional contra los actos de interferencia ilícita regula precisamente la seguridad aeronáutica propiamente dicha (*security*).

²²⁸ 3.2.1. de la Circular 330 de la OACI.

²²⁹ 3.2.2. de la Circular 330 de la OACI.

²³⁰ 4.2.1. de la Circular 330 de la OACI.

La norma 2.1.1. del Anexo 17 del Convenio de Chicago-Seguridad: Protección de la aviación civil internacional contra los actos de interferencia ilícita, también reitera la importancia de la protección de la aviación civil, estableciendo como objetivo primordial de todo Estado contratante la seguridad de los pasajeros, las tripulaciones, el personal en tierra y el público en general en todos los asuntos relacionados con la salvaguardia contra los actos de interferencia ilícita en la aviación civil. El Anexo 17 señala que la protección de la aviación civil contra los actos de interferencia ilícita (*security*) es un objetivo que se logra mediante una combinación de medidas y recursos humanos y materiales.²³¹

Con el fin de cumplir con dicho objetivo, cada Estado deberá establecer y aplicar un programa nacional escrito de seguridad de la aviación civil para salvaguardar las operaciones de la aviación civil contra los actos de interferencia ilícita, mediante normas, métodos y procedimientos que tomen en cuenta la seguridad, regularidad y eficiencia de los vuelos.²³²

La aeronave del vuelo MH17 fue destruida en servicio como resultado del impacto de una cabeza explosiva 9N314M portada por una serie de misiles 9M38 y lanzada por un sistema de misiles de tierra- aire tipo Buk.²³³ La destrucción de una aeronave en servicio al ser un acto destinado a comprometer la seguridad de la aviación civil, es un acto de interferencia ilícita de conformidad con la definición de acto de interferencia ilícita del Capítulo 1: Definiciones del Anexo 17.

Cada Estado debe revisar constantemente el grado de amenaza para la aviación civil en su territorio, y establecer y aplicar políticas y procedimientos para ajustar en consecuencia los aspectos pertinentes de su programa nacional de

²³¹ Definición de protección de la aviación civil contra los actos de interferencia ilícita (*security*) en el Capítulo 1. Definiciones del Anexo 17 del Convenio de Chicago.

²³² Norma 3.1.1. del Anexo 17 del Convenio de Chicago.

²³³ Consejo de Seguridad de Holanda, *op.cit.*, p. 137.

seguridad de la aviación civil basándose en una evaluación de riesgos de seguridad de la aviación realizada por las autoridades nacionales pertinentes.²³⁴

El conocimiento de las amenazas a tiempo es esencial para la protección de la aviación civil, de ahí cada Estado contratante establecerá y aplicará procedimientos para compartir, en la medida de lo posible, con otros Estados contratantes la información sobre amenazas que se relacione con los intereses de seguridad de la aviación de dichos Estados.²³⁵

Por lo tanto, el Estado teniendo presente en todo momento la salvaguarda de la seguridad de la aviación civil internacional, debe decidir si la operación de la misma debe ser evitada en el área de conflicto o puede continuar bajo determinadas condiciones.

Los riesgos relacionados con el uso del espacio aéreo de un Estado extranjero no están estipulados en el Anexo 17. Sin embargo, esto no impide que cada Estado, si lo considera apropiado, pueda realizar un análisis de riesgos de espacios aéreos extranjeros. Sin embargo, no todos los Estados tienen la capacidad de recopilar información acerca de las amenazas potenciales a la aviación civil internacional en otros Estados.

Como resultado del accidente del vuelo MH17, el Equipo especial sobre los riesgos para la aviación civil que surgen en las zonas de conflicto (TF-RCZ) abogó por la existencia de un sistema central información, que incluyera una aplicación web para NOTAMs, complementado con información relevante en materia de seguridad operacional y protección de la aeronave concerniente a los riesgos que áreas de conflicto suponen para la aviación civil.²³⁶

Al respecto, la OACI lanzó en abril de 2015 su prototipo de repositorio de información sobre riesgos en zonas de conflicto en la página web

²³⁴ Norma 3.1.3 del Anexo 17 del Convenio de Chicago.

²³⁵ Norma 2.4.3. del Anexo 17 del Convenio de Chicago.

²³⁶ Consejo de Seguridad de Holanda, *op.cit.*, p. 247

<http://www.icao.int/czir/Pages/default.aspx>, en respuesta directa a las recomendaciones formuladas por los Estados miembros en la Conferencia de alto nivel sobre seguridad operacional que tuvo lugar en Montreal, Canadá, del 2 al 5 de febrero de 2015.²³⁷ Sin embargo, es importante destacar que el mismo no ha sido creado con el fin de ser considerado como la única fuente de información a la hora de evaluar los riesgos en las zonas de conflicto.²³⁸

Los representantes de los Estados, líneas aéreas y el público en general pueden consultar el nuevo repositorio en el sitio web público de la OACI. Sin embargo, sólo tienen derecho a presentar información sobre riesgos aquellos funcionarios autorizados por los Estados, de conformidad con los procedimientos acordados por el Consejo de la OACI. En todos los casos, se identificará claramente al Estado que suministre la información al repositorio, y los Estados que sean mencionados en cualquier información presentada sobre riesgos, también tendrán la oportunidad de examinar y aprobar la información relacionada antes de que se dé a conocer al público.²³⁹ Sin embargo, la OACI no es responsable y no garantiza que la información sea precisa, válida, confiable, completa, actualizada, que esté disponible en cualquier momento o lugar, que esté libre de virus o de otros componentes dañinos ni que los errores o defectos sean corregidos.²⁴⁰

La presentación de la información en este sitio de Internet no altera ni reemplaza las obligaciones de los Estados contratantes de conformidad con el Convenio de Chicago, sus Anexos o cualquier otro tratado internacional.²⁴¹

2.3.1.3. Hechos relevantes previos al accidente del vuelo MH17

²³⁷ OACI, *Comunicado de prensa: La OACI inicia operaciones del nuevo repositorio de información en línea sobre las zonas de conflicto*, Montreal, 10 de abril de 2015, <http://www.icao.int/Newsroom/NewsDoc2015/COM.11.15.SP.pdf>.

²³⁸ OACI, *Repositorio de información sobre riesgos en zonas de conflicto*, <http://www.icao.int/czir/Pages/default.aspx>.

²³⁹ OACI, *Comunicado de...., cit.*

²⁴⁰ OACI, *Repositorio de...., cit.*

²⁴¹ OACI, *Repositorio de...., cit.*

En este apartado voy a tomar como referencia lo establecido en el reporte final del accidente del Consejo de Seguridad de Holanda.

De la lista de NOTAM relevantes publicadas por las autoridades ucranianas queda claro que desde mitades de marzo de 2014 partes del espacio aéreo del este de Ucrania estaban regularmente restringidas o cerradas por pocos períodos de tiempo, desde varias horas a varios días. Se puede deducir que las restricciones al espacio aéreo estaban relacionadas con actividades de las Fuerzas Aéreas ucranianas. De junio al 18 de julio de 2014 se observa un incremento en la publicación de NOTAM en las cuales el uso de partes del espacio aéreo en el este de Ucrania estaba restringido. El día del accidente, el 17 de julio de 2014, 28 NOTAM estaban en vigor respecto del espacio aéreo del este de Ucrania, de las cuales 8 se referían a restricciones al mismo. De este modo, el uso del espacio aéreo en el este de Ucrania solamente estaba restringido para la aviación civil por debajo de FL320.²⁴²

Es importante destacar las siguientes restricciones al espacio aéreo:

- El 5 de junio de 2014 las autoridades militares solicitaron restringir el uso del espacio aéreo a la aviación civil por debajo FL260 para: proteger las aeronaves militares de los ataques, dar prioridad a las operaciones de las fuerzas aéreas y separar la aviación civil de la militar. Esta restricción fue válida del 6 hasta el 30 de junio y se extendió el 26 de junio del 1 de julio hasta el 28 de julio del 2014.²⁴³
- El 14 de julio de 2014, 3 antes del accidente del vuelo MH17, Ucrania emitió una restricción al uso del espacio aéreo por debajo de FL320, válida del 14 de julio hasta el 14 de agosto. La restricción fue emitida el mismo día del derribo de la aeronave militar Antonov An-26 a una altitud de 6,500 metros que no podía ser alcanzada usando MANPADS²⁴⁴ (la altitud fue

²⁴² Consejo de Seguridad de Holanda, *op.cit.*, p.179 y 180.

²⁴³ *Ibidem*, p.194.

²⁴⁴ También conocidos como Sistemas de Defensa Aérea Portátil. Son misiles tierra-aire que, en la mayoría, consisten en: 1) un misil empaquetado en un tubo; 2) un mecanismo de lanzamiento y 3) una

posteriormente ajustada a 6,300 metros ante las preguntas del Consejo de Seguridad de los Países Bajos tras una investigación provisional cuya fecha no fue aportada por las autoridades ucranianas pero que tardó varios días en completarse pues los restos de la aeronave eran inaccesibles. Los servicios de inteligencia de Países Bajos concluyeron, tras analizar las imágenes del daño y las declaraciones de los testigos, que efectivamente debió haber sido derribado usando MANPADS). Esta restricción adicional fue iniciada por UkSATSE, no por las autoridades militares.²⁴⁵

Las razones de las restricciones no fueron especificadas en ninguna de los NOTAM²⁴⁶, como lo recomienda el documento de la OACI número 9554-AN/932, de modo que los usuarios del espacio aéreo no estuvieron informados en la mayor medida posible del conflicto armado en el este de Ucrania.

Las autoridades de la aviación ucranianas señalaron que la restricción de FL320 no estaba conectada de modo alguno con el derribo de la aeronave Antonov An-26 ocurrido ese mismo día más temprano. Sostuvieron que el aumento había sido solicitado antes del 14 de julio basado en información general y que pretendía aumentar la diferencia de altitud entre la aviación civil y la militar. Tomaron la decisión basados en la necesidad de establecer una zona neutral adicional para garantizar la seguridad de la aviación civil en relación con operaciones militares en el espacio aéreo cerrado a la aviación civil. El derribo de la aeronave Antonov An-26 lo único que hizo fue acelerar la decisión pues no existían indicios de la existencia de amenazas para la aviación civil por encima de FL260 tomando en consideración la zona neutral hasta FL320.²⁴⁷

batería. Los tubos, que protegen el misil hasta que se ha disparado, son desechables. Una batería de un solo uso se utiliza típicamente para accionar el misil antes del lanzamiento. Oficina de Asuntos Políticos y Militares de los Estados Unidos de América, *MANPADS: Combating the Threat to Global Aviation from Man-Portable Air Defense Systems*, 27 de julio de 2011, <http://www.state.gov/t/pm/rls/fs/169139.htm>.

²⁴⁵ *Ibidem*, p. 183 y 184.

²⁴⁶ *Ibidem.*, p. 209.

²⁴⁷ *Ibidem*, p. 196.

El 17 de julio el Ministro de la Defensa de Ucrania señaló que un día antes la aeronave militar Sukohi Su-25 había sido derribada en la región de Donetsk por un arma más poderosa que MANPADS, un arma capaz de alcanzar la altitud de crucero de las aeronaves civiles²⁴⁸. La altitud de la aeronave reportada inicialmente era de 8,250 metros, ajustada posteriormente a 6,250 metros tras una investigación provisional cuya fecha no fue aportada por las autoridades ucranianas.²⁴⁹

Por lo tanto, ante el derribo de las aeronaves Antonov An-26 y Sukohi Su-25, las autoridades ucranianas establecieron en un inicio que existía la posibilidad de la existencia de un arma más poderosa que pudiera alcanzar la altitud de crucero de una aeronave, posiblemente lanzada desde la Federación de Rusia²⁵⁰. Al respecto, en los meses previos al accidente en los medios de comunicación se señaló la presencia de misiles de tierra-aire, incluso del misil BUK, en manos de los grupos armados ilegales en el este de Ucrania, ante lo cual las autoridades ucranianas declararon que el sistema BUK no estaba operativo.²⁵¹

Por obvias razones, las aeronaves militares eran un objetivo potencial para los grupos armados ilegales. De acuerdo con la información disponible por parte de los servicios de inteligencia y de las autoridades militares en ese tiempo, los grupos armados ilegales poseían MANPADS con un rango de altitud máxima de 4,500 metros.²⁵² El Ministro de Defensa afirmó que el hecho de que las aeronaves militares ucranianas fueran derribadas era una indicación de que estas armas efectivamente estaban siendo utilizadas. La investigación también reveló que las autoridades militares y UksATSE discutieron los incidentes respecto al derribo de las aeronaves militares.²⁵³

²⁴⁸ Altitud del nivel de vuelo que se mantiene durante una duración considerable de vuelo; en el reporte final del accidente se refiere a la altitud de crucero de los aviones de pasajeros propulsados por un reactor. Consejo de Seguridad de Holanda, *op.cit.*, 272.

²⁴⁹ *Ibidem*, p.185.

²⁵⁰ *Idem*.

²⁵¹ *Ibidem*, p. 187 y 188.

²⁵² *Ibidem*, p., 194.

²⁵³ *Ibidem.*, p.193 y 194.

Para proteger estas aeronaves, las autoridades militares calcularon la altitud en la que el espacio aéreo debía de ser restringido para garantizar la seguridad de las mismas desde y hacia el área de conflicto. Para ello tomaron en consideración el rango de altitud máxima de 4,500 metros de los MANPADS y le añadieron un margen de seguridad de 2,000 metros.²⁵⁴

En consecuencia, las autoridades militares consideraron que la aviación civil no corría riesgo alguno al operar por encima de esta altitud pese a la denuncia en los medios de comunicación de la presencia de misiles de tierra-aire, incluso del misil BUK, en manos de los grupos armados ilegales y de sus propias declaraciones de la presencia de un arma que pudiera alcanzar la altitud de crucero de una aeronave civil posiblemente lanzada desde la Federación de Rusia. Ante ello, el Consejo de Seguridad de los Países Bajos indica que es plausible que las decisiones relacionadas con el espacio aéreo en el este de Ucrania fueron tomadas en primer lugar desde la perspectiva del interés militar, en el que el riesgo potencial para la aviación civil no fue objeto de consideración explícita.²⁵⁵

En entrevistas del Consejo de Seguridad de Países Bajos con el Ministro de Defensa, se afirmó que era imposible obtener una imagen precisa de la presencia potencial de sistemas de misiles en el área bajo el control de los grupos armados ilegales en el este de Ucrania. Sin embargo, no existían indicaciones de que los grupos armados ilegales poseyeran misiles de tierra-aire de medio o largo alcance²⁵⁶ (pese a la denuncia en los medios de comunicación de la presencia del misil BUK y de sus propias declaraciones previas, pues sólo mencionaron que esas armas podían proceder de la Federación de Rusia, sin excluir entonces que pudieran estar en manos de los grupos armados ilegales). Por su parte, la investigación del accidente concluyó que era muy improbable que los radares de control aéreo pudieran haber detectado el misil en la pantalla del controlador del tránsito aéreo.²⁵⁷

²⁵⁴ *Ibidem*, p. 194.

²⁵⁵ *Ibidem*, p. 205 y 206.

²⁵⁶ *Ibidem*, p. 195.

²⁵⁷ *Ibidem*, p. 114.

Así, el derribo de una aeronave civil por terroristas no fue considerado como un escenario real por las autoridades ucranianas. Al respecto, UkSATSE, en respuesta a las preguntas del Consejo de Seguridad de los Países Bajos, señaló que, de acuerdo con la legislación ucraniana, no existían fundamentos para el cierre total del espacio aéreo en el este de Ucrania para la aviación civil pues no estaban ante ninguno de los escenarios que lo permitían:

1. Si hubiera existido una solicitud oficial por parte de las autoridades competentes o
2. Si hubiese existido información respecto de un riesgo a la seguridad de la aviación civil en esa parte específica del espacio aéreo.²⁵⁸

El derecho interno no es justificación para incumplir un tratado internacional con fundamento en el artículo 27 de la Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados, el mismo numeral de la Convención de Viena de 1986 sobre el Derecho los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales y entre Organizaciones Internacionales y el artículo 32 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos.

Con el fin de conocer si la actuación de Ucrania ante un conflicto armado que suponía un riesgo potencial para la aviación civil internacional era semejante a la de otros países que presenciaban igualmente un conflicto armado, el Consejo de Seguridad de los Países Bajos analizó los siguientes conflictos armados: Norte de Mali, sur de Sudán, Libia, Siria, Iraq, Egipto (Sinaí), Afganistán, Somalia, Yemen y República Democrática del Congo. El resultado del análisis demostró que ningún Estado había cerrado el espacio aéreo a la aviación civil a una altitud de crucero, salvo con la excepción de Libia que emitió una NOTAM que imponía la necesidad de obtener autorización para volar en el área de conflicto. Es importante señalar que se comprobó que en la mayor parte de los conflictos analizados los Estados no

²⁵⁸ *Ibidem*, p. 196.

emitieron ninguna NOTAM respecto de información del conflicto que los usuarios del espacio aéreo pudieran haber utilizado en su propia evaluación del riesgo.²⁵⁹

Como sostiene el Consejo de Seguridad de Holanda, “los conflictos armados específicamente aquellos que incluyen grupos armados no estatales se caracterizan por un alto nivel de impredecibilidad. En ellos es difícil establecer quién posee qué tipo de armas, si serán utilizadas y cómo lo serán. Además, estos grupos no necesariamente cuentan o pueden tener acceso al conocimiento o las herramientas sobre cómo operar estas armas”²⁶⁰.

Por lo tanto, estos conflictos implican en sí mismos riesgos para la aviación civil por el hecho de que las aeronaves civiles pueden ser derribadas sin que esa sea la intención. Las autoridades ucranianas asumieron que dichas armas eran utilizadas en exclusiva contra aeronaves militares y, por lo tanto, consideraron que la aviación civil no sufría ningún riesgo.

En el campo del análisis del riesgo, afirma el Consejo de Seguridad de Holanda que:

La estadística constituye la base para determinar la probabilidad de que un incidente tenga lugar. Con la ayuda de una matriz de riesgo, los factores de probabilidad y severidad son combinados resultando en categorías de riesgo que pueden ser relacionados con las medidas para reducirlos. Esto es un método de trabajo profesional que es una práctica establecida en la aviación civil. El escenario en el que una aeronave civil a altitud de crucero es derribada, ya sea intencionalmente o no, por un misil tierra-aire o aire-aire es improbable incluso desde la perspectiva del análisis del riesgo. Estadísticamente la probabilidad de tal evento es baja.²⁶¹

²⁵⁹ *Ibidem*, p. 199-204.

²⁶⁰ *Ibidem*, p. 205.

²⁶¹ *Ibidem*, p. 249.

En el análisis de las amenazas para la aviación civil, normalmente las partes se centran en los riesgos potenciales derivados del sobrevuelo en áreas de conflicto desde la perspectiva de una amenaza actual. Para ello toman en cuenta dos criterios: la intención y la capacidad. Las incertidumbres respecto de estos factores son convencionalmente equiparados con su ausencia. Si no existen indicaciones específicas ni de intención ni de capacidad las partes terminan su análisis de las amenazas a la aviación civil. De este modo, las consecuencias de las acciones humanas no intencionales no son consideradas.²⁶²

Sin embargo, la evaluación no puede ser sólo cuantitativa, sino que es necesario un acercamiento también desde el punto de vista cualitativo. En consecuencia, no importa si el evento tuvo lugar o no en el pasado sino que importa si puede suceder en el presente o futuro. Este acercamiento está justificado porque las consecuencias son extremadamente severas.²⁶³ Desde el punto de vista cualitativo, el desarrollo del conflicto armado puede aportar indicaciones del aumento del riesgo. El hecho de que el conflicto armado en el este de Ucrania se expandiera al espacio aéreo fue una indicación de que la protección de la aviación civil que volaba en el área se estaba deteriorando.²⁶⁴ Dada la severidad de las consecuencias, las pequeñas probabilidades merecen atención y no sólo desde un punto de vista cuantitativo sino también cualitativo,²⁶⁵ de modo que también se deberán tomar en cuenta los riesgos en los que la intención o la capacidad es incierta.²⁶⁶

En consecuencia, el Consejo de Seguridad de Holanda considera que “la valoración del riesgo en este caso fue incompleta al no tomar en cuenta las

²⁶² *Ibidem*, p. 247

²⁶³ *Ibidem*, p. 249.

²⁶⁴ *Ibidem*, p. 247.

²⁶⁵ *Ibidem*, p. 248.

²⁶⁶ *Ibidem*, p. 251.

consecuencias que podrían suponer para la aviación civil los errores potenciales o incluso descuidos de las personas que tenían en sus manos los misiles”.²⁶⁷

Entonces, ¿por qué no se cerró totalmente el espacio aéreo en el este de Ucrania?

En el reporte final se señalan los siguientes motivos:

1. Consecuencias financieras:

Cada Estado recibe una compensación por los servicios de tránsito aéreo por parte de los operadores que utilicen su espacio aéreo. Al respecto, Ucrania adoptó el sistema denominado “full cost recovery system”, de modo que el Estado recupera los costos relacionados con los servicios de tránsito aéreo de los operadores por medio de una compensación económica.²⁶⁸

En Ucrania el promedio de vuelos tras el cierre del espacio aéreo ucraniano cayó de aproximadamente 1,300 vuelos por día a aproximadamente 700 vuelos por día. En relación con ello, UkSATSE indicó que los ingresos por los servicios de tránsito aéreo de 2014 decrecieron un 13% en comparación con los ingresos obtenidos en el 2013. Sin embargo, UkSATSE también declaró en una entrevista con el Consejo de Seguridad de los Países Bajos que la decisión de restringir o no el espacio aéreo no fue motivada por cuestiones financieras.²⁶⁹

2. El cierre total del espacio aéreo habría dado la impresión de que Ucrania había perdido el control sobre el mismo. Este motivo, de acuerdo con las autoridades ucranianas, tampoco fue tomado en cuenta para tomar la decisión de mantener el espacio aéreo abierto a la altitud de crucero para la aviación civil.²⁷⁰

²⁶⁷ *Ibidem*, p. 207.

²⁶⁸ *Ibidem*, p. 198.

²⁶⁹ *Ibidem*, p. 199.

²⁷⁰ *Ibidem*, p. 207.

2.3.1.4. Conclusión respecto de la existencia de la violación de una obligación internacional

Como ha sido establecido en el marco teórico de la responsabilidad internacional del Estado, si la responsabilidad es objetiva o subjetiva depende del contenido de la obligación primaria en cuestión. En este caso, el Convenio de Chicago y sus Anexos imponen a los Estados la obligación de garantizar la seguridad de su espacio aéreo para salvaguardar la aviación civil internacional, pues las consecuencias de los accidentes aéreos son muy serias, por lo general, fatales. En este caso las víctimas fueron 298. De ahí que los Estados tengan la obligación de evaluar constantemente los riesgos para la aviación civil y de tomar las medidas necesarias al respecto.

Por ello, concluyo que Ucrania no tomó las medidas razonables y necesarias para garantizar la seguridad aeronáutica propiamente dicha (*security*) en su espacio aéreo, objetivo y principio de la aviación civil internacional, pues las autoridades tenían conocimiento de la presencia de un arma que pudiera alcanzar la altitud de crucero de una aeronave civil y aún así dejaron el espacio aéreo abierto a la aviación civil.

2.3.2. Atribución de la omisión que constituye una violación de una obligación internacional a Ucrania

Una vez establecido que se violó el Convenio de Chicago y sus Anexos por omisión es necesario proceder al análisis de atribución de dicha omisión al Estado ucraniano bajo el derecho internacional:

Como ha sido mencionado en el marco teórico, sólo será conducta atribuida a un Estado bajo el derecho internacional la conducta de sus órganos de gobierno, o de otros que han actuado bajo la dirección, instigación o control de dichos órganos.

Este apartado también tomo como referencia lo establecido en el reporte final del accidente del Consejo de Seguridad de Holanda.

En Ucrania UkSATSE presta el servicio del control de tránsito aéreo para la aviación civil, mientras que el control del tránsito aéreo de la aviación militar es llevado a cabo por unidades militares bajo la responsabilidad del Ministro de Defensa.²⁷¹

Los servicios de control de tránsito aéreo tanto civiles como militares tienen, cada uno, su propia estructura de mando pero trabajan conjuntamente a nivel operacional. Esta cooperación es coordinada por Ukraerocenter e implementada, en circunstancias normales, por Ukraerocenter, centros de control de tránsito aéreo y las divisiones competentes de las Fuerzas Aéreas ucranianas.²⁷²

El manejo del espacio aéreo a un nivel estratégico es responsabilidad del Ministro de Infraestructura y el Ministro de Defensa de conformidad con un Acuerdo General, mientras que a un nivel pretáctico y táctico es implementado por el Sistema de Gestión del Tránsito Aéreo Integrado Civil y Militar de Ucrania, parte de UkSATSE.²⁷³

Las restricciones y cierres del espacio aéreo corresponden a:

- UkSATSE a nivel táctico por períodos breves de tiempo.
- A un nivel estratégico o pretáctico son coordinadas por Ukraerocenter y por la Administración Estatal de la Aviación de Ucrania en estrecha cooperación con los miembros del Estado Mayor ucraniano.²⁷⁴

La Administración Estatal de la Aviación de Ucrania, dependiente del Ministerio de Infraestructura, es la autoridad que toma la decisión formal de restringir o cerrar el espacio aéreo ucraniano. En el caso que nos ocupa, las restricciones

²⁷¹ *Ibidem*, p. 192.

²⁷² *Idem*.

²⁷³ *Idem*.

²⁷⁴ *Idem*.

FL260 y FL320 fueron tomadas precisamente por la Administración Estatal de la Aviación de Ucrania.²⁷⁵

En Ucrania, las solicitudes para restringir el espacio aéreo son llevadas a cabo sin ningún tipo de cuestionamiento si son consideradas necesarias por las autoridades militares en relación con un conflicto armado; en este sentido, son decisiones que son tomadas al más alto nivel y, por lo tanto, no discutidas o influenciadas ni por la Administración Estatal de la Aviación de Ucrania ni por UkSATSE.²⁷⁶

El Consejo de Seguridad de los Países Bajos deduce en su reporte final sobre el accidente, a partir los documentos que le fueron entregados, que fue la Fuerza Área ucraniana quien solicitó a UkSATSE la restricción por debajo de FL260 para un posterior procesamiento. UkSATSE recibió la solicitud y la envió a las autoridades para su verificación. Una vez que el Estado Mayor la aprobó, envió la solicitud a la Administración Estatal de la Aviación de Ucrania. Al respecto, UkSATSE comentó que no recibió ninguna información detallada respecto de la existencia de una amenaza o de los motivos exactos de la restricción solicitada.²⁷⁷

La restricción de FL320 fue iniciada por UkSATSE y adoptada por la Administración Estatal de la Aviación de Ucrania. UkSATSE, depende de la Administración Estatal de la Aviación de Ucrania, quien a su vez depende del Ministerio de Infraestructura.²⁷⁸

Los actos u omisiones de las Fuerzas Aéreas ucranianas y de la Administración Estatal de la Aviación de Ucrania respecto de las restricciones FL260 y FL320 son órganos del Estado de Ucrania bajo el derecho internacional, pues se trata de la conducta de órganos bajo la dirección y control de los órganos de

²⁷⁵ *Ibidem*, p.193.

²⁷⁶ *Idem*.

²⁷⁷ *Ibidem*, p. 195.

²⁷⁸ *Ibidem*, p. 196.

gobierno, en específico, del Ministerio de Defensa y del Ministerio de Infraestructura, respectivamente.

Por lo tanto, la omisión de cerrar el espacio aéreo es atribuible al Estado ucraniano bajo el derecho internacional.

2.3.3. Conclusión de la responsabilidad internacional de Ucrania

Al cumplirse los dos elementos del hecho internacionalmente ilícito, y al generar todo hecho internacionalmente ilícito la responsabilidad internacional del Estado, Ucrania es responsable bajo el derecho internacional.

El proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos dispone en el artículo 55 que “el mismo no se aplicará en el caso y en la medida en que las condiciones de existencia de un hecho internacionalmente ilícito, el contenido de la responsabilidad internacional de un Estado o el modo de hacerla efectiva se rijan por normas especiales de derecho internacional”. En consecuencia, es necesario acudir al Convenio de Chicago, como norma internacional violada, para conocer si el mismo establece las condiciones de existencia de un hecho internacionalmente ilícito, el contenido de la responsabilidad internacional de un Estado o el modo de hacerla efectiva.

El Convenio de Chicago dispone en el artículo 84 que: “Si surge un desacuerdo entre dos o más Estados contratantes sobre la interpretación o la aplicación del presente Convenio y de sus Anexos que no pueda ser solucionado mediante negociaciones, será decidido por el Consejo, a petición de cualquier Estado interesado en el desacuerdo²⁷⁹”. Considero conveniente utilizar el término controversia y no desacuerdo, pues el término de controversia internacional es el

nombre con el que se designa comúnmente a las disputas entre Estados en su vida de relación²⁸⁰. Además, Sobrino Heredia citando a Sereni señala que:

En las crisis internacionales que se crean por las acciones u omisiones de los propios sujetos del Ordenamiento internacional, cabe distinguir tres momentos principales:

- a) Un momento inicial, conocido como *situación*, en el que la crisis no se ha producido aún, pero está en estado potencial o incluso latente.
- b) Un paso más adelante nos viene dado por la noción de *conflicto*, que supone una discrepancia entre sujetos de derecho internacional que ha inducido o puede inducir a uno de ellos a actuar contra otro.
- c) Finalmente existe un tercer momento conocido como *controversia* o *diferencia*, en el que una de las dos partes en la misma hace valer frente a la otra pretensiones opuestas, o cuando una de dichas partes pretende de la otra una pretensión a la que esta última no se somete.²⁸¹

Por ello, en el presente trabajo utilizaré el término controversia y no desacuerdo, término que utiliza el artículo 84 del Convenio de Chicago.

Por lo tanto, en primer lugar, es necesario que el Estado o Estados lesionados y Ucrania sometan la controversia sobre la aplicación del Convenio a negociación. En específico, deberán someter a negociación si Ucrania debió o no cerrar el espacio aéreo del este de Ucrania ante la expansión del conflicto armado,

²⁸⁰ McWhinney, "Judicial Settlement of International Disputes", Nijhoff Publishers, La Haya, 1991, *apud* Castro Villalobos, José Humberto y Agramón Gurrola, Claudia Verence, *Derecho internacional público*, Ciudad de México, Oxford University Press, 2002, Diccionarios jurídicos temáticos, Segunda Serie, Vol. 7, p. 28.

²⁸¹ Sereni, A.P., *Diritto Internazionale*, Milán, 1965, vol. 4, p. 1585-1587 *apud* Sobrino Heredia, José Manuel, "Procedimientos de aplicación de las normas internacionales (II): la solución pacífica de las controversias internacionales (los medios de arreglo diplomático y el arbitraje) en Diez de Velasco, Manuel, *Instituciones de...,cit.*, p. 942.

pues las autoridades ucranianas tenían conocimiento de la presencia de un arma que pudiera alcanzar la altitud de crucero de una aeronave civil.

Rogoff define la negociación como “un proceso en el que ostensiblemente se ofrecen propuestas explícitas con el fin de llegar a un acuerdo sobre un intercambio o sobre la comprensión de la existencia de un interés común donde los intereses en conflicto están presentes”.²⁸² Sostiene que “la idea de que los Estados tienen la obligación de negociar, al menos en aquellos casos en los que el alcance de sus derechos sólo puede ser delimitado por remisión a los derechos de otros Estados, es la consecuencia pragmática y lógica de la interdependencia de los Estados en el mundo moderno.”²⁸³ En su opinión, “la negociación en el ámbito internacional es el principal vehículo para la cooperación entre los Estados y la interacción de los Estados por medio de las negociaciones con el resultado de la celebración de acuerdos vinculantes representa el medio usual de la Comunidad Internacional de hacer negocios.”²⁸⁴ Afirma que “incluso si no se llega a un acuerdo con la negociación, la misma otorga a las partes la oportunidad de disminuir las tensiones y de aprender más acerca de los intereses, posiciones, personalidades y problemas de la otra parte.”²⁸⁵

En caso de no poder llegar a un acuerdo, la controversia será decidida por el Consejo, a petición de cualquier Estado interesado.

En el fallo de la Corte Internacional de Justicia referente a la apelación relativa a la jurisdicción del Consejo de la OACI de India contra Pakistán, la Corte decidió que el Consejo de la OACI es competente para conocer de la petición presentada por Pakistán de acuerdo con el artículo 84 de la Convención de Chicago, pues tanto la reclamación de Pakistán como la oposición de la India revelaba la existencia de un desacuerdo respecto a la interpretación o la aplicación de los tratados (Convención de Chicago y Acuerdo sobre Tránsito.) En consecuencia, la Corte Internacional de

²⁸² Rogoff, Martin A., “The obligation to negotiate in international law: rules and realities”, *Michigan Journal of International Law*, Michigan, otoño de 1994, vol. 16, p. 2

²⁸³ *Ibidem*, p. 16

²⁸⁴ *Ibidem*, p. 15

²⁸⁵ *Ibidem*, p. 1.

Justicia rechazó la apelación presentada por la India contra la decisión del Consejo de declararse competente a ese respecto.²⁸⁶

Una vez establecida la competencia del Consejo, es necesario proceder a la composición y funcionamiento del mismo:

El Consejo es un órgano permanente, responsable ante la Asamblea, y compuesto por treinta y seis Estados contratantes, elegidos por la Asamblea.²⁸⁷

En la primera reunión de la Asamblea se lleva a cabo una elección de los miembros del Consejo y, después es cada tres años.²⁸⁸

Al elegir los miembros del Consejo, la Asamblea debe dar representación adecuada a:

- 1) Los Estados de mayor importancia en el transporte aéreo;
- 2) Los Estados, no incluidos de otra manera, que contribuyan en mayor medida al suministro de instalaciones y servicios para la navegación aérea civil internacional; y
- 3) Los Estados, no incluidos de otra manera cuya designación asegure la representación en el Consejo de todas las principales regiones geográficas del mundo.²⁸⁹

Los Estados miembros del Consejo de la OACI actualmente son los siguientes:

- 1) Los Estados de mayor importancia en el transporte aéreo: Australia, Brasil, Canadá, China, Francia, Alemania, Italia, Japón, Federación de Rusia, Reino Unido y los Estados Unidos.
- 2) Los Estados, no incluidos de otra manera, que contribuyan en mayor medida al suministro de instalaciones y servicios para la navegación aérea

²⁸⁶Corte Internacional de Justicia, *Fallo del caso de la Apelación relativa a la jurisdicción del Consejo de la OACI*, 18 de agosto de 1972, 46, p. 28.

²⁸⁷ Artículo 50.a) del Convenio de Chicago.

²⁸⁸ Artículo 50.a) del Convenio de Chicago.

²⁸⁹ Artículo 50.b) del Convenio de Chicago.

civil internacional: Argentina, Egipto, India, México, Nigeria, Noruega, Portugal, Arabia Saudita, Singapur, Sudáfrica, España y Venezuela.

3) Los Estados, no incluidos de otra manera cuya designación asegure la representación en el Consejo de todas las principales regiones geográficas del mundo: Bolivia, Burkina Faso, Camerún, Chile, República Dominicana, Kenia, Libia, Malasia, Nicaragua, Polonia, República of Corea, Emiratos Árabes Unidos y República Unida de Tanzania.²⁹⁰

Durante el 2016 se llevará a cabo la elección de los nuevos Estados miembros del Consejo.

Los Estados designan a un representante vinculado por sus instrucciones, que no goza de independencia. Al respecto, Bae señala que:

A diferencia de los tribunales internacionales cuyos jueces están cualificados en el área del derecho correspondiente, los representantes de los miembros del Consejo no requieren ninguna cualificación especial. Esta es la razón por la que el Consejo esté integrado principalmente por funcionarios de la aviación y diplomáticos y no por juristas, influenciados en mayor medida por la política que por el derecho²⁹¹.

Sin embargo, los juristas podrán ser consultados, con fundamento en el artículo 8(1) del Reglamento para la solución de controversias, pues el Consejo podrá en todo momento, después de oír a las partes, encargar a cualquier persona, organismo, oficina, comisión u organización a su elección, que lleve a cabo una investigación o presente un dictamen pericial. Además, la OACI está autorizado como organismo especializado de las Naciones Unidas para solicitar de la Corte Internacional de Justicia opiniones consultivas sobre la interpretación de los tratados con fundamento en el artículo 96.2. de la Carta de las Naciones Unidas.²⁹²

²⁹⁰ OACI, *Estados miembros...*, cit.

²⁹¹ Bae, Joe, *Review of the Dispute Settlement Mechanism under the International Civil Aviation Organization: Contradiction of Political Body Adjudication*, Journal of International Dispute Settlement, Volumen 4, Número 1, 2013, p. 72

²⁹² Diederiks-Verschoor, *An introduction to Air Law*, 8a. ed. Holanda, Kluwer Law International, 2006, p.47 .

Las decisiones del Consejo deberán ser aprobadas por mayoría de sus miembros²⁹³.

El Convenio de Chicago aborda la cuestión de la imparcialidad. Al referirme a la imparcialidad me refiero a la definición de Juan Palomar de Miguel de “falta de prevención o designio anticipado en favor o en contra de personas o cosas, de que resulta poderse juzgar o proceder rectamente”²⁹⁴.

Pues bien, el Convenio de Chicago ordena que ningún miembro del Consejo vote cuando se trate de una controversia en la que dicho miembro sea parte²⁹⁵. Además, ningún representante de un Estado contratante en el Consejo podrá estar activamente vinculado con la explotación de un servicio aéreo intencional, o estar financieramente interesado en tal servicio²⁹⁶.

Si bien el Estado parte de una controversia no tiene derecho al voto, si podrá participar, sin derecho a voto, en la consideración por el Consejo y por sus comités y comisiones de toda cuestión que afecte especialmente a sus intereses²⁹⁷.

La controversia presentada bajo el artículo 84 del Convenio de Chicago está regida por el Reglamento para la solución de controversias, aprobado por el Consejo de la OACI el 9 de abril de 1957 y enmendado el 10 de noviembre de 1975. Sin embargo, a reserva de que lo acepten las partes, toda disposición del Reglamento podrá modificarse, o suspenderse su aplicación, si, a juicio del Consejo, tal medida puede contribuir a resolver el caso en una forma más rápida o eficaz.²⁹⁸

El Reglamento establece que todo Estado parte en los juicios relativos a desacuerdos, nombrará un agente autorizado para que lo represente y actúe en su nombre en el curso del juicio, quien podrá estar auxiliado de asesores o abogados.

²⁹³ Artículo 52 del Convenio de Chicago.

²⁹⁴ Palomar de Miguel, Juan, *Diccionario para juristas*, México, Mayo Ediciones, 1981, p. 689

²⁹⁵ Artículo 84 del Convenio de Chicago.

²⁹⁶ Artículo 50.c) del Convenio de Chicago.

²⁹⁷ Artículo 53 del Convenio de Chicago.

²⁹⁸ Artículo 32 del Reglamento para la solución de controversias.

Ningún representante en el Consejo de un Estado miembro podrá ser designado como agente.²⁹⁹

El Reglamento no regula los plazos del procedimiento, sino que los mismos serán fijados por el Consejo o por su Presidente³⁰⁰ en caso de que éste no se encuentre en sesión, de manera que se eviten posibles demoras y que sea equitativo para la parte o partes interesadas.³⁰¹

El Consejo podrá conceder una prórroga en cualquier momento, ya sea de oficio o a petición de parte. Incluso, en circunstancias especiales, la podrá conceder después de expirar el plazo, una vez escuchado a las partes.³⁰²

Respecto del idioma, las partes podrán presentar sus escritos o hacer sus alegaciones orales en cualquiera de las seis lenguas oficiales de la Organización³⁰³, los que, a petición de cualquiera de las demás partes, se traducirán a los otros idiomas oficiales en virtud de las disposiciones que adopte el Secretario General. A petición de parte, el Consejo podrá autorizar que tal parte emplee otro idioma, en cuyo caso ésta deberá tomar las medidas necesarias para la traducción.³⁰⁴

²⁹⁹ Artículo 27 del Reglamento para la solución de controversias.

³⁰⁰ Respecto de la figura del Presidente del Consejo, éste, con fundamento en el artículo 51 de la Convención de Chicago, no tiene derecho a voto y es elegido por el Consejo por un período de tres años con posibilidad de ser reelegido. No se requiere que el Presidente sea elegido entre los representantes de los miembros del Consejo, pero si se elige a un representante su puesto se considerará vacante y será cubierto por el Estado que representaba.

Las funciones del Presidente son:

- a) Convocar las reuniones del Consejo, del Comité de Transporte Aéreo y de la Comisión de Aeronavegación;
- b) Actuar como representante del Consejo;
- c) Desempeñar en nombre del Consejo las funciones que éste le asigne. Con fundamento en éste apartado del artículo 51, el Presidente puede ser designado como conciliador en caso de desacuerdo entre los Estados contratantes.

³⁰¹ Artículo 28.1. y 28.3. del Reglamento para la solución de controversias.

³⁰² Artículo 28.2. del Reglamento para la solución de controversias.

³⁰³ Inglés, francés, español, chino, árabe y ruso. Artículo 7 del Documento de la OACI número 7231-11.

³⁰⁴ Artículo 29.1. del Reglamento para la solución de controversias

2.3.4. Procedimiento derivado de la presentación de la controversia ante el Consejo de la OACI bajo el artículo 84 del Convenio de Chicago

Si los Estados lesionados decidieran presentar la controversia al Consejo de la OACI, el procedimiento es el siguiente:

1. Presentación de la demanda:

A la demanda se deberá adjuntar una memoria que contenga³⁰⁵:

- a) El nombre del demandante y del demandado.
- b) El nombre y la dirección del agente autorizado para representar al demandante en el juicio, así como su dirección en la sede de la Organización, donde habrán de enviarse todas las notificaciones relativas al proceso, incluso las notificaciones sobre la fecha de toda reunión;
- c) Una exposición de los hechos pertinentes;
- d) Datos en apoyo de los hechos
- e) Los fundamentos de derecho
- f) La pretensión que, sobre los puntos concretos presentados, se desee obtener por la intervención del Consejo;
- g) Una declaración de que las partes realizaron negociaciones para dirimir el desacuerdo, pero que no pudieron llegar a una avenencia.

2. Medidas del Secretario General:³⁰⁶

Al recibir la demanda, el Secretario General comprobará los requisitos de forma y, si es necesario, requerirá al demandante que subsane el defecto legal en la forma de proponer la demanda. Inmediatamente después notificará la recepción de la demanda a todas las partes en el instrumento cuya interpretación o aplicación haya sido impugnada, así como a todos los miembros del Consejo.

³⁰⁵ Artículo 2 del Reglamento para la solución de controversias.

³⁰⁶ Artículo 3 del Reglamento para la solución de controversias.

Posteriormente, dará traslado al demandado de la demanda y de la documentación complementaria y le invitará a que presente una contramemoria dentro del plazo señalado por el Consejo.

El Secretario General también dará traslado a la otra parte o partes en el juicio de todas las alegaciones u otros documentos que cualquier parte presente posteriormente al Consejo.

El Secretario General llevará un expediente completo de todas las actuaciones y, a menos que el Consejo ordene lo contrario, el expediente será público.³⁰⁷

3. Presentación de la contramemoria:³⁰⁸

El demandado debe presentar una contramemoria que contenga:

- a) El nombre y la dirección del agente autorizado para representar al demandado en el juicio, así como su dirección en la sede de la Organización, donde habrán de enviarse todas las notificaciones relativas al proceso, incluso las notificaciones sobre la fecha de toda reunión;
- b) La contestación a los puntos planteados en la memoria del demandante.
- c) Los demás hechos y datos que se deseen presentar en apoyo de los mismos;
- d) Los fundamentos de derecho.

En la contramemoria podrá proponerse una reconvencción, siempre que dicha reconvencción sea de la competencia del Consejo, quien después de oír a las partes, decidirá si la reconvencción debe unirse a los autos originales.

En el supuesto de que una de las partes no comparezca ante el Consejo o ante el Comité o se abstenga de defender su caso, la otra parte podrá pedir al

³⁰⁷ Artículo 30 del Reglamento para la solución de controversias.

³⁰⁸ Artículo 4 del Reglamento para la solución de controversias.

Consejo que decida a su favor. El Consejo deberá, antes de aceptar tal petición, examinar si tiene competencia y si las pretensiones son fundadas en cuanto a los hechos y al derecho.³⁰⁹

Al presentar el demandado la contramemoria, el Consejo decidirá si en esta fase de las actuaciones conviene invitar a las partes a que inicien las negociaciones directas.³¹⁰

Si el Consejo no opta por las negociaciones directas en esta fase, sin perjuicio de que más adelante invite a efectuarlas, decidirá sobre el procedimiento. A menos que el Consejo decida emprender por sí mismo el examen preliminar del asunto, nombrará un Comité, compuesto de cinco personas que representen en el Consejo a Estados miembros que no sean partes interesadas en el desacuerdo, y designará de entre ellos al Presidente del Comité.³¹¹

En los casos en que se opte por las negociaciones, las decisiones a que se refiere el párrafo anterior pueden aplazarse hasta que las partes hayan rehusado iniciar las negociaciones o haya notificado que no se pudo en ellas llegar a una avenencia.³¹²

El Consejo, en cualquier momento del juicio y antes de que se celebre la sesión en que se dicte la decisión, podrá invitar a las partes en litigio a que entablen negociaciones directas si el Consejo considera que no se han agotado las posibilidades de solucionar la controversia o de limitar las cuestiones controvertidas mediante negociaciones.³¹³

³⁰⁹ Artículo 16 del Reglamento para la solución de controversias.

³¹⁰ Artículo 6.1. del Reglamento para la solución de controversias.

³¹¹ Artículo 6.2. del Reglamento para la solución de controversias.

³¹² Artículo 6.3. del Reglamento para la solución de controversias.

³¹³ Artículo 14.1. del Reglamento para la solución de controversias.

Si las partes aceptan entablar negociaciones, el Consejo podrá fijar un plazo para su conclusión, durante el cual se suspenderán las demás actuaciones sobre el fondo de la cuestión.³¹⁴

Con el consentimiento de las partes interesadas el Consejo podrá facilitar toda ayuda que pueda contribuir al progreso de las negociaciones, incluso designar a una o más personas para que actúen como conciliadoras durante las negociaciones.³¹⁵

El Consejo dejará constancia de cualquier solución a que se llegue mediante negociaciones. Si no se llega a una solución, las partes lo notificarán al Consejo y se reanudará el juicio.³¹⁶

Por otra parte, en caso de desistimiento del demandante es importante distinguir si en la fecha en que el Secretario General reciba la comunicación de desistimiento, el demandado ha iniciado o no alguna actuación.³¹⁷

En el caso de no haber iniciado actuación alguna, el Consejo, o el Presidente del Consejo si éste no se encuentra sesión, hará constar oficialmente en acta el desistimiento y el Secretario General lo notificará al demandado.³¹⁸

En cambio, si en la fecha de recepción de la comunicación de desistimiento el demandado ha iniciado algún actuación, el Consejo o su Presidente si éste no se encuentra en sesión, fijará un plazo para que el demandado declare si se opone o no al desistimiento. Si no manifiesta oposición se presumirá que se acepta y el Consejo o su Presidente hará constar oficialmente en acta el desistimiento. Si se manifiesta oposición, el juicio seguirá su curso.³¹⁹

³¹⁴ Artículo 14.2. del Reglamento para la solución de controversias.

³¹⁵ Artículo 14.3. del Reglamento para la solución de controversias.

³¹⁶ Artículo 14.4. del Reglamento para la solución de controversias.

³¹⁷ Artículo 17.1. del Reglamento para la solución de controversias.

³¹⁸ Artículo 17.2. del Reglamento para la solución de controversias.

³¹⁹ Artículo 17.2. del Reglamento para la solución de controversias.

Si antes de que se pronuncie la decisión, las partes llegan a un acuerdo, o convienen en desistir, lo notificarán por escrito al Consejo y éste hará constar oficialmente en acta la conclusión del acuerdo o el desistimiento.³²⁰ En caso de que el juicio termine como resultado de un acuerdo entre las partes, las condiciones de la transacción se transmitirán al Presidente del Consejo, quien notificará las mismas a todos los Estados previamente notificados.³²¹

De este modo, el Consejo dará por terminado el juicio, aún cuando hayan intervenido otras partes. Sin embargo, queda a salvo el derecho de toda parte que intervenga a presentar una demanda en nombre propio sobre la cuestión objeto de la controversia original.³²²

4. Impugnación de la competencia del Consejo:

Si el demandado impugna la competencia del Consejo para conocer de la cuestión suscitada por el demandante, deberá presentar una excepción declinatoria, en la que expondrá las razones en que fundamente la excepción. Esta excepción se presentará en un alegato especial, dentro del plazo señalado para la presentación de la contramemoria.³²³

Tan pronto como se presente una excepción declinatoria, se suspenderá la sustanciación del juicio por lo que se refiere al fondo del asunto y el Consejo, después de oír a las partes, decidirá al respecto, como cuestión prejudicial, antes de tomar otras medidas.³²⁴

5. Pruebas:

³²⁰ Artículo 20.1.a) del Reglamento para la solución de controversias.

³²¹ Artículo 20.2. del Reglamento para la solución de controversias.

³²² Artículo 20.1.b) del Reglamento para la solución de controversias.

³²³ Artículo 5.1 y 5.2. del Reglamento para la solución de controversias.

³²⁴ Artículo 5.3. y 5.4. del Reglamento para la solución de controversias.

Si las partes desean presentar otras pruebas aparte de las aportadas en los escritos de alegación, tales pruebas, incluso las testificales y periciales, serán presentadas por escrito dentro del plazo fijado por el Consejo, pero, a solicitud especial, el Consejo podrá admitir testificación oral. El Consejo podrá, igualmente, solicitar de las partes la comparecencia de testigos y peritos para que testifiquen ante en el curso de una audiencia³²⁵.

6. Audiencia:

La audiencia comienza con el desahogo de las pruebas. Al respecto, los testigos y peritos deberán declarar que su testimonio e informe respectivamente se ajustan a la verdad.³²⁶

Durante la audiencia, todo miembro del Consejo que no sea parte en la controversia podrá hacer preguntas, por conducto del Presidente, a los agentes de las partes o a cualquier asesor o abogado que comparezca en nombre de las mismas. Dichas preguntas podrán contestarse inmediatamente o en fecha posterior que fijará el Consejo.³²⁷

Posteriormente, después de transcurrido un período de tiempo razonable para que las partes puedan prepararse, éstas podrán exponer sus alegatos al Consejo dentro de los plazos fijados por éste.³²⁸

Las conclusiones finales se presentarán por escrito, pero el consejo podrá aceptar a su discreción, que se expongan verbalmente.³²⁹

7. Procedimiento del Comité

³²⁵ Artículo 9 del Reglamento para la solución de controversias.

³²⁶ Artículo 10 del Reglamento para la solución de controversias.

³²⁷ Artículo 11 del Reglamento para la solución de controversias.

³²⁸ Artículo 12.1. del Reglamento para la solución de controversias.

³²⁹ Artículo 12.2. del Reglamento para la solución de controversias.

Si se ha nombrado un Comité, éste, en nombre del Consejo, recibirá y examinará todos los documentos presentados y, si lo estima conveniente, admitirá pruebas y alegatos orales, entendiendo en general del asunto en forma que facilite al Consejo tomar una decisión. El Comité se ajustará al procedimiento, establecido para el Consejo cuando éste examine el asunto por sí. Mientras el Comité tenga a su cargo la sustanciación del juicio, el Presidente del Comité ejercerá las funciones que, tiene el Presidente del Consejo.³³⁰

A continuación, el Comité, sin incurrir en retrasos indebidos, presentará al Consejo un informe, el que formará parte de los autos. El informe comprenderá un resumen de las pruebas presentadas y otras cuestiones, así como conclusiones sobre las cuestiones de hecho y las recomendaciones del Comité.³³¹

El Consejo deberá dar traslado de una copia del informe del Comité a cada una de las partes en el juicio, pudiendo las mismas, dentro del plazo que determine el Consejo, presentar a éste sus observaciones por escrito sobre dicho informe; el Consejo podrá autorizar que tales observaciones se formulen oralmente.³³²

El Consejo, cuando examine el informe del Comité, podrá llevar a cabo otras investigaciones, si así lo estima conveniente, o hacer que se practiquen nuevas pruebas.³³³

8. Decisión:

Después de haber oído los alegatos, o de haber examinado el informe del Comité, según corresponda, el Consejo pronunciará su decisión. La decisión del Consejo se pronunciará en una sesión convocada a tal efecto, la cual se celebrará tan pronto como sea posible después de dar por terminadas las actuaciones.³³⁴

³³⁰ Artículo 13.1. del Reglamento para la solución de controversias.

³³¹ Artículo 13.2. del Reglamento para la solución de controversias.

³³² Artículo 13.3. del Reglamento para la solución de controversias.

³³³ Artículo 13.4. del Reglamento para la solución de controversias.

³³⁴ Artículo 15.1. y 15.4. del Reglamento para la solución de controversias.

La decisión del Consejo se formulara por escrito y contendrá:

- a. la fecha en que se pronuncie;
- b. la relación de los miembros del Consejo que participaron;
- c. los nombres de las partes y de sus agentes;
- d. un resumen de las actuaciones;
- e. las conclusiones del Consejo, así como las razones que lo fundamenten;
- f. la decisión sobre costas, si corresponde;
- g. una declaración sobre la votación realizada en el Consejo en que se indique si las conclusiones fueron unánimes o por mayoría de votos, mencionando, en este último caso, el número de los miembros del Consejo que votaron a favor de las conclusiones y el número de los que votaron en contra o se abstuvieron.³³⁵

La decisión del Consejo se formulará en las seis lenguas oficiales de la OACI, teniendo cada uno de tales textos igual autenticidad, a menos que todas las partes convengan en que uno de ellos se considere como el texto auténtico.³³⁶

Todo miembro del Consejo que vote en contra de la opinión de la mayoría puede solicitar que hagan constar en acta sus puntos de vista en forma de voto particular, el que se adjuntará a la decisión del Consejo.³³⁷

La decisión del Consejo se notificará inmediatamente a todas las partes interesadas y se publicará. También se remitirá una copia de la decisión a todos los Estados previamente notificados.³³⁸

³³⁵ Artículo 15.2. del Reglamento para la solución de controversias.

³³⁶ Artículo 29.2. del Reglamento para la solución de controversias.

³³⁷ Artículo 15.3. del Reglamento para la solución de controversias.

³³⁸ Artículo 18.1. del Reglamento para la solución de controversias.

Respecto de las costas, cada parte sufragará sus propias costas, salvo que el Consejo disponga lo contrario. Todas las demás costas podrán imponerse a las partes en la proporción que determine el Consejo.³³⁹

9. Apelación:

La decisión del Comité puede apelarse ante el Consejo.³⁴⁰

La decisión del Consejo puede apelarse ante la Corte Permanente Internacional de Justicia o en el caso de que el Estado contratante no sea parte del Estatuto de la misma, ante un tribunal de arbitraje *ad hoc* aceptado por las otras partes en la controversia³⁴¹.

La apelación será notificada al Consejo dentro de los sesenta días de recibida la notificación de la decisión del Consejo³⁴² y las decisiones del Consejo, si se apelan, se suspenderán hasta que se falle la apelación.³⁴³

El artículo 37 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia establece que: “cuando un tratado o convención vigente disponga que un asunto sea sometido a una jurisdicción que debía instituir la Sociedad de las Naciones, o a la Corte Permanente de Justicia Internacional, dicho asunto, por lo que respecta a las partes en este Estatuto, será sometido a la Corte Internacional de Justicia.” Por lo tanto, la apelación de la decisión del Consejo será ante la Corte Internacional de Justicia y si el Estado contratante no es parte de su Estatuto ante un tribunal arbitral *ad hoc*.

El artículo 93, párrafo primero de la Carta de las Naciones Unidas establece que “todos los Miembros de las Naciones Unidas son *ipso facto* partes en el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.”

³³⁹ Artículo 31. del Reglamento para la solución de controversias.

³⁴⁰ Artículo 52 del Convenio de Chicago.

³⁴¹ Artículo 84 y 85 del Convenio de Chicago.

³⁴² Artículo 84 del Convenio de Chicago.

³⁴³ artículo 86 del Convenio de Chicago

Por lo tanto, Ucrania, como miembro de las Naciones Unidas es ipso facto parte en el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.³⁴⁴

Sin embargo, la Corte Internacional de Justicia sólo puede conocer de un asunto si los Estados implicados han consentido en pasar a ser partes en actuaciones ante la Corte (principio del consentimiento de las partes). El principio de consentimiento de las partes es un principio fundamental que rige el arreglo de las controversias internacionales, por cuanto los Estados son soberanos y tienen libertad para escoger los medios de solución de sus controversias.

Los Estados pueden manifestar su consentimiento de tres maneras³⁴⁵:

1. Un acuerdo especial entre los Estados parte en la controversia para someter el caso ante la Corte Internacional de Justicia.
2. Una cláusula en un tratado: cláusulas jurisdiccionales en cuya virtud los Estados partes se comprometen por adelantado a aceptar la jurisdicción de la Corte en el caso de que surja una controversia entre Estados partes respecto de la interpretación o aplicación del tratado.
3. Una declaración unilateral en la que reconozcan la jurisdicción de la Corte como obligatoria en relación con cualquier otro Estado que acepte la misma obligación. Se deposita ante el Secretario General de las Naciones Unidas.

Ucrania no he emitido una declaración unilateral por la que reconozca la jurisdicción obligatoria de la Corte Internacional de Justicia por lo que sería necesario la celebración de un acuerdo entre los Estados partes en la controversia.

Respecto del tribunal arbitral *ad hoc*, el artículo 85 del Reglamento precisa el procedimiento:

³⁴⁴ Corte Internacional de Justicia, *Estados que puede comparecer ante la Corte*, <http://www.icj-cij.org/jurisdiction/index.php?p1=5&p2=1&p3=1&sp3=a>. Consultado el 31 de marzo de 2016.

³⁴⁵ Corte Internacional de Justicia, *Cómo trabaja la Corte*, <http://www.icj-cij.org/court/index.php?p1=1&p2=6.&PHPSESSID=130fb428ace1ad72274618026f7939a5&lang=en>. Consultado el 31 de marzo de 2016.

En primer lugar, los Estados contratantes partes en la controversia deberán acordar la elección del tribunal arbitral.

En caso de no pueden concordar en la elección del tribunal de arbitraje, cada uno de los Estados contratantes partes en la controversia designará un árbitro y estos nombrarán un tercero.

Si cualquier Estado contratante parte en la controversia no nombra un árbitro dentro de tres meses desde la fecha de apelación, el Presidente del Consejo designará por tal Estado un árbitro, de una lista de personas calificadas y disponibles que lleve el Consejo.

Si dentro de treinta días los árbitros no pueden convenir en el tercero, el Presidente del Consejo lo designará de la lista antedicha. Los árbitros y el tercero se constituirán entonces en tribunal de arbitraje.

El tribunal de arbitraje adoptará su propio procedimiento y pronunciará sus decisiones por mayoría de votos, entendiéndose que el Consejo podrá decidir cuestiones de procedimiento en caso de dilaciones que, en su opinión fuesen excesivas.

Las decisiones de la Corte Internacional de Justicia o de un tribunal de arbitraje son firmes y obligatorias.³⁴⁶

Por su parte, en caso de incumplimiento de las disposiciones del Capítulo XVIII: Controversias e Incumplimiento del Convenio de Chicago, la Asamblea suspenderá el derecho de voto en la Asamblea y en el Consejo a todo Estado contratante que incumpla.³⁴⁷

Todo Estado que sea parte Convenio de Chicago y que esté directamente afectado por dicha controversia, tendrá derecho a intervenir en el juicio, pero, si hace uso de este derecho, se comprometerá a acatar igualmente la decisión del

³⁴⁶ Artículo 86 del Convenio de Chicago.

³⁴⁷ Artículo 88 del Convenio de Chicago.

Consejo.³⁴⁸ Para intervenir, el Estado deberá presentar una declaración a tal efecto al Secretario General.³⁴⁹ Dicha declaración se comunicará a todos los Estados contratantes del Convenio de Chicago. Si dentro del mes siguiente a la fecha del despacho de esa comunicación se ha notificado una objeción al Secretario General respecto a la admisibilidad de una tercería, el Consejo decidirá sobre la misma.³⁵⁰

En cambio, si no se presenta objeción alguna o si el Consejo decide admitir la tercería, el Secretario General procederá a dar traslado de los documentos de la controversia a la parte que intervenga, la cual podrá presentar una memoria dentro del plazo que fije el Consejo.³⁵¹ Dicha memoria será comunicada a las demás partes en litigio, quienes enviarán al Secretario General sus observaciones por escrito dentro del plazo que fije el Consejo. Las partes pueden discutir la memoria y las observaciones durante las actuaciones posteriores en que participe la parte que intervenga.³⁵²

2.3.5. Casos conocidos por el Consejo de la OACI bajo el artículo 84 del Convenio de Chicago

Bae indica que “sólo han sido presentadas cinco controversias al Consejo de la OACI bajo el artículo 84 de la Convención de Chicago”³⁵³. Los casos son los siguientes:

1. India vs Pakistán (1952)

Dempsey explica que:

En abril de 1952 India presentó una solicitud al Consejo de la OACI alegando el incumplimiento de la Convención de Chicago y del Acuerdo Internacional sobre Tránsito de Servicios Aéreos por parte de Pakistán al negar

³⁴⁸ Artículo 19.1. del Reglamento para la solución de controversias.

³⁴⁹ Artículo 19.2. del Reglamento para la solución de controversias.

³⁵⁰ Artículo 19.3. del Reglamento para la solución de controversias.

³⁵¹ Artículo 19.4. del Reglamento para la solución de controversias.

³⁵² Artículo 19.5. del Reglamento para la solución de controversias.

³⁵³ Bae, Joe, *op.cit.*, p. 70

éste a las aeronaves comerciales indias volar sobre su territorio hacia y desde Afganistán.

Ante la ausencia de reglas del procedimiento, el Consejo designó a un equipo de trabajo de tres representantes del Consejo para que lo asistieran en señalar los procedimientos apropiados. El grupo de trabajo sugirió, entre otras cosas, que las partes “inicien las negociaciones directas lo más pronto posible con el fin de limitar en la mayor medida posible las cuestiones pendientes”. En junio de 1953 las partes llegaron a una solución amistosa de la que informaron al Consejo.³⁵⁴

Respecto de la ausencia de reglas para la solución de controversias, Bae precisa que “ante la ausencia de reglas para la solución de controversias, el Consejo encomendó a un Grupo de Trabajo en 1952 que elaborara el Proyecto del Reglamento para la solución de controversias, el cual fue enviado al Comité Legal de la OACI y finalmente adoptado por el consejo en 1957”.³⁵⁵

2. Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte vs España (1969)

Milde explica que:

En abril de 1967, después de que Reino Unido hubiera impuesto restricciones similares en la zona alrededor de Gibraltar, España estableció una prohibición de volar sobre y alrededor de la Bahía de Algeciras por motivos de seguridad nacional invocando el artículo 9 del Convenio de Chicago.

Reino Unido presentó el caso ante el Consejo al amparo del artículo 84 del Convenio de Chicago señalando que las acciones de España violaban el artículo 9 del Convenio de Chicago al estorbar innecesariamente a la navegación aérea.

³⁵⁴ Dempsey, Paul Stephen, “Flights of fancy and fights of fury: arbitration and adjudication of commercial and political disputes in international aviation”, *Georgia Journal of International and Comparative Law*, 2004, Volumen 32, Número 2, p. 271.

³⁵⁵ Bae, Joe, *op.cit.*, p. 73

España mantuvo una postura eminentemente política, por lo que tanto el Reino Unido como el Presidente del Consejo concluyeron que el Consejo de la OACI no era la vía de la resolución del conflicto y el 28 de noviembre de 1969 la controversia fue pospuesta *sine die* (la locución latina *sine die* es definida como “sin señalar un día para una reunión o audiencia futura³⁵⁶), de modo que la controversia fue pospuesta indefinidamente.

Técnicamente, este caso sigue pendiente ante el Consejo y, en consecuencia, podría restablecerse en cualquier momento.

Habría sido más conveniente para las partes y para el Consejo acordar la terminación del proceso o bien adoptar una decisión del fondo del asunto, de naturaleza aeronáutica, sin tomar en cuenta los elementos políticos subyacentes. De nuevo, las consideraciones políticas prevalecieron. Este procedimiento podría parecer incorrecto en teoría, pero el enfoque prudente del Consejo en este caso contribuyó a lograr o conservar un *modus vivendi* internacional aceptable sin una confrontación directa que toda decisión basada exclusivamente en consideraciones legales habría implicado.³⁵⁷

3. Pakistán vs India (1971)

Bae explica que:

El 4 de febrero de 1971, tras un incidente de secuestro que incluyó la desviación de una aeronave india a Pakistán, la India suspendió los sobrevuelos de su territorio por las aeronaves civiles pakistaníes. El 3 de marzo de 1971, Pakistán, alegando que la India incumplía los dos tratados, presentó al Consejo de la OACI:

a) Una solicitud con arreglo al artículo 84 de la Convención de Chicago y a la sección 2 del artículo II del Acuerdo sobre Tránsito

³⁵⁶ Statsky, William, *West's Legal Thesaurus/Dictionary*, Edición especial de lujo, Estados Unidos, West Publishing Company, 1986, p. 697.

³⁵⁷ Milde, Michael, *International Air Law and ICAO*, Utrecht, Eleven International Publishing, 2008, Serie Essential air and space law, Volumen 4, p.189 y 190.

b) Una denuncia en virtud de la sección 1 del artículo II del Acuerdo sobre Tránsito.

La India se opuso a la competencia del Consejo de la OACI pues afirmaba que tanto la Convención de Chicago como el Acuerdo de Tránsito habían sido suspendidos entre la India y Pakistán desde 1965. En julio de 1971 el Consejo afirmó su jurisdicción sobre el desacuerdo.³⁵⁸

En el fallo de la Corte Internacional de Justicia en el *caso de la Apelación relativa a la jurisdicción del Consejo de la OACI* del 18 de agosto de 1972, pues India apeló la decisión del Consejo, se relata que:

Con arreglo a la Convención sobre Aviación Civil Internacional y al Acuerdo Internacional sobre Tránsito de Servicios Aéreos, firmados ambos en Chicago en 1944, las aeronaves civiles del Pakistán tenían derecho a sobrevolar el territorio indio. En agosto de 1965 estallaron entre los dos países hostilidades que interrumpieron el sobrevuelo, pero en febrero de 1966 esos países concertaron un acuerdo en virtud del cual se reanudaría inmediatamente el sobrevuelo en las mismas condiciones que antes del 1° de agosto de 1965. El Pakistán interpretó que ese compromiso significaba que el sobrevuelo se reanudaría con arreglo a la Convención de Chicago y al Acuerdo sobre Tránsito, pero la India mantenía que esos dos tratados se habían suspendido durante las hostilidades y nunca se habían restablecido como tales, y que el sobrevuelo se reanudó sobre la base de un régimen especial según el cual sólo podía efectuarse después de que la India hubiera concedido un permiso. Pakistán negaba que nunca hubiera estado en vigor un régimen de ese tipo y mantenía que los tratados nunca habían dejado de ser aplicables desde 1966.³⁵⁹

Como ha sido mencionado, India apeló la decisión del Consejo de la OACI ante la Corte Internacional de Justicia quien rechazó la apelación presentada por la India y decidió que el Consejo de la OACI si era competente para conocer de la

³⁵⁸ Bae, Joe, *op.cit.*, p. 74

³⁵⁹ Corte Internacional de Justicia, *Fallo del caso de la Apelación...*, *cit.*, 10, p. 51.

petición presentada por Pakistán de acuerdo con el artículo 84 de la Convención de Chicago, pues tanto la reclamación de Pakistán como la oposición de la India revelaba la existencia de un desacuerdo respecto a la interpretación o la aplicación de los tratados (Convención de Chicago y Acuerdo sobre Tránsito.)³⁶⁰

A pesar del fallo de la Corte Internacional de Justicia, en 1976, cinco años después de la presentación de la solicitud de Pakistán, tanto India como Pakistán emitieron una declaración conjunta oficial de suspensión de los procedimientos ante el Consejo de la OACI.³⁶¹

4. Cuba vs Estados Unidos de América (1996)

Bae explica que:

En 1996 Cuba presentó una solicitud al Consejo referente al derecho de las aeronaves cubanas de sobrevolar el territorio de los Estados Unidos de América durante sus vuelos hacia y desde Canadá. En este caso, el Consejo también invitó a las partes a entablar negociaciones directas estableciendo un límite de tiempo en otoño de 1997 y designando al Presidente del Consejo como el conciliador. Finalmente Cuba y los Estados Unidos llegaron a un acuerdo en marzo de 1998.³⁶²

5. Estados Unidos de América vs la Unión Europea, también denominado el caso *Hushkit* (2000)

Bae explica que:

El caso Hushkit fue el primer desacuerdo de naturaleza económica y medioambiental presentado ante el Consejo de la OACI. Los Estados Unidos de América alegaron que las nuevas restricciones para disminuir la contaminación acústica de la Unión Europea estaban basadas más en el diseño que en el rendimiento de las aeronaves perjudicando gravemente a las aerolíneas americanas.

³⁶⁰ *Ibidem*, p. 70.

³⁶¹ Bae, Joe, *op.cit.*, p. 74

³⁶² *Ibidem*, p. 75.

En este caso, el Consejo siguió el mismo curso que en el caso Cuba vs Estados Unidos de América invitando a las partes a que entablarán negociaciones y designando al Presidente del Consejo como conciliador.³⁶³

Dempsey señala que “finalmente, en octubre de 2001 las partes concluyeron un acuerdo que implicó la derogación de las restricciones de disminución de la contaminación acústica de la Unión Europea”.³⁶⁴

2.3.6. Análisis de la actuación del Consejo de la OACI ante la presentación de un desacuerdo de conformidad con el artículo 84 del Convenio de Chicago

El Consejo de la OACI adolece de dos deficiencias: la falta de independencia y, en consecuencia, la falta de imparcialidad. Empero, Bae sostiene la imparcialidad del Consejo al señalar:

En la práctica el Consejo ha actuado de forma imparcial, debido en gran parte a que la mayor parte de los desacuerdos presentados al Consejo ostentaban una naturaleza bilateral y a que los miembros del Consejo no pueden actuar con indiferencia de restricciones legales o políticas sino que toda decisión debe ser respaldada con argumentos sólidos, no sólo en el Consejo sino también en términos de justificación pública.³⁶⁵

Sin embargo, esa imparcialidad sería difícil de mantener si la controversia afectara a una gran cantidad de miembros del Consejo, como sería el caso que nos ocupa. No obstante, hay que tener presente que en última instancia, cualquier decisión manifiestamente errónea por parte del Consejo daría pie a una apelación ante la Corte Internacional de Justicia o ante un tribunal arbitral *ad hoc*, revocando la decisión del Consejo y, en consecuencia, privándolo de legitimación.

³⁶³ *Idem.*

³⁶⁴ Dempsey, Paul Stephen, *op.cit.*, p. 285.

³⁶⁵ Bae, Joe, *op.cit.*, p. 71.

Bae señala que “de un análisis de los casos mencionados, se puede observar que el Consejo ha sido en general renuente tanto a emitir una decisión respecto a si se violó o no la Convención de Chicago como a identificar el Estado responsable.³⁶⁶ Afirma que “el bajo número de casos presentados ante el Consejo no es evidencia de la ineficiencia del mismo a la hora de decidir una controversia, sino que los Estados parte simplemente prefirieron la solución de la misma vía negociaciones.³⁶⁷ Continúa señalando que:

Es interesante señalar que todas las partes envueltas en desacuerdos por la interpretación o aplicación del Convenio bajo artículo 84 aceptaron la invitación del Consejo de continuar las negociaciones. Cualquiera de estas partes podría haber declinado la invitación y haber buscado una decisión legalmente vinculante. Sin embargo, parece que las partes consideraron conveniente continuar con las negociaciones bajo los auspicios del Consejo y con un límite de tiempo establecido.³⁶⁸

Al respecto, Bae cita al Profesor Buergenthal quien sostiene que “el arbitraje no podría haber logrado un acuerdo comparable al alcanzado bajo los auspicios del Consejo en el caso Pakistán vs India en términos de duración y efectividad”.³⁶⁹

2.3.7. El mecanismo de solución de controversias que prescribe el artículo 84 del Convenio de Chicago es una vía adecuada para los Estados lesionados

Del análisis de los casos mencionados y de los comentarios de Bae, concluyo que el mecanismo de solución de controversias que prescribe el artículo 84 del Convenio de Chicago sería una vía adecuada para los Estados lesionados para resolver la controversia respecto de si se debió o no cerrar el espacio aéreo en el este de Ucrania ante el conocimiento por parte de las autoridades ucranianas de la

³⁶⁶ *Ibidem*, p. 72.

³⁶⁷ *Ibidem*, p. 70.

³⁶⁸ *Ibidem*, p. 78.

³⁶⁹ *Ibidem*, p. 77.

presencia de un arma que pudiera alcanzar la altura de crucero de una aeronave por los siguientes motivos:

- La negociación otorga a las partes la oportunidad de disminuir las tensiones y de aprender más acerca de los intereses, posiciones, personalidades y problemas de la otra parte.
- Otorga un carácter internacional a la controversia moviéndose de la mesa de una negociación bilateral a la sala del Consejo de la OACI.
- Posibilidad de llegar a un acuerdo efectivo y en poco tiempo.
- Su incumplimiento daría pie a las sanciones descritas en el artículo 88 (suspensión del derecho de voto en la Asamblea y en el Consejo).

Aunque podría no ser así, la actuación previa del Consejo indica que el mismo, en caso de aceptar la solicitud, actuará en forma similar en casos futuros, es decir, en caso de no querer emitir un fallo invitará a las partes a continuar las negociaciones señalando al Presidente del Consejo como conciliador. Por lo tanto, en el caso de la presentación de la controversia al Consejo es necesario tomar en cuenta su actuación previa.

Por último, quisiera mencionar que los Estados contratantes también podrán presentar una solicitud ante el Consejo bajo el artículo 54 n) que dispone: “El Consejo debe: [...] n) examinar todo asunto relativo al Convenio que le someta a su consideración un Estado contratante.” No obstante, en este caso el Consejo no está obligado a tomar ninguna acción en concreto.

2.3.8. Condiciones de existencia del hecho internacionalmente ilícito, contenido de la responsabilidad internacional de Ucrania y el modo de hacerla efectiva:

El resultado de la negociación o, en caso de desacuerdo en la negociación, la decisión del Consejo, y, en caso de apelación, la decisión de la Corte Internacional de Justicia son fundamentales para determinar si ha existido o no una violación al Convenio de Chicago, a sus Anexos, o a ambos. Sin embargo, debido a que el Convenio de Chicago sólo se refiere al desacuerdo respecto de la interpretación o la

aplicación del mismo y de sus Anexos que no pueda ser solucionado mediante negociaciones, es necesario acudir al proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos respecto de las condiciones de existencia de un hecho internacionalmente ilícito, el contenido de la responsabilidad internacional de un Estado y el modo de hacerla efectiva.

De nuevo reitero que hay hecho internacionalmente ilícito del Estado cuando un comportamiento consistente en una acción u omisión:

- a) Es atribuible al Estado según el derecho internacional; y
- b) Constituye una violación de una obligación internacional del Estado.

Respecto del apartado b) será imprescindible el resultado de la negociación, en su caso, la decisión del Consejo y en su caso, el fallo de la Corte Internacional de Justicia o del tribunal arbitral *ad hoc*.

Respecto de la atribución habrá que acudir a las reglas contenidas en el proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos. Me remito al análisis de la atribución a Ucrania de la omisión de cerrar el espacio aéreo expuesto con anterioridad.

En relación con el contenido de la responsabilidad internacional, Ucrania, como Estado responsable, está obligado a reparar íntegramente el perjuicio causado por el hecho internacionalmente ilícito. El perjuicio comprende todo daño, tanto material como moral, causado por el hecho internacionalmente ilícito del Estado.³⁷⁰

³⁷⁰ Artículo 31 del Proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos.

La reparación íntegra del perjuicio causado por el hecho internacionalmente ilícito debe adoptar la forma de restitución, de indemnización y de satisfacción, ya sea de manera única o combinada.³⁷¹

La restitución persigue restablecer la situación que existía antes de la comisión del hecho ilícito³⁷². En este caso, no es materialmente imposible. Por lo tanto, en la medida en que dicho daño no sea reparado por la restitución, el Estado responsable está obligado a indemnizar el daño causado por ese hecho. La indemnización cubrirá todo daño susceptible de evaluación financiera, incluido el lucro cesante en la medida en que éste sea comprobado.³⁷³

Respecto de la satisfacción, el Estado responsable está obligado a dar satisfacción por el perjuicio causado por ese hecho en la medida en que ese perjuicio no pueda ser reparado mediante restitución o indemnización, que en ningún caso podrá ser desproporcionada con relación al perjuicio y no podrá adoptar una forma humillante para el Estado responsable.³⁷⁴

En el caso que nos ocupa los Estados lesionados son:

- Malasia por ser el Estado del operador, el Estado de Registro y por ser víctimas sus nacionales;
- Bélgica por ser víctimas sus nacionales.
- Canadá por ser víctimas sus nacionales.
- Alemania por ser víctimas sus nacionales.
- Indonesia por ser víctimas sus nacionales.
- Israel por ser víctimas sus nacionales.
- Italia por ser víctimas sus nacionales.

³⁷¹ Artículo 34 del Proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos.

³⁷² Artículo 35 del Proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos.

³⁷³ Artículo 36 del Proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos.

³⁷⁴ Artículo 37 del Proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos.

- Nueva Zelanda por ser víctimas sus nacionales.
- Filipinas por ser víctimas sus nacionales.
- Vietnam por ser víctimas sus nacionales.

En el accidente del vuelo MH17, la omisión de cerrar el espacio aéreo no sólo facilitó que el derribo de la aeronave con 298 personas a bordo, sino que puso en peligro a las demás aeronaves civiles que volaban en el espacio aéreo del este de Ucrania. Por ello, considero que el daño no puede ser reparado exclusivamente con la indemnización, sino que sería necesario el reconocimiento de la violación y una disculpa formal a las familias de las víctimas.

Respecto del modo de hacer efectiva la responsabilidad internacional de Ucrania, es necesario tener presente tanto lo señalado en el artículo 84 del Convenio de Chicago como en el artículo 42 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos. Como ha sido mencionado, el artículo 84 establece como principal mecanismo de solución de controversias la negociación, y a falta de un acuerdo, la decisión del Consejo, que es apelable ante la Corte Internacional de Justicia o ante un tribunal arbitral *ad hoc*. Será por este medio por el que se persiga resolver la controversia respecto de si se debió o no haber cerrado el espacio aéreo en el este de Ucrania y, en el caso de que se concluya que Ucrania si debió haber cerrado el espacio aéreo, será también por este medio por el que se persiga hacer efectiva la responsabilidad.

El artículo 42 del proyecto señala que:

El Estado lesionado tiene derecho a invocar la responsabilidad de otro Estado si la obligación violada existe:

a) Con relación a ese Estado individualmente; o

b) Con relación a un grupo de Estados del que ese Estado forme parte, o con relación a la comunidad internacional en su conjunto, si la violación de la obligación:

i) Afecta especialmente a ese Estado; o

ii) Es de tal índole que modifica radicalmente la situación de todos los demás Estados con los que existe esa obligación con respecto al ulterior cumplimiento de ésta.

Cuando varios Estados sean lesionados por el mismo hecho internacionalmente ilícito, cada Estado lesionado podrá invocar separadamente la responsabilidad del Estado que haya cometido el hecho internacionalmente ilícito.³⁷⁵

Además, un Estado distinto al lesionado podrá invocar la responsabilidad internacional siempre que³⁷⁶:

a) La obligación violada existe con relación a un grupo de Estados del que el Estado invocante forma parte y ha sido establecida para la protección de un interés colectivo del grupo; o

b) La obligación violada existe con relación a la comunidad internacional en su conjunto.

Por otra parte, podrá reclamar del Estado responsable:

a) La cesación del hecho internacionalmente ilícito y las seguridades y garantías de no repetición; y

b) El cumplimiento de la obligación de reparación, en interés del Estado lesionado o de los beneficiarios de la obligación violada.

Por lo tanto, en este caso, además de los Estados lesionados, cualquier otro Estado vinculado por el contenido del Convenio de Chicago, que como ha sido mencionado,

³⁷⁵ Artículo 46 del Proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos.

³⁷⁶ Artículo 38 del Proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos.

tiene una naturaleza tanto convencional como consuetudinaria podrá invocar la responsabilidad internacional de Ucrania. La seguridad de la aviación civil internacional no es sólo de interés para los Estados que vuelan el área de conflicto armado en el este de Ucrania, sino de toda la Comunidad Internacional pues el conflicto armado en el este de Ucrania no es, por desgracia, el único conflicto armado actual que se ha extendido al espacio aéreo y la Comunidad Internacional en su conjunto requiere la certeza del mantenimiento de la seguridad de la aviación civil internacional en cualquier parte del globo sin importar si existe o no un conflicto armado.

Los artículos 43 y 44 del proyecto precisan el procedimiento a seguir en la reclamación por el Estado lesionado:

En primer lugar es necesaria la notificación de la reclamación al Estado responsable. El Estado lesionado podrá especificar, en particular:

a) El comportamiento que debería observar el Estado responsable para poner fin al hecho ilícito, si ese hecho continúa;

b) La forma que debería adoptar la reparación de conformidad con las disposiciones de la segunda parte.

La responsabilidad del Estado no podrá ser invocada:

a) Si la reclamación no se presenta de conformidad con las normas aplicables en materia de nacionalidad de las reclamaciones;

b) Si la reclamación está sujeta a la norma del agotamiento de los recursos internos y no se han agotado todas las vías de recurso internas disponibles y efectivas.

c) Si el Estado lesionado ha renunciado válidamente a la reclamación;

d) Si, en razón del comportamiento del Estado lesionado, debe entenderse que éste ha dado válidamente aquiescencia a la extinción de la reclamación.

En este caso los Estados lesionados no podrán tomar contramedidas, pues el objetivo de las contramedidas es inducir al Estado responsable a cumplir las obligaciones que le incumban, y Ucrania cumplió con su obligación de garantizar la seguridad de su espacio aéreo para salvaguardar la aviación civil internacional al cerrar el espacio aéreo a la aviación civil a las 15:00 del 17 de julio de 2014 comenzando desde la altitud de FL320 hasta altitud ilimitada y ocho horas más tarde, incrementando el área restringida e imponiendo una restricción desde la superficie hasta una altitud ilimitada, que fue válida a las 00:05 del 18 de julio.

Finalmente, no se prejuzga acerca del derecho de cualquier Estado para invocar la responsabilidad de otro Estado, a tomar medidas lícitas contra este Estado para asegurar la cesación de la violación y la reparación en interés del Estado lesionado de los beneficiarios de la obligación violada.³⁷⁷

2.4. Actuar de Ucrania tras el accidente del vuelo MH17: referencia al Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil celebrado en Montreal el 23 de septiembre de 1971

Tras el accidente, Ucrania tomó las medidas razonables y necesarias para prevenir la destrucción de otra aeronave comercial en su espacio aéreo. En específico, cerró el espacio aéreo del este de Ucrania a la aviación civil. Además, acordó la creación del Equipo de Investigación Conjunta³⁷⁸ (*Joint Investigation Team* por su denominación en inglés) para conducir la investigación criminal del accidente

³⁷⁷ Artículo 54 del Proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos.

³⁷⁸ El Equipo de Investigación Conjunta está integrado por oficiales de policía y fiscales de Australia, Bélgica, Malasia, Países Bajos y Ucrania y coordinada por el fiscal de Países Bajos. Consejo de Seguridad de Holanda, *op.cit.*, p.18. La investigación del Equipo de Investigación Conjunta aún no ha concluido. Openbaar Ministerie, *MH17 Crash*, <https://www.om.nl/onderwerpen/mh17-crash/>. Consultado el 31 de marzo de 2016.

con el fin de conocer quiénes fueron los responsables del accidente y, en su caso, castigarlos.

De este modo, Ucrania cumplió con el objetivo y principio más elemental que es el principio de seguridad aeronáutica.

En este apartado quisiera señalar de forma muy breve el contenido del Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil celebrado en Montreal el 23 de septiembre de 1971³⁷⁹.

El preámbulo de dicho Convenio dispone que:

Los Estados partes considerando que los actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil ponen en peligro la seguridad de las personas y los bienes, afectan gravemente a la explotación de los servicios aéreos y socavan la confianza de los pueblos del mundo en la seguridad de la aviación civil; considerando que la realización de tales actos les preocupa gravemente; y considerando que a fin de prevenir tales actos, es urgente prever las medidas adecuadas para sancionar a sus autores.

De nuevo, este Convenio reitera la importancia de la seguridad aeronáutica propiamente dicha (*security*) de la aviación civil internacional.

El artículo 4.2 establece que “el presente Convenio solamente se aplicará ya se trate de una aeronave en vuelo internacional ya en vuelo interno, si:

a) el lugar, real o previsto, de despegue o de aterrizaje de la aeronave está situado fuera del Estado de matrícula; o

³⁷⁹ Entró en vigor el 26 de enero de 1973 y actualmente los Estados partes son 188. http://www.icao.int/secretariat/legal/List%20of%20Parties/Mtl71_ES.pdf

b) el delito se comete en el territorio de un Estado distinto del de matrícula de la aeronave.

En este caso el Convenio mencionado es aplicable, pues, tratándose de una aeronave en vuelo internacional, tanto el lugar de despegue, en Holanda, estaba situado fuera del Estado de matrícula, que era Malasia³⁸⁰, como porque el delito se cometió en un Estado distinto del de la matrícula de la aeronave, pues tuvo lugar en Ucrania³⁸¹.

El artículo 1.1. del Convenio establece que “comete un delito toda persona que ilícita e intencionalmente: [...] b) destruya una aeronave en servicio o le cause daños que la incapaciten para el vuelo o que, por su naturaleza, constituyan un peligro para la seguridad de la aeronave en vuelo;

Por su parte, el artículo 2 precisa que se debe entender por aeronave en vuelo y aeronave en servicio:

Artículo 2: A los fines del presente Convenio:

a) se considerará que una aeronave se encuentra en vuelo desde el momento en que se cierran todas las puertas externas después del embarque hasta el momento en que se abra cualquiera de dichas puertas para el desembarque; en caso de aterrizaje forzoso se considerará que el vuelo continúa hasta que las autoridades competentes se hagan cargo de la aeronave y de las personas y bienes a bordo;

b) se considerará que una aeronave se encuentra en servicio desde que el personal de tierra o la tripulación comienza las operaciones previas a un determinado vuelo hasta veinticuatro horas después de cualquier aterrizaje; el período en servicio

³⁸⁰ Estado parte desde el depósito del instrumento de ratificación, adhesión (a) o sucesión el 4 de mayo de 1985. http://www.icao.int/secretariat/legal/List%20of%20Parties/Mtl71_ES.pdf

³⁸¹ Estado parte del convenio desde depósito del instrumento de ratificación, adhesión (a) o sucesión el 26 de enero de 1973. http://www.icao.int/secretariat/legal/List%20of%20Parties/Mtl71_ES.pdf.

se prolongará en cualquier caso por todo el tiempo que la aeronave se encuentre en vuelo conforme al párrafo a) del presente artículo.

En el caso que nos ocupa la aeronave del vuelo MH17, que estaba en servicio y en vuelo, fue derribada por una cabeza explosiva 9N314M portada por una serie de misiles 9M38 y lanzada por un sistema de misiles de tierra- aire tipo Buk.³⁸² Sin embargo, no es posible concluir en este momento si se cometió el delito tipificado en el artículo 1.1., pues la investigación criminal del vuelo MH17 por parte del Equipo de Investigación Conjunta aún no ha concluido, de modo que desconozco si la destrucción de la aeronave fue intencionalmente.

El Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil, con el fin de castigar los delitos, establece en el artículo 3 el compromiso de los Estados contratantes de establecer penas severas para los delitos mencionados en el Artículo 1. Además, el artículo 5, precisando que el Convenio no excluye ninguna jurisdicción penal ejercida de acuerdo con las leyes nacionales, señala que cada Estado contratante tomará las medidas necesarias para establecer su jurisdicción sobre los delitos en los casos siguientes:

- a) Si el delito se comete en el territorio de tal Estado;
- b) Si el delito se comete contra o a bordo de una aeronave matriculada en tal Estado;
- c) si la aeronave, a bordo de la cual se cometa el delito, aterriza en su territorio con el presunto delincuente todavía a bordo:
- d) si el delito se comete contra o a bordo de una aeronave dada en arrendamiento sin tripulación a una persona que en tal Estado tenga su oficina principal o, de no tener tal oficina, su residencia permanente.

³⁸² Consejo de Seguridad de Holanda, *op.cit.*, p. 137.

Además, el Estado contratante en cuyo territorio se halle el presunto delincuente, si no procede al extradición del mismo (los delitos se considerarán incluidos entre los que dan lugar a extradición en todo tratado de extradición celebrado al respecto entre Estados contratantes con fundamento el artículo 8.1) debe someter el caso a sus autoridades competentes a efectos de enjuiciamiento, sin excepción alguna y con independencia de que el delito haya sido cometido en su territorio de conformidad con el artículo 7.

Concluyo que Ucrania ha actuado con diligencia debida tras el accidente del vuelo MH17 y que su actuación posterior dependerá en gran medida del resultado de la investigación del Equipo de Investigación Conjunta.

Capítulo III: Conclusiones

Del análisis expuesto, mis conclusiones son las siguientes:

1. Responsabilidad internacional de Ucrania en el accidente del vuelo MH17:

Ucrania es responsable bajo el derecho internacional por el derribo del vuelo MH17, pues falló en tomar las medidas razonables y necesarias para garantizar la seguridad aeronáutica propiamente dicha (security) en su espacio aéreo violando así el Convenio de Chicago y sus Anexos. En concreto, falló en cerrar el espacio aéreo en el este de Ucrania, a pesar de que autoridades ucranianas tenían conocimiento de la existencia de un arma que pudiera alcanzar la altitud de crucero de una aeronave civil.

Esta omisión es atribuible al Estado ucraniano bajo el derecho internacional, pues los actos u omisiones de las Fuerzas Aéreas ucranianas y de la Administración Estatal de la Aviación de Ucrania respecto de las restricciones FL260 y FL320 son órganos del Estado de Ucrania bajo el derecho internacional, al tratarse de la conducta de órganos bajo la dirección y control de los órganos de gobierno, en específico, del Ministerio de Defensa y del Ministerio de Infraestructura, respectivamente.

El Convenio de Chicago, como norma internacional violada, dispone en el artículo 84 un mecanismo de solución de controversias. Por lo tanto, en este caso los Estados lesionados deberían acudir al citado mecanismo.

Respecto del contenido de la responsabilidad, la omisión de cerrar el espacio aéreo no sólo facilitó que la aeronave del vuelo MH17 fuera derribada, sino que puso en peligro a las demás aeronaves civiles que volaban en el espacio aéreo del este de Ucrania. Por ello, considero que el daño no puede ser reparado exclusivamente con la indemnización, sino que sería necesario el reconocimiento de la violación y una disculpa formal a las familias de las víctimas (satisfacción).

2. *El mecanismo de solución de controversias que prescribe el artículo 84 del Convenio de Chicago es una vía adecuada para la solución de la controversia objeto de estudio.*

El artículo 84 del Convenio de Chicago dispone el siguiente mecanismo de solución de controversias respecto de la aplicación o interpretación del mismo:

En primer lugar, la negociación. En caso de que la controversia no pueda ser solucionada por medio de negociaciones, el Consejo de la OACI decidirá al respecto, decisión que es apelable ante la Corte Internacional de Justicia o en el caso de que el Estado contratante no sea parte del Estatuto de la misma, ante un tribunal de arbitraje *ad hoc* aceptado por las partes en la controversia.

El mecanismo de solución de controversias que prescribe el artículo 84 del Convenio de Chicago sería una vía adecuada para los Estados lesionados para resolver la controversia respecto de si se debió o no cerrar el espacio aéreo en el este de Ucrania ante el conocimiento por parte de las autoridades ucranianas de la presencia de un arma que pudiera alcanzar la altura de crucero de una aeronave, porque otorga un carácter internacional a la controversia moviéndose de la mesa de una negociación bilateral a la sala del Consejo de la OACI. Además, su incumplimiento implicaría las sanciones descritas en el artículo 88 (suspensión del derecho de voto en la Asamblea y en el Consejo).

Aunque podría no ser así, la actuación previa del Consejo indica que el mismo, en caso de aceptar la solicitud, actuará en forma similar en casos futuros, es decir, en caso de no querer emitir un fallo invitará a las partes a continuar las negociaciones señalando al Presidente del Consejo como conciliador.

Si bien el Consejo está integrado por Estados contratantes del Convenio de Chicago y no por jueces cualificados, toda decisión debe ser respaldada con argumentos sólidos, no sólo en el Consejo sino también en términos de justificación pública, pues, en última instancia, cualquier decisión manifiestamente errónea por parte del Consejo daría pie a una apelación ante la Corte Internacional

de Justicia o ante un tribunal arbitral *ad hoc* revocando la decisión del Consejo y, en consecuencia, privándolo de legitimación.

3. Existe la necesidad de que los Estados y líneas aéreas estén informados oportunamente de los riesgos para la aviación civil en zonas de conflicto.

Ucrania emitió varios NOTAM respecto de restricciones al espacio aéreo del este de Ucrania sin señalar la causa como lo recomienda el Manual sobre las medidas de seguridad relativas a las actividades militares potencialmente peligrosas para las operaciones de aeronaves civiles y, en consecuencia, los usuarios del espacio aéreo no estuvieran informados del conflicto. No obstante, el Manual mencionado no es vinculante, por lo que recomendaría que la disposición 10.3 del Manual³⁸³ sea incorporada en el Anexo 15 del Convenio de Chicago-Servicios de información aeronáutica, teniendo así efectos vinculantes.

La Declaración de Montreal sobre la Planificación del Mejoramiento de la Seguridad Operacional, con motivo de la Segunda Conferencia de alto nivel sobre seguridad operacional, reconoce que “el reciente caso de derribamiento de una aeronave civil ha demostrado la urgente necesidad de proporcionar información precisa y oportuna a los Estados y líneas aéreas respecto a los riesgos para la aviación civil debido a zonas de conflicto y perfeccionar los mecanismos existentes para intercambiar dicha información”. En dicha Declaración, los Directores Generales de Aviación Civil y los jefes de otras autoridades competentes se comprometieron a iniciar sin demora el intercambio de información sobre riesgos para la aviación civil derivados de operaciones sobre zonas de conflicto o en sus cercanías.³⁸⁴

Al respecto, Nase y Kielsingard señalan que:

³⁸³ El Estado responsable de proporcionar servicios de tránsito aéreo debe identificar la zona geográfica del conflicto, evaluar los riesgos reales o potenciales para las operaciones internacionales de aeronaves civiles, y determinar si dichas operaciones en o a través de la zona de conflicto deberían evitarse o podrían continuar ajustándose a determinadas condiciones. Luego debería expedirse un NOTAM internacional con la información, recomendaciones y medidas de seguridad necesarias, que debería actualizarse posteriormente de acuerdo con la evolución de la situación.

³⁸⁴ Declaración de Montreal sobre la Planificación del Mejoramiento de la Seguridad Operacional, con motivo de la Segunda Conferencia de alto nivel sobre seguridad operacional, Montreal, del 2 al 5 de febrero de 2015, http://www.icao.int/Meetings/HLSC2015/Documents/Reports/10046_es.pdf. Consultado el 31 de marzo de 2016.

La Declaración de Montreal sobre la Planificación del Mejoramiento de la Seguridad Operacional hace hincapié en la necesidad de perfeccionar los mecanismos existentes para intercambiar dicha información. Si esto significa la modificación de las normas contenidas en los anexos 11 y 17 del Convenio de Chicago, así como del Manual sobre las medidas de seguridad relativas a las actividades militares potencialmente peligrosas para las operaciones de aeronaves civiles y del Manual de seguridad de la aviación, con el fin de realizar las notificaciones a prueba de fallos, tales medidas serían positivas. Sin embargo, se requiere un enfoque proactivo para proporcionar la seguridad requerida a las compañías aéreas y los pasajeros. Dejando margen para el debate, existe la necesidad de un órgano único conferido con el papel de notificar la necesidad de ajustar las rutas aéreas para evitar zonas en las que existe una insurgencia o un conflicto armado, así como para declarar zonas del espacio aéreo como prohibidas en mayor altura de lo que previamente se consideraba necesario. En opinión de estos autores, es necesario abordar este problema de manera decisiva en lugar de tratar de perfeccionar un sistema que ha fallado”³⁸⁵.

Por ello, considero un paso importante la creación del repositorio de información sobre riesgos en zonas de conflicto de la OACI. El Presidente del Consejo de la OACI, Olumuyiwa Benard Aliu, señaló que:

El propósito de este repositorio centralizado es ampliar el marco mundial actual según el cual cada Estado es responsable de evaluar los riesgos para la aviación civil en su espacio aéreo y de poner la información prontamente a disposición de otros Estados y de las líneas aéreas. Aunque esto no modifica las responsabilidades fundamentales de los Estados a este respecto, sí responde en gran medida al firme consenso internacional observado en torno a

³⁸⁵ Nase, Vernon y Kielsgard, Mark, “A call for legal accountability in the wake of the MH17 tragedy”, *Journal of Air Law & Commerce*, Southern Methodist University Dedman School of Law, Otoño de 2015, vol.80, p.18.

la propuesta de que la seguridad de nuestra red mundial se beneficiaría de un mayor intercambio de información sobre los riesgos de las zonas de conflicto.³⁸⁶

El repositorio permite que cualquier persona pueda tener acceso a la información sobre riesgos en zonas de conflicto. Esto implica un mayor conocimiento de los riesgos pues los NOTAM sólo son visibles para el vuelo que pasa por el Estado que lo emite. De modo que un NOTAM emitido por Reino Unido sobre Ucrania sólo será visible para los operadores que despegan, aterrizan o vuela en el espacio aéreo de Reino Unido.³⁸⁷ Sin embargo, considero que es necesario un paso más en la validación de la información pues la OACI no es responsable y no garantiza que la información sea precisa, válida, confiable, completa, actualizada, que esté disponible en cualquier momento o lugar, que esté libre de virus o de otros componentes dañinos ni que los errores o defectos sean corregidos.

Además, considero que es necesario que el método recomendado 6.1.2 del Anexo 15 del Convenio de Chicago sea incorporado como norma, y en consecuencia, como vinculante. De este modo, cuando se trate de zonas peligrosas, restringidas o prohibidas con carácter temporal, así como los riesgos para la navegación, ejercicios militares y movimientos en masa de aeronaves, deberá emplearse el sistema reglamentado (AIRAC - Reglamentación y control de la información aeronáutica) para difundir la información correspondiente, y, en consecuencia, los destinatarios puedan conocer esta información por lo menos 28 días antes de la fecha en que entren en vigor.

Hay que tener presente que sólo con información precisa y en tiempo, los Estados podrán llevar a cabo una evaluación completa de los riesgos de la aviación civil en zonas de conflicto y, en consecuencia, los mismos serán reducidos.

³⁸⁶ OACI, *Comunicado de prensa: La OACI inicia operaciones....., cit.*

³⁸⁷ Consejo de Seguridad de Holanda, *op.cit.*, p.222 .

4. *Existe la necesidad de que la evaluación de los riesgos para la aviación civil en zonas de conflicto tenga un enfoque cualitativo y no meramente cuantitativo.*

Siguiendo al Consejo de Seguridad de Holanda, igualmente considero que es necesario un enfoque cualitativo en la evaluación de los riesgos para la aviación civil en zonas de conflicto. En consecuencia, no importa si el suceso tuvo lugar o no en el pasado, sino que lo que importa es si el mismo puede suceder en el presente o futuro. Para ello también se deberán de tomar en cuenta los riesgos aún cuando la intención y la capacidad sean inciertas, teniendo siempre presente las consecuencias de las acciones no intencionales.³⁸⁸ Este acercamiento está justificado porque las consecuencias son extremadamente severas.

Para facilitar una evaluación más efectiva de los riesgos en las zonas de conflicto la OACI, en 2015, identificó una serie de factores que podrían aumentar el riesgo de derribo de la aviación civil y, por lo tanto, deben ser tomados en cuenta en mayor medida. Al respecto, la OACI se ha limitado a situaciones en las que es posible la presencia de misiles tierra-aire de medio o de largo alcance porque estos implican los mayores riesgos para la aviación a la altitud de crucero.³⁸⁹

Los factores son:

1. La aviación civil es un objetivo de alguna de las partes envueltas en el conflicto armado.
2. Los que operan los misiles antiaéreos no tienen la preparación ni la experiencia suficiente.
3. Vuelos que incluyen aeronaves militares en combate.
4. Vuelos de transporte militar
5. Rutas aéreas que pasan por o cerca de posiciones de importancia estratégica que pueden ser atacadas desde el aire.

³⁸⁸ *Ibidem*, p. 251.

³⁸⁹ *Ibidem*, p. 248.

6. La ausencia de un manejo del tránsito aéreo efectivo en el área, por ejemplo, porque el Estado en el que el conflicto armado tiene lugar no tiene un control completo sobre su territorio.³⁹⁰

Estos factores favorecerán una evaluación integral no sólo desde el punto de vista cuantitativo sino también cualitativo. De este modo, se evitará (esperemos que así sea) la repetición de un accidente similar al del vuelo MH17.

³⁹⁰ *Ibidem*, p. 248.

Bibliografía

Doctrina

ABEYRATNE, Ruwantissa, “Flight MH17 and state responsibility for ensuring safety and security of air transport”, *Journal of Transportation Security*, noviembre de 2014.

ABEYRATNE, Ruwantissa, *Air Navigation Law*, Springer, 2012.

BAE, Joe, “Review of the Dispute Settlement Mechanism under the International Civil Aviation Organization: Contradiction of Political Body Adjudication”, *Journal of International Dispute Settlement*, 2013, Volumen 4, Número 1, 2013.

BORJA SORIANO, Manuel, *Teoría General de las Obligaciones*, 21a. ed., segunda reimpresión, Ciudad de México, Editorial Porrúa, 2014.

BROWNLIE, Ian, *Principles of Public International Law*, 7a. ed., Nueva York, Oxford University Press, 2008 p. 455

CASSESE, Antonio, *International Law*, 2a.ed., Nueva York, Oxford University Press, 2005, p. 250.

DEMPSEY, Paul Stephen, “Flights of fancy and fights of fury: arbitration and adjudication of commercial and political disputes in international aviation”, *Georgia Journal of International and Comparative Law*, 2004, Volumen 32, Número 2.

DIEDERIKS-VERSCHOOR, *An introduction to Air Law*, 8a. ed. Holanda, Kluwer Law International, 2006.

DIEZ DE VELASCO, Manuel, *Instituciones de Derecho Internacional Público* en Escobar Hernández, Concepción (coord.), 18ª. ed., Madrid, Tecnos, 2013.

DIEZ DE VELASCO, Manuel, “Las organizaciones internacionales”, coordinada por Sobrino Heredia, José Manuel, 16a. ed., Madrid, 2010.

FOLCHI, Mario O. *Tratado de derecho aeronáutico y política de la aeronáutica civil*, Buenos Aires, Astrea, 2015, vol. 1.

FOLCHI, Mario O. *Tratado de derecho aeronáutico y política de la aeronáutica civil*, Buenos Aires, Astrea, 2015, vol. 2.

MILDE, Michael, *International Air Law and ICAO*, Utrecht, Netherlands: Eleven International Publishing, Serie Essential air and space law, Volumen 4, 2008, Holanda.

NASE, VERNON Y KIELSGARD, MARK, "A call for legal accountability in the wake of the MH17 tragedy", *Journal of Air Law & Commerce*, Dallas, Southern Methodist University Dedman School of Law, Otoño de 2015, vol.80.

POTICHNYJ, Peter J. , "The Referendum and Presidential Elections in Ukraine", *Canadian Slavonic Papers / Revue Canadienne des Slavistes*, Alberta, junio de 1991, Vol. 33, No. 2, pp. 123-132, <http://www.jstor.org/stable/40869291>.

ROBLES FARIÁS, Diego, *Teoría general de las obligaciones*, Ciudad de México, Oxford University Press, 2011.

ROGOFF, Martin A., "The obligation to negotiate in international law: rules and realities", *Michigan Journal of International Law*, Michigan, otoño de 1994, vol. 16.

SHAW, Malcom N., *International Law*, 6a.ed., Nueva York, Cambridge University Press, 2008.

Consulta general

Black's Law Dictionary en Garner, Bryan A. (editor en jefe), 9a. ed., West, 2009.

CASTRO VILLALOBOS, José Humberto y AGRAMÓN GURROLA, Claudia Verence, *Derecho internacional público*, Ciudad de México, Oxford University Press, 2002, Diccionarios jurídicos temáticos, Segunda Serie, Vol. 7.

CROCKER, David, *Dictionary of Aviation*, 2a. ed., Londres, A&C Black Publishers, 2007.

Diccionario de Eurocontrol,
http://www.eurocontrol.int/lexicon/lexicon/en/index.php/Flight_Information_Region. Consultado el 31 de marzo de 2016.

PALOMAR DE MIGUEL, Juan, *Diccionario para juristas*, México, Mayo Ediciones, 1981.

RAE, *Diccionario de la lengua española*. <http://dle.rae.es/?w=diccionario>. Consultado el 31 de marzo de 2016.

STATSKY, William, *West's Legal Thesaurus/Dictionary*, Edición especial de lujo, Estados Unidos, West Publishing Company, 1986.

Referencias de Internet

Acuerdo de Ginebra sobre Ucrania, 17 de abril de 2014, http://eeas.europa.eu/statements/docs/2014/140417_01_en.pdf. Consultado el 31 de marzo de 2016.

BIRNBAUM, Michael y KUNKLE, Fredrick, “ Ukraine’s new leaders vow to strike decisive blow against pro-Russian separatists”, *The Washington Post*, 27 de mayo de 2014, https://www.washingtonpost.com/world/ukrainian-separatists-claim-heavy-losses-in-airport-gunbattles/2014/05/27/e1c8971f-5cf2-4518-b1c4-99bfe0050288_story.html. Consultado el 31 de marzo de 2016.

BIRNBAUM, Michael y KUNKLE, Fredrick, “ In Ukrainian presidential election, chocolate tycoon Poroshenko claims victory”, *The Washington Post*, 25 de mayo de 2014, https://www.washingtonpost.com/world/ukrainians-head-to-the-polls-to-elect-a-new-president-except-in-the-restive-east/2014/05/25/2680fad4-e9f7-4118-923e-852b01351b39_story.html. Consultado el 31 de marzo de 2016.

BOOTH, William y ENGLUND, Will, “Gunmen’s seizure of parliament building stokes tensions in Ukraine’s Crimea”, *The Washington Post*, 27 de febrero de 2014, https://www.washingtonpost.com/world/crimean-city-offers-refuge-to-police-who-battled-protesters-in-ukraine-capital/2014/02/26/ad105a78-9ec3-11e3-9ba6-800d1192d08b_story.html. Consultado el 31 de marzo de 2016.

CENTRO DE NOTICIAS ONU, La ONU alarmada por la crisis en Ucrania, 10 de marzo de 2014, http://www.un.org/spanish/News/story.asp?NewsID=28910#.VgBE899_NBc. Consultado el 31 de marzo de 2016.

COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL, *Textos, Instrumentos y reportes finales*, <http://legal.un.org/ilc/texts/texts.shtml>. Consultado el 31 de marzo de 2016.

CONSEJO DE SEGURIDAD DE HOLANDA, *Reporte final del accidente del vuelo MH17*, La Haya, octubre de 2015, <http://www.onderzoeksraad.nl/uploads/phase-docs/1006/debcd724fe7breport-mh17-crash.pdf>. Consultado el 31 de marzo de 2016.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, *Cómo trabaja la Corte*, <http://www.icj-cij.org/court/index.php?p1=1&p2=6.&PHPSESSID=130fb428ace1ad72274618026f7939a5&lang=en>. Consultado el 31 de marzo de 2016.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, *Estados que puede comparecer ante la Corte*, <http://www.icj-cij.org/jurisdiction/index.php?p1=5&p2=1&p3=1&sp3=a>. Consultado el 31 de marzo de 2016.

Declaración de Montreal sobre la Planificación del Mejoramiento de la Seguridad Operacional, con motivo de la Segunda Conferencia de alto nivel sobre seguridad operacional, Montreal, del 2 al 5 de febrero de 2015, http://www.icao.int/Meetings/HLSC2015/Documents/Reports/10046_es.pdf. Consultado el 31 de marzo de 2016.

GEARAN, Anne y BIRNBAUM, Michael, “Kerry warns Russia that additional U.S., E.U. economic sanctions are possible”, *The Washington Post*, 25 de junio de 2014, https://www.washingtonpost.com/world/europe/kerry-warns-russia-that-additional-us-eu-economic-sanctions-are-possible/2014/06/25/773a6acc-fc80-11e3-932c-0a55b81f48ce_story.html. Consultado el 31 de marzo de 2016.

IATA, *New Year’s Day 2014 marks 100 years of commercial aviation*, <http://www.iata.org/pressroom/pr/Pages/2013-12-30-01.aspx>. Consultado el 31 de marzo de 2016.

LALLY, Kathy *et al.*, “Russian parliament approves use of troops in Ukraine”, *The Washington Post*, 1 de marzo de 2014, https://www.washingtonpost.com/world/europe/russian-parliament-approves-use-of-troops-in-crimea/2014/03/01/d1775f70-a151-11e3-a050-dc3322a94fa7_story.html. Consultado el 31 de marzo de 2016.

“La mano derecha de Timoshenko, nuevo presidente interino de Ucrania”, *El País*, 23 de febrero de 2014, http://internacional.elpais.com/internacional/2014/02/23/actualidad/1393154067_055739.html. Consultado el 31 de marzo de 2016.

LIAKHOV, Andrei, “The International Comparative Legal Guide To: Aviation Law”, <http://ua.vlex.com/vid/the-international-comparative-legal-558846374>. Consultado el 31 de marzo de 2016.

MICHAEL BIRNBAUM *et al.*, “As Ukrainian separatists claim victory in self-rule vote, fears of all-out civil war mount”, *The Washington Post*, 12 de mayo de 2014, <https://www.washingtonpost.com/world/europe/separatists-claim-victory-in->

eastern-ukraine-kremlin-calls-for-talks-with-kiev-government/2014/05/12/135ceba9-824c-486d-98e1-e1aa49627fa3_story.html. Consultado el 31 de marzo de 2016.

MICHAEL BIRNBAUM *et al.*, "Putin calls for postponement of separatists' referendum in eastern Ukraine", *The Washington Post*, 7 de mayo de 2014, https://www.washingtonpost.com/world/europe/putin-calls-for-postponement-of-separatists-referendum-in-eastern-ukraine/2014/05/07/a041c261-b47f-47ae-8f33-51ef9d1b92c8_story.html. Consultado el 31 de marzo de 2016.

MORELLO, Carol *et al.*, "Crimea's parliament votes to join Russia", *The Washington Post*, 17 de marzo de 2014, https://www.washingtonpost.com/world/crimeas-parliament-votes-to-join-russia/2014/03/17/5c3b96ca-adba-11e3-9627-c65021d6d572_story.html. Consultado el 31 de marzo de 2016.

MORELLO, Carol *et al.*, "Crimeans vote to break away from Ukraine, join Russia", *The Washington Post*, 16 de marzo de 2014, https://www.washingtonpost.com/world/2014/03/16/ccec2132-acd4-11e3-a06a-e3230a43d6cb_story.html. Consultado el 31 de marzo de 2016.

NACIONES UNIDAS, *Estados Miembros de las Naciones Unidas*, <http://www.un.org/es/members/>. Consultado el 31 de marzo de 2016.

NACIONES UNIDAS, *General Assembly Adopts Resolution Calling upon States Not to Recognize Changes in Status of Crimea Region*, 27 de marzo de 2014, <http://www.un.org/press/en/2014/ga11493.doc.htm>. Consultado el 31 de marzo de 2016.

NACIONES UNIDAS, Proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos con comentarios, agosto 2001, http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf. Consultado el 31 de marzo de 2016.

"NATO's relations with Ukraine", 8 de diciembre de 2015, http://www.nato.int/cps/en/natolive/topics_37750.htm. Consultado el 31 de marzo de 2016.

OFICINA DE ASUNTOS POLÍTICOS Y MILITARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA, *MANPADS: Combatiendo la amenaza de los Sistemas de Defensa Aérea Portátil para la aviación global*, 27 de julio de 2011, <http://www.state.gov/t/pm/rls/fs/169139.htm>. Consultado el 31 de marzo de 2016.

ORGANIZACIÓN PARA LA SEGURIDAD Y LA COOPERACIÓN EN EUROPA, *Comunicado de prensa del Grupo de Contacto Trilateral*, 18 de julio de 2014, <http://www.osce.org/home/121390>. Consultado el 31 de marzo de 2016.

ORGANIZACIÓN PARA LA SEGURIDAD Y LA COOPERACIÓN EN EUROPA, *Informe anual 2014*, <http://www.osce.org/es/secretariat/172571?download=true>. Consultado el 31 de marzo de 2016.

RUPAR, Terri, "What's happening in Ukraine today: March 6 edition", *The Washington Post*, 6 de marzo de 2014, <https://www.washingtonpost.com/news/world/wp/2014/03/06/whats-happening-in-ukraine-today-march-6-edition/>. Consultado el 31 de marzo de 2016.

SIMMONS JR, Robert F., "Diez años del Consejo de Asociación Euroatlántico: una reflexión personal", *Revista de la OTAN*, verano de 2007, <http://www.nato.int/docu/review/2007/issue2/spanish/art5.html>. Consultado el 31 de marzo de 2016.

"Timeline: Key events in Ukraine's ongoing crisis", *The Washington Post*, 12 de mayo de 2014, https://www.washingtonpost.com/world/europe/timeline-key-events-in-ukraines-ongoing-crisis/2014/05/07/a15b84e6-d604-11e3-8a78-8fe50322a72c_story.html. Consultado el 31 de marzo de 2016.

"Ukrainian aircraft shot down in separatist conflict", *The Washington Post*, 23 de julio de 2014, https://www.washingtonpost.com/world/ukrainian-aircraft-shot-down-by-pro-russian-separatists/2014/07/23/4f4565e2-12bc-11e4-8936-26932bcfd6ed_graphic.html. Consultado el 31 de marzo de 2016.

Tratados Internacionales

Acuerdo entre la Comunidad Europea y Ucrania sobre determinados aspectos de los servicios aéreos, publicado en el Diario Oficial de la Unión Europea el 1 de agosto de 2006.

Anexo 11 del Convenio de Chicago-Servicios de tránsito aéreo.

Anexo 15 del Convenio de Chicago- Servicios de información aeronáutica.

Anexo 17 del Convenio de Chicago-Seguridad: Protección de la aviación civil internacional contra los actos de interferencia ilícita.

Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, 23 de mayo de 1969.

Convención de Viena sobre el Derecho los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales y entre Organizaciones Internacionales, de 21 de marzo de 1986.

Convenio sobre Aviación Civil Internacional del 7 de diciembre de 1944 (Convenio de Chicago).

Resoluciones de las Naciones Unidas

Asamblea General de las Naciones Unidas, A/RES/56/83, 12 de diciembre de 2001.

Asamblea General de las Naciones Unidas, Resolución 68/262, 27 de marzo de 2014.

Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, S/RES/2166, 21 de julio de 2014.

Consejo de Seguridad, Proyecto de Resolución S/2014/189, 15 de marzo de 2014, <http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=S/2014/189>. Consultado el 31 de marzo de 2016.

Fallos judiciales y laudos arbitrales

Corte Internacional de Justicia, *Fallo del 24 de mayo de 1980 del caso relativo al personal diplomático y consultar de los Estados Unidos en Teherán*, 24 de mayo de 1980.

Corte Internacional de Justicia, *Fallo del caso Canal de Corfú*, 9 de abril de 1949.

Corte Internacional de Justicia, *Fallo del caso de la Apelación relativa a la jurisdicción del Consejo de la OACI*, 18 de agosto de 1972.

Corte Internacional de Justicia, *Fallo del caso de la Plataforma Continental del Mar del Norte*, 20 de febrero de 1969.

Corte Permanente de Justicia Internacional, *Fallo del caso Fábrica de Chorzow*, 13 de septiembre de 1928, p.29.

Tribunal arbitral, *Fallo del caso Rainbow Warrior*, 30 de abril de 1990, p. 251.

Resoluciones y Documentos de la OACI

OACI, Manual sobre las medidas de seguridad relativas a las actividades militares potencialmente peligrosas para las operaciones de aeronaves civiles.

OACI, Circular 330.

OACI, Reglamento para la solución de controversias.

OACI, Documento número 7231-11.

OACI, Convenio sobre Aviación Civil Internacional firmado en Chicago el 7 de diciembre de 1944, http://www.icao.int/secretariat/legal/List%20of%20Parties/Chicago_ES.pdf. Consultado el 31 de marzo de 2016.

OACI, *Comunicado de prensa: La OACI inicia operaciones del nuevo repositorio de información en línea sobre las zonas de conflicto*, Montreal, 10 de abril de 2015, <http://www.icao.int/Newsroom/NewsDoc2015/COM.11.15.SP.pdf>. Consultado el 31 de marzo de 2016.

OACI, *Repositorio de información sobre riesgos en zonas de conflicto*, <http://www.icao.int/czir/Pages/default.aspx>. Consultado el 31 de marzo de 2016.

OACI, *Estados miembros del Consejo 2014-2016*, <http://www.icao.int/about-icao/Pages/council-states-2014-2016.aspx>. Consultado el 31 de marzo de 2016.

Asamblea de la Organización de la Aviación Civil Internacional, Resolución A25-1, Montreal, 10 de mayo de 1984.

Benjamin, Raymond, Secretario General de la O.A.C.I., Carta con referencia: AN 13/4.2-14/59, 24 de julio de 2014, <http://www.icao.int/Newsroom/NewsDoc2014/059s.pdf>. Consultado el 31 de marzo de 2016.