

ERANIA EN LA ORBITA GEOESTACIONARIA ?

UNA PROPUESTA ALTERNATIVA

Por: Rafael Nieto Navia

Separata

Universitas Juridica No. 69 Noviembre 1985

¿SOBERANIA EN LA ORBITA GEOESTACIONARIA?

UNA PROPUESTA ALTERNATIVA

Rafael Nieto Navia
Profesor de la Facultad

La órbita geoestacionaria

La órbita geoestacionaria se puede concebir de dos maneras: La primera es la forma como la ha entendido el Reglamento Internacional de Radiocomunicaciones (1) en el sentido de trayectoria circular que describe un satélite artificial sobre el plano ecuatorial del planeta tierra alrededor del eje polar del mismo, con un período de revolución igual al de rotación del planeta alrededor de su eje, debido a fuerzas naturales, principalmente la gravitación. Dicho de otro modo, un satélite artificial situado a una altitud nominal de 35.786 km. sobre el ecuador terrestre giraría en el mismo sentido de la tierra con un período de 23 horas 56 minutos 5,091 segundos, de forma tal que permanecería fijo respecto de un punto de la tierra o "estacionario" para el observador terrestre. La parte fundamental de la definición radica en que, si no hay satélite, no hay trayectoria u órbita porque es el artefacto el que la describe. Sin satélite solamente podría hablarse de un lugar del espacio ideal para colocar un satélite que describa una órbita en esas condiciones y así fue descrito por su descubridor, Arthur C. Clarke aplicando la Tercera Ley de Kepler (2). La aplicación de esta ley arroja para la órbita geoestacionaria un

1. Numerales 176, 180, 181, 182.

2. Los cuadrados de los tiempos de las revoluciones planetarias son proporcionales a los cubos de los ejes mayores de las órbitas.

radio de 42.164,175 kms., ligeramente modificado por el achatamiento de la Tierra que no es una esfera perfecta. Restado el radio ecuatorial de 6.378,140 kms, la órbita sobre el ecuador es de 35.786,557 kms. (3).

Dado que los satélites están sujetos a fuerzas naturales como la gravitación lunisolar y las presiones de la radiación solar e, incluso, a la excentricidad e inclinación de la órbita derivada de las fluctuaciones provenientes de la ausencia de simetría esférica perfecta y a la disminución de la velocidad de rotación de la tierra debida a la fricción dinámica (4), la órbita que describen no es exacta y tiene oscilaciones y derivaciones que hacen necesario dotarlos de sistemas de energía para mantenerlos en una posición relativamente estable (5). En la práctica los satélites derivan hasta 75 kms. en dirección norte o sur respecto de la línea ecuatorial, 75 kms. en dirección este u oeste y hasta 30 kms. respecto del radio de la órbita.

Por esa razón la segunda concepción de la órbita no tiene nada que ver con la que trazan los satélites. Esta definición, propuesta por Colombia en la CAMR-ORB-1, 1985, se refiere al espacio y la entiende como "el espacio orbital constituido por un anillo o toro que, en la práctica, es el ámbito dentro del cual se mueven los satélites geoestacionarios".

La diferencia no es meramente semántica. Si la órbita se concibe como trazada por un satélite es obvio que si no hay satélite no hay órbita. Si se refiere a un espacio es indiferente si hay o no satélite.

En el primer caso la consecuencia natural es que quien coloca satélites tiene órbita y quien no lo hace carece de ella. De aquí deriva el principio practicado hoy por las potencias espaciales, pero que como se explicará adelante va contra el Tratado sobre los Principios que deben regir las Actividades de los Estados en la Exploración y Utilización del Espacio Ultraterrestre, incluso la Luna y otros Cuerpos Celestes (en adelante Tratado de 1967), de "first come, first served" (primer llegado, primer servido) de acuerdo con el cual las posiciones orbitales son para quienes coloquen los satélites. Este principio da todas las ventajas a las grandes potencias.

El segundo concepto obvia los anteriores inconvenientes y se ajusta mucho más a la técnica y al propio Tratado de 1967, porque éste habla de "espacio"

3. Cfr. Internacional Astronomic Union Information Bulletin (1977), Nr. 37, 38.

4. Aunque el radio de la órbita debido a este factor crece a razón de 0.51 mts. por siglo, su influencia en los satélites es deleznable.

5. V. Carácter físico y atributos técnicos de la órbita geoestacionaria, Naciones Unidas, Comisión sobre la utilización del espacio ultraterrestre con fines pacíficos, doc. A/AC. 105/203.29 de agosto de 1977.

y regula su no apropiación. Pero a lo que el Tratado llama "espacio" le sería aplicable teóricamente lo mismo que el Reglamento aplica a la órbita geoestacionaria: la trayectoria que describe un vehículo en el espacio es lo que justifica ese espacio que no es nada si carece de vehículo. Pero, de ser eso así, ¿para qué el Tratado de 1967?

Planteamiento teórico sobre la soberanía

La expresión soberanía es quizá una de las más confusas de todo el derecho. Para hacer un planteamiento teórico y breve sobre ella, debemos precisar antes que hay que distinguir entre soberanía política y territorial y que el análisis, en nuestro caso, hay que enfocarlo desde el punto de vista internacional, dado que ese es el ámbito en el que se discute.

"*Majestas est summa in cives ac subditos legibusque soluta potestas*", decía BODIN que ha pasado a ser el clásico de la soberanía absoluta. Calumniado, porque el mismo BODIN puso dos límites a la soberanía del Estado (mejor aún: del soberano o príncipe, dado que para él la monarquía es la forma más perfecta de gobierno) que eran el derecho natural y el de gentes, conceptos que, en su época, se superponían, por no decir se confundían. Y lo que se limita no es absoluto (6).

Lo que BODIN quiso decir fue que el soberano tenía una potestad "sobre los ciudadanos y los súbditos" (soberanía interna), independiente de las leyes o, lo que es igual, que las leyes dependían del soberano, voluntad real dueña de la ley (7). Pero añadió: "todos los príncipes de la tierra están sujetos a las leyes de Dios, de la naturaleza y a las muchas leyes comunes a todos los pueblos" (8).

6. *De Republica libri six*, Lib. I. Cap. 8, París, 1584, versión francesa *Les six livres de la République*.

7. Según HELLER "(e)l problema de la soberanía es algo esencialmente distinto a la existencia de una esfera estatal de actividad interna libre: la libre actividad interna del Estado es, de hecho, una desarticulación de un orden jurídico universal que no es el derecho internacional; pero, por otra parte, un principio fundamental nos dice que el acto contrario al derecho es nulo. Los actos estatales contrarios al derecho adquieren carácter normativo a condición de que no los destruya otro acto de la misma instancia o de una instancia superior. Esta destrucción supone, ante todo, una universalidad potencial y, en segundo lugar, la efectividad actual de la decisión destructora. Pero estas dos cualidades únicamente se reúnen en nuestros días en el estado soberano" HELLER, Herman, *La Soberanía* (ed. castellana), México, 1965, 281.

8. BODIN distinguió bien entre derecho y ley: "*Plurimum distat lex a jure. Jus est quod Celsus eleganter definit' ars boni et aequi' Lex quod ad majestatem imperandum pertinet*" (Lib. I. cap. 8). El legislador es el que hace la Ley... el soberano es el único legislador", decía HOBBS, (El Leviatán (ed. castellana), México, 1941, 218). Hobbes y Maquiavelo (El Príncipe) sí llevaron la soberanía a su concepto absoluto.

Modernamente nadie discute que el Estado, para serlo, debe ser autónomo en sus decisiones internas e independiente de otro poder similar, o dicho en términos más precisos, poseer "exclusividad, autonomía y plenitud en el ejercicio de las competencias" (9). Los autores modernos coinciden en que la soberanía, no obstante las críticas que pueden hacerse al término mismo, significa independencia o falta de vasallaje a otro poder igual, pero jamás facultad o poder del Estado para actuar fuera del marco que le señala la comunidad internacional a través del orden jurídico internacional (10).

En todo caso lo que nos preocupa no es la soberanía interna del Estado y casi ni siquiera la internacional, sino la que puede precisarse con la expresión "soberanía territorial", (lo que indica que el concepto es como un barril sin fondo pues da incluso para hablar de "soberanía limitada" que, como dice Kelsen (11) representa una *contradictio in terminis*) (12).

El Estado ejerce *competencias* (13) sobre un territorio, pero además sobre las personas y las cosas que en él se encuentran. La teoría de la competencia fue expuesta en 1906 por Radnitzky y acogida por personajes como Henrich, Kelsen, Verdross, Scelle, Bourquin, Delbez, Basdevant y Rousseau. El territorio sería el ámbito espacial de validez del derecho interno (14), es decir el lugar en el que se ejercen las competencias, "exclusivas, autónomas y plenas" de que hablamos atrás.

Cuando un Estado ejerce sus competencias (legislativa, jurisdiccional y de servicios públicos) de manera "exclusiva, autónoma y plena" sobre un territorio, se dice que ejerce "soberanía territorial". Si no ejerce esas competencias en su totalidad, o no las ejerce de manera exclusiva o se hallan de alguna

9. ROUSSEAU, Ch., *Droit International Public*, París, 1974, II, 72.

10. Vgr. CHAUMONT, Ch., *Recherche du contenu irréductible du concept de souveraineté internationale de l'Etat*, en *Hommage d'une génération des juristes au Président Basdevant*, París, 1960; Kelsen, H., *Théorie du droit international public*, Recueil des Cours de l'Académie du Droit International (R. des C.), 1953 (III); VERDROSS, A., *Fondement du Droit International*, R. des C., 1927 (I). En contra HELLER, op. cit., esp. cap. VIII.

11. Op. cit., 79.

12. La diferencia entre soberanía interna y externa está planteada desde hace mucho tiempo. V. PRADIER-FODERE, P., *Traité de droit international public européen et américain*, París, 1897, I, 159-160 y 232-237.

13. "Se ve claramente que la soberanía no es otra cosa que la competencia definitiva sobre el conjunto del territorio" dice VERDROSS, op. cit., 315.

14. "Le domaine de validité territoriale du droit étatique", dice Kelsen, cit. ROUSSEAU, op. cit., II, 51.

manera limitadas temporal o espacialmente ya no se puede hablar de "soberanía territorial" y empieza a hablarse de "derechos territoriales menores" (15). Constituyen, a vía de ejemplo, derechos de esta clase los condominios (dos o más Estados ejercen las competencias territoriales en común y pro indiviso, como el antiguo condominio francobritánico sobre las Nuevas Hébridas, hoy Vanuatu o el colombo-estadinese sobre Roncador, Quitasueño y Serrana estipulado en las Notas Olaya-Kellog de 1928 y desmontado en el Tratado Vásquez-Saccio), las cesiones temporales (como los arrendamientos de bases militares), la ocupación militar en tiempo de guerra (que implica el reparto de competencias entre Estado ocupante y Estado ocupado), la *plataforma continental* y la *zona económica exclusiva*. En todos estos casos es evidente que el Estado no ejerce sus competencias con exclusividad y plenitud y por ende no puede hablarse, jurídicamente, de *soberanía territorial*.

El Territorio del Estado

El territorio, el espacio donde el Estado ejerce sus competencias, es uno de los elementos esenciales del mismo (16) y comprende, sin que sea necesario entrar en mayores disquisiciones (17), el suelo, el subsuelo, el espacio aéreo y el mar territorial así como las islas y, en ciertos casos, mares que, en razón de la contigüidad o vecindad geográfica, no constituyen mar abierto, como sucede en el Océano Glacial Ártico.

Las nociones fundamentales, que siguen sustancialmente iguales, han, sin embargo, variado en extensión o contenido a lo largo del tiempo, principalmente en virtud de la evolución de conceptos en el *campo internacional*.

15. Según la expresión de WESTLAKE, J., *International law*, 2 vols, Cambridge, 1910-13. ROUSSEAU, Ch., (op. cit., III, 8), los denomina competencias territoriales limitadas pero no incluye en esta expresión la plataforma continental y la zona económica exclusiva.

16. Aunque no para todos los autores. El italiano DONATO DONATI (La persona Reale dello Stato, *Revista de Diritto Pubblico*, 1921, 5, cit. AGUILAR NAVARRO, M., *Derecho Internacional Público*, Madrid, 1954, II, v. I, 82) sostiene que no solamente no es elemento esencial sino que además es conveniente que no lo sea. Atrás hemos descrito el territorio con fundamento en la teoría de la competencia, que es la tesis más aceptada actualmente. Otras teorías como la del territorio como elemento constitutivo del Estado (Ratzel, Hauriou, Jellinek), el territorio como derecho real de propiedad (Donati, Oppenheim, Lauterpacht), como derecho real de soberanía (Diena, Cavaglieri, Gemma), como territorio-límite (Duguit, Carré de Malberg) no han tenido la fuerza ni se ajustan tanto a la función del territorio como la de la competencia. V. ROUSSEAU, Ch., op. cit., II, 1974, 36-54; PALACIOS MEJIA, H., *Introducción a la Teoría del Estado*, Bogotá 1965.

17. No es apropiado analizar aquí si el espacio es territorio o si territorio es sólo la tierra emergida. Para este efecto sugerimos leer JIMENEZ DE ARECHAGA, E., *El derecho internacional contemporáneo*, Madrid, 1980, 215-219 y MOYANO BONILLA, *Violación del espacio aéreo e interceptación de aeronaves*, Montevideo, 1985, 23-27.

Es así como, por ejemplo, hoy sabemos que el territorio debe estar determinado, es decir, debe existir un espacio en el que, indudablemente, el Estado ejerce sus competencias y donde tienen su asiento principal el gobierno y la población, pero no necesariamente *delimitado*, lo que significa que un Estado puede tener sus límites o fronteras en disputa o sin clarificar sin que por ello pierda su carácter de Estado.

Igualmente hoy, por las Convenciones de Ginebra de 1958, la de Jamaica de 1983 y la práctica internacional, se ha señalado una extensión de 12 millas marinas a la anchura del mar territorial, zanjando una vieja diferencia que variaba entre tres y doscientas millas.

En el campo que nos interesa, forma parte del territorio y, por ende, el Estado es "soberano" en el sentido que hemos expresado, el espacio que se levanta sobre su territorio. Esta noción amerita capítulo aparte.

El espacio sobre el territorio como parte del mismo

La noción clásica aplicó el siguiente aforismo: "*ciuius est solum eius est usque ad coelum et sidera et usque ad inferos aut usque ad infinitum*" que podría traducirse: "a aquel a quien pertenece el suelo, le pertenece hasta el cielo y las estrellas y hasta las profundidades o hasta el infinito". Como sabemos que la tierra es redonda, habría una proyección hacia arriba y hacia abajo de los límites del territorio del Estado, siendo "las profundidades" el punto en el que convergerían las proyecciones inferiores y el cielo incluiría, teóricamente, los cuerpos estelares, aunque resulte muy difícil aplicar allí la noción dado que su posición relativa respecto de la tierra varía constantemente.

Esta noción permitió que, al surgir la aviación y al ser descubiertas las ondas electromagnéticas, el Estado aplicara su "soberanía" y no se permitiera el "paso inocente" de aeronaves y que el control de emisión de ondas electromagnéticas quedara en manos del Estado. Ambos temas han sido, naturalmente, objeto de regulación internacional porque, como dice Kelsen, "las conductas reguladas directamente por las normas del Derecho Internacional, son objetos sustraídos a la competencia del orden jurídico interno" (18). O, lo que es igual, la comunidad internacional sustrae competencias al Estado y las regula por su propio orden jurídico.

18. KELSEN, Teoría General del Estado (ed. castellana) México, 1965, 186. Para HELLER "Dd) e ninguna manera puede explicarse la naturaleza de la soberanía como una competencia delegada por algún sistema de derecho internacional", op. cit., 279.

1919 fue el año en que se fundaron las primeras aerolíneas comerciales (KLM y Scadta) y el año en que se firmó la primera Convención sobre Navegación Aérea (París, 13 de octubre de 1919) en la que se estipuló que "las Altas Partes Contratantes reconocen que cada Potencia tiene la soberanía completa y exclusiva sobre el *espacio atmosférico* encima de su territorio" (subrayado nuestro). Esta Convención llegó a tener como partes 33 Estados, algunos de ellos latinoamericanos. Pero la mayoría de los latinoamericanos formaron parte de la Convención de la Habana de 1928, que, en lo que analizamos, tenía sustancialmente la misma filosofía. Las Convenciones de París y La Habana han sido modificadas, primero por protocolos y luego por otras convenciones (Chicago, 1944; Montreal 1971, entre otras) pero en lo que se refiere a las normas de aviación civil y no en lo que toca con la soberanía sobre el *espacio atmosférico o aéreo*, no obstante la inexactitud de la expresión (19). Estas convenciones no permiten *libertad de navegación*.

El espacio ultratmosférico, más allá del aire, quedó sin regulación y, para la época, sin utilidad. Pero no habría de ser así, por mucho tiempo.

El espacio ultraaéreo

Los cohetes alemanes V2, puestos al servicio en 1944, fueron los primeros en salir del aire o, más exactamente, de la troposfera en donde la sustentación deriva de las masas gaseosas. Pero fue definitivamente el lanzamiento del primer *Sputnik* (4 de octubre de 1957) el que constituyó *un hecho nuevo*, que afectaba, al menos teóricamente, la pretendida soberanía de los Estados subyacentes y que carecía de reglamentación internacional. El *Sputnik* cruzó la ionosfera y tres meses y medio más tarde el *Explorer 1* hizo lo mismo. De allí en adelante aparecieron los *Vanguard*, los *Pionner*, los *Lunik*, los *Discovery*, los *Mariner*, etc. y los de comunicaciones como los Tiro y los *Echo* hasta el *Early Bird* y los de modernas generaciones. Actualmente más de 5.000 satélites, partes y piezas cruzan el espacio encima de nuestras cabezas. Gráficamente podría decirse que cientos o miles de carreteras espaciales se formaron y se creó lo que no existe en el espacio aéreo: *la libertad de navegación*.

La libertad de navegación es la columna vertebral de lo que se denomina el mar libre. No es éste el momento para detenemos en reflexiones acerca del surgimiento de esta noción en el siglo XVII (20) por oposición al *mare clau-*

19. ROUSSEAU, op. cit., IV, 612.

20. V. GROCIO, *Mare liberum*.

sum de los ingleses, tesis ésta que permitía la apropiación soberana del mar. La tesis del mar abierto triunfó, entre otras razones, por la imposibilidad de ejercer las competencias (y de controlar ese ejercicio) para el Estado. Mar libre significa *res communis omnium* (uno *res nullius* susceptible de ocupación y establecimiento de competencias) que se traduce en libertad de navegación y hasta la Convención de Jamaica de 1983 - de explotación.

Podría decirse, entonces, que a la libertad de navegación corresponde la *res communis* y, por consiguiente, la imposibilidad de establecer competencias por cualquiera de los métodos conocidos en la comunidad internacional, a saber: ocupación (aplicable a la *res nullius*), cesión (siempre convencional), adjudicación (por sentencia judicial internacional), prescripción (para las *res derelictae*), conquista (por desaparecimiento del Estado), accesión (producida por hechos naturales o provocados).

¿Existe, realmente, una libertad de navegación en el espacio ultraterrestre o, para precisarlo mejor, más allá del aire? Para saberlo debemos analizar la costumbre internacional.

La costumbre internacional

El derecho internacional, aún hoy, después de la labor codificatoria contemplada en la Carta de Naciones Unidas y realizada por la Comisión de Derecho Internacional, entre cuyos resultados se encuentran, por ejemplo, las Convenciones de Viena sobre Derecho de los Tratados y sobre Relaciones Diplomáticas y Consulares, o las de Ginebra y Jamaica sobre Derecho del Mar, sigue siendo fundamentalmente consuetudinario. Para algunos autores no solamente es fuente importante sino jerárquicamente superior a los tratados (21).

La costumbre es fuente del Derecho Internacional, vale decir, "uno de aquellos modos de creación del derecho, así como también razón de validez del mismo y particularmente su fundamento último" (22). O dicho de otro modo, una norma jurídica que debe ser aplicada por un juez, en nuestro caso, internacional.

Las fuentes del Derecho Internacional se encuentran mencionadas en el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, artículo que, por otra parte, viene idéntico desde el Estatuto de la Corte Permanente:

21. Vgr. KELSEN, *Théorie du droit international public*, R. des C., 1953 (III).

22. *Id.* ib., 120.

Artículo 38:

1. La Corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar:
 - a. Las convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes;
 - b. La costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho;
 - c. Los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas;

La costumbre define como (i) una práctica constante y reiterada (ii) generalmente (iii) aceptada como derecho. Tiene, pues, tres elementos que son la constancia y reiteración del acto, su aceptación como derecho (*opinio juris sive necessitatis*) y que esta aceptación se haga de manera general. Para algunos autores los elementos son sólo dos: la práctica y el elemento psicológico de la aceptación como derecho. Resulta bastante discutible si tal elemento psicológico puede darse en los Estados como se da en las personas.

Nos parece que no es este el lugar para discutir si la costumbre es una "prueba", como dice el Estatuto citado, de una práctica, en cuyo caso sería un medio para identificar una fuente diferente de la costumbre misma o, por el contrario, ella misma es la fuente (23). La verdad es que, en la aplicación práctica e independientemente de las teorías (Savigny, Duguit entre otros), la costumbre es fuente ella misma. Igualmente sobra discutir si la costumbre implica una aceptación tácita por los Estados de una convención no escrita porque ello nos llevaría al inagotable tema del "voluntarismo" en el derecho internacional (*jus voluntarium gentium* de que hablaba Grocio) porque esa controversia parece estar resuelta en el sentido de que hay un derecho imperativo internacional por encima de la voluntad de los Estados (artículos 53 y 64 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, ya ratificada por Colombia). En cambio es indispensable detenernos brevemente en el análisis de los elementos de la costumbre.

a) La práctica constante y reiterada:

Hablamos aquí, naturalmente, de hechos que se repiten en el tiempo de manera igual, cada vez que se presenta la oportunidad para los Estados. No

23. Sobre el particular puede verse KELSEN, *op. cit.*, 124; DE VISSCHER, Ch., *La codification du droit international*, R. des C., 1925 (I), 339 y ss.; FRANCOIS, J. P. *Règles générales du droit de la paix*, R. des C., 1938 (IV), 173 y ss.

existen reglas para determinar cuántas veces debe repetirse un hecho o por cuánto tiempo. Depende del tipo de hecho y de la "línea de conducta que un Estado adopta frente a otros Estados (y) si sucesivamente esta misma actitud es adoptada por (los) otros Estados..." (24).

Frente a una circunstancia específica, por ejemplo, el paso de satélites artificiales sobre su territorio, un Estado adopta una actitud concreta que reitera cada vez que el hecho sucede. Por ejemplo, acepta la libertad de navegación. Y la misma actitud es tomada por otros Estados. Al propio tiempo los Estados dueños de los vehículos adoptan la actitud de que esta navegación no les otorga derechos tales como la reivindicación de soberanía y la actitud de los primeros Estados se basa en esta consideración.

En el ejemplo propuesto se requeriría muy poco tiempo para que la práctica se repitiera muchas veces y se pudiera, por ende, hablar de una práctica "constante y reiterada".

b) La aceptación general:

General no significa unánime. Es decir, no se requiere que *todos* los Estados reiteren la práctica. Unicamente que lo hagan aquellos Estados que están en oportunidad de hacerlo. Por ejemplo, puede surgir una costumbre internacional sobre normas y usos de la guerra terrestre sin que Estados que durante la formación de la misma no han estado en guerra hayan podido aplicarla. Se supone la aceptación tácita (aquí sí) de parte de los Estados que no han podido aplicarla ellos mismos (25).

Para Grocio se requería "la mayoría de los Estados" y para Moser "muchos Estados europeos" —en la época en que se trataba de un derecho internacional europeo—, tesis esta que aún aceptan algunos juristas (26), pero la realidad es que basta la oposición de un solo Estado, pero de aquellos que están en situación de aplicar la práctica, para que ya no pueda hablarse de "aceptación general".

Una vez, sin embargo, que surge la costumbre *todos* los Estados a los cuales les sea aplicable están obligados por ella. Así, por ejemplo, el mar abierto es

24. DE VISSCHER, op. cit., 354.

25. ANZILOTTI, D., Cours de droit international public, vol. I, 108, 347.

26. FRANCOIS, J.P., op. cit., 174.

aplicable a cualquier *Estado nuevo* si quiere estar vinculado a la comunidad internacional y ser, por consiguiente, un Estado verdadero en el sentido de esa comunidad.

No hay noticia de oposición de ningún Estado a la navegación de satélites más allá del aire sobre su territorio, ni de reivindicación de soberanía por algún Estado sobre esa zona. Y todos probablemente han estado en situación de oponerse a la práctica.

c) La aceptación como derecho:

Una práctica sería sólo eso —práctica o uso— y carecería de fuerza jurídica sin este tercer elemento: la conciencia jurídica. No basta la reiteración del hecho sino que se haga "con la intención, al ejecutarlo, de cumplir una obligación (jurídica) o de ejercer un derecho" (27).

Muchos medios hay para demostrar esa conciencia jurídica entre ellos el comportamiento del Estado en sus órganos internos o internacionales. Ese comportamiento, incluido ya como causa del saneamiento de nulidades en los tratados en la Convención de Viena, artículo 45, y conocido en la legislación anglo-sajona con el nombre de *Estoppel* (28), sirve para comprobar el por qué de un comportamiento del Estado.

Aquí valdría acotar que los funcionarios internacionales de Colombia han afirmado de manera expresa (29) que Colombia acepta la libertad de navegación en el espacio ultraaéreo.

¿Recogió el Tratado sobre los Principios que deben regir las Actividades de los Estados en la Exploración y Utilización del Espacio Ultraterrestre, incluso la Luna y otros Cuerpos Celestes (Londres, Moscú y Washington, 27 de enero de 1967) una costumbre internacional?

27. GUGGENHEIM, P., *Lex deux éléments de la coutume en droit international en Etudes en l'honneur de Georges Scelle*, T. I, 1950, 275 y ss.; id., *L'origine de la notion de l'opinio juris sive necessitatis comme deuxième élément de la coutume dans l'histoire du droit des gens*, en *Hommage d'une génération des Juristes au Président Basdevant*, cit. supra nota 5, 159.

28. Sobre el particular v. MARTIN, A., *L'Estoppel en droit international public*, París, 1979; McNAIR, *The law of treaties*, Oxford, 1961, esp. capítulo XXIX; ZOLLER, E., *La bonne foi en droit international*, París, 1977, 276 y ss.; ELIAS, T.O., *The modern of treaties*, Leiden, 1974, 139 y ss.

29. V. Declaración del Embajador de Colombia Héctor Charry Samper para presentar el proyecto de Principios para la Órbita Geoestacionaria en nombre de Colombia, Ecuador, Indonesia y Kenya, Ginebra marzo 30 de 1984, donde dice: "no objetamos el libre tránsito orbital que requieran los objetos espaciales contemplados y autorizados por el Convenio Internacional de Telecomunicaciones cuando esos objetos espaciales surquen el cielo en vuelo gravitacional".

El Tratado de 1967

Al Tratado de 1967 y, en particular, el artículo II del mismo, no se llegó de manera accidental. Hemos mencionado atrás cómo los Estados aceptaron que artefactos de otras naciones cruzaran el espacio más allá de su zona aérea y cómo los Estados dueños no reclamaron soberanía sobre esa zona. El comportamiento de los Estados creó, en efecto, una *res communis omniuni* que, genéricamente en aquella época, se refería al espacio ultraterrestre sin perjuicio de la evolución posterior de conceptos.

Tanto la Unión Soviética (30) como los Estados Unidos (31) rechazaron "el concepto de soberanía nacional en el espacio ultraterrestre" (32) o la apropiación nacional (33).

Mediante la resolución 1962 (XVIII), denominada "Declaración de los principios jurídicos que deben regir las actividades de los Estados en la exploración utilización del espacio ultraterrestre", aprobada *por unanimidad*, se recogió el principio de no apropiación soberana del espacio ultraterrestre (34).

No era, pues, de sorprenderse porque esos principios, que recogían la costumbre internacional, fueran incorporados en el Tratado de 1967, cuyo artículo II dice:

"El espacio ultraterrestre, incluso la Luna y otros cuerpos celestes, no podrá ser objeto de apropiación nacional por reivindicación de soberanía, uso u ocupación, ni de ninguna otra manera".

El Tratado se refiere al "espacio ultraterrestre" y una de las grandes discusiones sobre el tema se refiere al punto: ¿dónde termina el espacio aéreo y dónde comienza el extraterrestre o, para llamarlo más precisamente,

30. Declaración publicada en Pravda el 18 de noviembre de 1959, declaración en Naciones Unidas el 22 de septiembre de 1960, declaración ante la Subcomisión de Asuntos Jurídicos el 20 de octubre de 1966.

31. Declaración de 19 de marzo de 1962 ante el Comité del Uso Pacífico para el Espacio Ultraterrestre.

32. A/AC.105/PV.2, 13-15.

33. A/AC.105/C.2/SR.63, 10.

34. LACHS, V.M., 'El derecho del espacio ultraterrestre', Madrid, 1977, 71 V. DE LA PRADELLE P., 'Notions de territoire et l'espace dans l'aménagement des rapports internationaux contemporains', R. des C., 1977 (IV) 488.

el ultraéreo? Muchas teorías se han expuesto (35) pero la semántica indica que el espacio ultraéreo comienza donde no hay "aire" y puede decirse que hay "aire" donde la sustentación de un vehículo deriva de las masas gaseosas. Aparentemente el más bajo perigeo de un satélite artificial (línea crítica) está en una altura de 83 kilómetros. Para los efectos que tratamos aquí es obvio que, prácticamente cualquiera sea la delimitación que se adopte, la órbita estaría en el espacio ultraterrestre. A menos, naturalmente, que se tomara textualmente la expresión "ultraterrestre" y se adjudicara exclusivamente a lo que no tenga nada que ver con la tierra. Pero nadie entiende así esa expresión (36).

Más interesante que esa discusión parece ser, dentro del Tratado, la que se refiere a que éste recogió costumbre internacional en lo tocante a la "*res communis*" del espacio ultraterrestre pero bajo condición resolutoria (cuyo incumplimiento tendría efecto abrogatorio y regresaría las cosas al *statu quo ante*) consagrada en el artículo I, inciso 1, según el cual:

"La exploración y utilización del espacio ultraterrestre, incluso la luna y otros cuerpos celestes, deberán hacerse en provecho y en interés de todos los países, sea cual fuere su grado de desarrollo económico y científico, e incumben a toda la humanidad" (37).

Regresemos ahora al análisis del artículo II.

El Tratado proscribía la "apropiación nacional" que no es otra cosa que "el establecimiento de competencias nacionales" mediante cualquier medio, incluso la "reivindicación de soberanía, uso u ocupación". Vale la pena hacer mención del sentido jurídico de esos términos.

Reivindicar significa "recuperar lo que por razón de dominio, cuasidominio u otro motivo le pertenece (a alguien)". Como los Estados, hasta hace

35. Cf. GOEDHUIS, D. The problems of the frontiers of outer space and air space, R. des C., 1982 (I), 371 y ss.; un resumen de tales teorías puede verse en GAVIRIA LIEVANO, E., Derecho internacional público, Bogotá, 1985, 193-198.

36. MARCOFF, M.G., Traité de droit international public d l'espace, Fribourg-Geneve-Paris, New York 1973, 307-311.

37. Id., (Sources du droit international de l'espace, R. des C., 1980 (III), 17-121, esp. 65-73) al referirse a la "costumbre revisionista" de la Conferencia de los Estados ecuatoriales de Bogotá y a la declaración de 3 de diciembre de 1976, explica cómo la actitud pasiva de los Estados frente al tránsito de vehículos espaciales, actitud que contribuyó a formar la costumbre, tuvo como base el uso pacífico del espacio y el interés de todos los Estados en el desarrollo espacial bases sin las cuales esa actitud pasiva no se hubiera dado. Quizá valga la pena mencionar que DE LA PRADELLE, op. cit., al referirse a la reunión de Bogotá mencionada habla de "los conjurados de Bogotá" que plantearon una reivindicación y expansión territoriales "insólitas".

poco tiempo atrás, hablaban de soberanía *usque ad infinitum* era oportuno cortar la posibilidad de intentos de recuperación de lo que, eventualmente, habían perdido.

El "uso" no es un medio de establecer competencia pero, como dice Lachs, podría asimilarse a "el ejercicio continuo y pacífico de la autoridad del estado" (38), aunque nuestra opinión es que la idea era referirse a la *usucapión* o prescripción adquisitiva, que sí es uno de los medios de establecer competencia territorial. Esa podría ser también la idea de Lachs pues hace referencia al caso de la Isla de Palmas (39) en el que el juez Huber reconoció "el título de la prescripción en la ley internacional. Igualmente aplicó reglas de ley intertemporal, que después tuvieron alguna influencia en la decisión de la Corte Internacional de Justicia en el Caso de Minquiers y Ecrehos (40) y contribuyó al desarrollo de los conceptos de soberanía territorial, ocupación efectiva y contigüidad en la ley internacional" (41). La prescripción cabe, como es bien sabido, en territorios *res derelictae*.

La ocupación es, en cambio, modo de adquirir sobre territorios *res nullius*, cosas sin dueño, la manera como los europeos supusieron estar adquiriendo los territorios de América y África (pero no para el P. Francisco de Vitoria, para el que la adquisición operó por conquista). Los elementos de la ocupación, que vienen desde el derecho romano, son el *animus* o intención de adquirir y el *corpus* u ocupación efectiva. El título fue en alguna época la autoridad pontificia (vgr. Bula *Inter cetera* de 1493), en otra el descubrimiento etc. hasta llegar al Tratado de Berlín de 1881, que requería *res nullius*, descubrimiento, desembarco y aviso a las demás potencias. Pero muy pronto se acabaron los territorios por ocupar.

Aún suponiendo que se pudiera ocupar y que se consideraran *res nullius* la Luna y otros cuerpos celestes el concepto no es, evidentemente, aplicable al espacio. ¿Y cuál sería el título? De los históricos sólo cabría el desembarco, lo que daría evidentemente una ventaja a los Estados desarrollados, únicos que han podido desembarcar en la Luna.

Aunque para esta época de 1967 ya se conocía la noción de la Órbita Geoestacionaria (OG) que había sido "descubierta" por Arthur C. Clarke

38. Op. cit. 61.

39. Recueil of International Arbitral Awards, vol. 2 (1949), 829-890.

40. Minquiers and Ecrehos, Judgment, International Court of Justice Reports (1953), 47-72.

41. HERNDL, K. Minquiers and Ecrehos Case, en: Bernhardt (ed.) Encyclopedia of Public International Law, Instalment 2 (1981), 224.

a principios de la década de los cincuentas, la idea de evitar que fueran los Estados con desarrollo tecnológico, concretamente la Unión Soviética y los Estados Unidos, los únicos capaces de ocupar hizo que se aceptara prontamente este Tratado, firmando simultáneamente en Washington, Londres y Moscú.

Colombia no ha ratificado este Tratado y, por consiguiente, le es inaplicable en virtud de la regla *Pacta tertiis*, consagrada expresamente en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, artículos 34 a 37. Añade, sin embargo, la Convención en su artículo 38:

"Lo dispuesto en los artículos 34 a 37 no impedirá que una norma enunciada en un tratado llegue a ser obligatoria para un tercer Estado como norma consuetudinaria de derecho internacional, reconocida como tal".

¿Sería aplicable el Tratado de 1967 a Colombia, en virtud de lo anterior?

Aplicación del Tratado de 1967 a Colombia

Creemos haber demostrado que la norma del artículo II recogió derecho consuetudinario. No nos cabe duda alguna de que la consideración del espacio ultraterrestre, en términos generales, como *res communis omnium* y por consiguiente no susceptible de establecimiento de competencias, es norma internacional.

¿Qué significa "reconocida como tal"? La interpretación más estricta y, por ende, la más favorable a Colombia, es, en nuestro caso, "reconocida por Colombia". ¿Lo ha sido?

Basta transcribir algunas manifestaciones de nuestros agentes: el Tratado de 1967 "reconocemos que representa parte del derecho internacional en la materia. La libertad de exploración (sic) y utilización del espacio hace juego con la no reclamación de soberanía. Los Estados ecuatoriales no estamos reclamando la concesión de la soberanía plena y exclusiva sobre la órbita geoestacionaria a la manera clásica.." (42).

Con esto, agregado a lo que ya transcribimos atrás, (*supra* nora 29) Colombia ha reconocido (i) que el Tratado de 1967 en lo que respecta a su artículo

42. Intervención del Jefe de la Delegación de Colombia, Embajador Héctor Charry Samper, ante el Comité sobre Usos Pacíficos del Espacio Ultraterrestre, Viena, junio de 1984.

II representa el derecho internacional en la materia; (11) la libertad de la navegación y (iii) que no reclama soberanía "a la manera clásica".

Pero, ¿vale lo anterior para una noción nueva como la OG?

Fue después del Tratado de 1967 cuando la OG adquirió utilidad práctica. Y sólo en 1974, comenzaron Colombia y algunos otros Estados ecuatoriales (pero no todos) a plantear "soberanía como proyección del territorio". Para esta época, sin embargo, un satélite metereológico navegaba en nuestro segmento de la OG. Esta posición ha sido sucesiva, *pero no consistentemente*, sostenida desde entonces.

Como el planteamiento general, el Tratado de 1967 es aplicable a la órbita porque la noción, aunque no su utilización, ya existía en 1967. Al reivindicar soberanía y, más aún, como proyección del territorio y, aún más a la manera clásica, Colombia y otros Estados ecuatoriales se colocaron en contravía de la costumbre, aceptada por ellos mismos y, además, tocaron la fibra sensible de la inmensa mayoría de los Estados del mundo que no son ecuatoriales.

La posibilidad de utilización de nociones nuevas hubiera ameritado una contribución al desarrollo del derecho ultraaéreo, más aún cuando, al mismo tiempo, se desarrollaba la Tercera Conferencia sobre el Derecho del Mar que más adelante (Montego Bay, 1983) iría a consagrar la noción de Zona Económica Exclusiva (ZEE). Un planteamiento similar hubiera estado más acorde con las normas de desarrollo progresivo del derecho internacional, con la práctica de los Estados y hubiera evitado las fricciones y sucesivas derrotas de la tesis de la soberanía en los foros internacionales.

Ya en diciembre de 1976 el autor de estas líneas (43) escribió: "Se nos ocurre que podría buscarse una solución analógica (con el derecho del mar) en el caso del espacio. Eso significaría que la zona ultraaérea seguiría siendo cosa común pero el Estado subyacente tendría un derecho preferencial (zona económica) de explotación. De esta forma se evitaría que los Estados ecuatoriales, que son pobres y sin avance tecnológico suficiente, sacrificaran su peculiar situación geográfica en favor de los más poderosos y de las organizaciones internacionales, viéndose obligados más adelante a tener sus satélites de comunicaciones a costos mucho mayores, lo cual ciertamente no es justo. Un planteamiento de este orden tendría, en nuestra opinión, todas las condiciones para ser aceptado por la comunidad, todo ello sin acudir a la soberanía".

43. NIETO, R. ¿Puede hablarse de soberanía en el espacio ultraaéreo?, *El Siglo*, 13 de diciembre de 1976.

¿Cabe aplicación analógica del derecho del mar?

La analogía en el derecho internacional

La analogía en el derecho internacional, como en el interno, no puede considerarse una verdadera fuente (44). A menos que se trate, como lo ha hecho ocasionalmente la jurisprudencia internacional, de llenar "lagunas" en aplicación del artículo 38 del Estatuto de la Corte, a través de los principios generales de derecho (45). La analogía sirve, fundamentalmente, como herramienta que coadyuva en la interpretación de una norma.

Naturalmente nosotros no estamos hablando, en el caso que nos ocupa, propiamente de aplicación o de interpretación, sino de la función principal que ha desempeñado la analogía en el derecho internacional. En este ordenamiento existen muchísimas normas que han sido incorporadas tomándolas por analogía del derecho interno. Así, por ejemplo, al hablar de los modos de adquirir podemos decir que la ocupación, la adjudicación, la accesión y la prescripción han sido tomados por *analogía* del derecho interno, tres de ellos del privado y la adjudicación del público. Cuando hablamos de las causales clásicas de nulidad de los tratados observamos que el error, la fuerza y el dolo han sido tomados también por *analogía* del derecho interno. Y nos haríamos interminables citando ejemplos (46).

En la forma de creación de una norma, por consiguiente, y dado que los ordenamientos jurídicos tienen frecuentemente normas comunes o similares el derecho internacional está acostumbrado a la incorporación —aunque no tanto a la aplicación o interpretación— analógica. Y si la analogía, dadas circunstancias similares, proviene del propio ordenamiento jurídico internacional, tanta mayor la razón.

El derecho del espacio ultraterrestre está en las primeras fases de su desarrollo. Es la hora, por usar una expresión, de "inventar" las normas. A fenómenos nuevos, normas nuevas. Qué mejor si esas normas provienen, *por analogía*, de aquellas que la comunidad internacional ya conoce.

Esa comunidad maneja muy bien los conceptos del *derecho territorial menor* a que hicimos alusión arriba. Son derechos limitados, no soberanos,

44. MONACCO, R. *Course générale du droit international public*, R. des C., 1968 (III).

45. GUGGENHEIM, P. *Les principes de droit international public*, R. des C., 1952 (I).

46. V. KAUFMANN, E. *Droit international de la paix*, R. des C., 1935, (IV), 440.

tales como la plataforma continental submarina, la zona contigua y la zona económica exclusiva (ZEE).

La plataforma continental submarina y la zona económica exclusiva

En el derecho internacional del mar hay únicamente dos nociones básicas: el mar territorial, sujeto a la competencia territorial soberana del Estado ribereño, y el mar abierto con sus libertades de navegación etc. Entre el mar territorial y el mar abierto hay un verdadero límite, en el sentido jurídico internacional.

El artículo I de la Convención de Ginebra define la "alta mar" como "la parte del mar no perteneciente al mar territorial ni a las aguas interiores de un Estado", y agrega (artículo II): "ningún Estado podrá pretender legítimamente someter cualquier parte de ella a su soberanía". El artículo 86 de la Nueva Convención sobre el Derecho del Mar (Convención de Jamaica de 1983) define también la alta mar por la negativa y en su artículo 89 transcribe textualmente el acápito citado del artículo II de Ginebra.

El mar territorial surgió como noción por razones de defensa del Estado ribereño. Pero, luego de la Segunda Guerra Mundial, cuando empiezan a surgir nuevas tecnologías y nuevas necesidades, surge también nuevas nociones. Primero la de la plataforma continental y, más adelante, la de la zona económica exclusiva.

El artículo I de la Convención de Ginebra sobre Plataforma Continental y el 76 de la Convención de Jamaica definen la plataforma como el lecho del mar y el subsuelo "de las zonas submarinas adyacentes a las costas pero situadas fuera de la zona del mar territorial" (Ginebra) o "de las áreas submarinas que se extienden más allá de su mar territorial" (Jamaica), vale decir, en ambos casos, en alta mar. En el mar territorial, aunque haya plataforma geológica no hay plataforma jurídica.

En esa zona submarina, que forma parte de la alta mar, el Estado tiene unos derechos y unas limitaciones. El artículo 3 de la Convención de Ginebra y el artículo 78 de Jamaica especifican que "los derechos del Estado ribereño... no afectan al régimen de las aguas suprayacentes como alta mar, ni al del espacio aéreo situado sobre dichas aguas", ni le permiten, por ejemplo, impedir el tendido de cables submarinos o tuberías (47).

47. Artículo 4 de Ginebra, 79 de Jamaica.

¿Cuáles son los derechos del Estado ribereño sobre la plataforma? No nos interesan en detalle sino en términos generales:

El artículo 2 de Ginebra y el 77 de Jamaica son idénticos en sus tres primeros numerales que transcribimos aquí:

1. El Estado ribereño ejerce derechos de soberanía sobre la plataforma continental a los efectos de su exploración y de la explotación de sus recursos naturales.
2. Los derechos a que se refiere el párrafo 1 de este artículo son exclusivos en el sentido de que, si el Estado ribereño no explora la plataforma continental o no explota los recursos naturales de ésta, nadie podrá emprender estas actividades o reivindicar la plataforma continental sin expreso consentimiento de dicho Estado.
3. Los derechos del Estado ribereño sobre la plataforma continental son independientes de su ocupación real o ficticia, así como de toda declaración expresa.

Esos "derechos de soberanía" son puramente los relacionados con la exploración y explotación de un recurso natural, adyacente a sus costas, más allá de su mar territorial, pues en éste podría explorarlos y explotarlos sin necesidad de Convención especial.

Durante los debates en la Conferencia fue propuesta reiteradamente la tesis de soberanía territorial sobre la plataforma (48) dado que podría ser "utilizada" para fines diferentes de la explotación de los recursos (vgr. instalación de radares, instalaciones militares como las "Texas towers", almacenamiento de petróleo, etc.). Otros propusieron, en cambio, la supresión del calificativo "de soberanía" porque lo encontraban contradictorio con las características de la soberanía de estabilidad y certeza. La expresión quedó, pero también quedó claro que "los derechos de soberanía" no son "soberanía" y que carecen de la permanencia, invariabilidad y constancia de ésta y, más aún, que son limitados y "conviven" con derechos de otros Estados (49). Otra la tesis de Rousseau (50) para el que la expresión "derechos soberanos" equivale a "soberanía".

La plataforma es, pues, un derecho territorial menor que comprende, para el Estado ribereño, derechos preferenciales y exclusivos, limitados a los fines

48. Chile, Ceylán. V. Documentos oficiales, A/Conf. 13.42.

49. VALLEY, V. Ch., Le plateau continental dans le droit positif actuel, París, 1971, 151 y ss.

50. Op. cit., VI, 433.

de la exploración y explotación de los recursos del suelo y el subsuelo del mar, más allá del mar territorial.

Una historia similar y un resultado casi idéntico tiene la ZEE.

Esta noción está incorporada en la Convención de Jamaica que la define también (artículo 55) como un "área situada más allá del mar territorial" en la que el Estado (artículo 56,1, a) tiene "derechos de soberanía para los fines de exploración y explotación, conservación y administración de los recursos naturales". El artículo 58 señala también las limitaciones del Estado ribereño (libertades de navegación, sobrevuelo, tendido de cables, etc.). A diferencia, sin embargo, de lo estipulado en cuanto a la plataforma, si el Estado no tiene capacidad de explotar toda la captura de pesca permisible deberá dar "acceso a otros Estados al excedente", aunque naturalmente mediante acuerdos (artículo 62) (51).

De todo lo anterior y respecto de la plataforma y la ZEE, puede concluirse:

- a) Que no hay Soberanía territorial clásica.
- b) Que los derechos son limitados.
- c) Que existen en razón de tratarse de recursos naturales.
- d) Que existen para la exploración y explotación de esos recursos.
- e) Que son preferenciales y exclusivos (o, al menos, en el caso de la ZEE, sujetos a acuerdos para su explotación).
- f) Que existen sin perjuicio de los derechos de libertad de navegación de otros Estados.

La ZEE: una transacción

Vale la pena traer a colación un análisis adicional sobre la ZEE en su historia a lo largo de la Tercera Conferencia sobre el Derecho del Mar que culminó en el Tratado de Jamaica (Montego Bay).

En efecto: por decreto No. 25 de 27 de enero de 1951 Honduras creó una "Zona de Control y Protección de los Recursos Naturales" de 200 millas en la costa Atlántica (al Pacífico Honduras accede por la Bahía de Fonseca).

Por declaración de 1952 (Santiago) y de 1970 (Lima) los Estados del Pacífico latinoamericano reivindicaron 200 millas de mar territorial y por el

51. ORREGO VICUNA, F. y otros, *La Zona Económica Exclusiva, una perspectiva latinoamericana*, Santiago, 1982; DUPUY, R.J., *L'Océan partagé*, París, 1979, I, esp. 67-103.

Tratado de Santiago estipularon esa extensión como mar territorial, sujeto por ende a soberanía territorial con la sola limitación del derecho de paso inocente.

En la Declaración de Santo Domingo (1972), con la participación de los Estados del Caribe, se habló del "mar patrimonial" de esa extensión (52).

El mar territorial implicaba sustraer el área a la alta mar. En la sesión de Caracas (Tercera Conferencia) las grandes potencias marítimas se opusieron con todos los argumentos a una extensión del mar territorial tan amplia, pero no por razones económicas de explotación de los recursos sino, principalmente, por razones militares y por el efecto que tal extensión tendría en el libertad de navegación. Se calcula que más del 50% del tráfico marítimo internacional hubiera salido de la alta mar para pasar al derecho de paso inocente.

En 1971 Kenya propuso al Comité Jurídico Consultivo Afro-asiático la tesis de ZEE como un compromiso: no constituye mar territorial, no implica soberanía plena, solamente tiene por objeto el reconocimiento de derechos económicos, en beneficio de los Estados ribereños, sobre la zona marítima frente a sus costas, sin perjuicio de las libertades de la alta mar (de navegación, sobrevuelo y tendido de cables y tuberías submarinas). En 1972 el mismo gobierno presentó la noción de una zona autónoma de jurisdicción exclusiva sobre los recursos biológicos y minerales. En 1973 (Addis-Abeba) y en 1974 (Mogadiscio) los Estados de la Organización de la Unidad Africana se refirieron a la "soberanía permanente" de los pueblos sobre sus recursos naturales en la ZEE "pero sin perjuicio de otras utilidades legítimas del mar". Se trataba de "desterritorializar" las 200 millas para lograr su aceptación por las grandes potencias.

Este *compromiso* sedujo a las grandes potencias pues se logró a cambio del reconocimiento de las 12 millas de mar territorial. Así la noción de la ZEE guarda un equilibrio entre la libertad de navegación, inherente a la alta mar, y los derechos de los Estados ribereños (53). La noción triunfó porque fue un rechazo al "territorialismo" de ciertos Estados latinoamericanos que predicaban una noción "máxima" de mar territorial.

"El Estado ribereño ejerce en esta zona económica no la soberanía en su plenitud, sino ciertos derechos determinados, enumerados por el texto de

52. Doc. A/AC.138/SC.II/L.21.

53. QUEDENEC, J. P., *La zone économique*, Revue Générale de Droit International Public, 1975, 74.

la Convención" (54). "La noción de mar territorial... no prevaleció en razón de su franqueza, que inquietaba a las potencias marítimas; la zona económica exclusiva parecía más neutra. La calificación de exclusiva... aparecía como menos peligrosa... porque ponía un menor acento sobre la idea de propiedad" (55).

La ZEE no fue, en el fondo, sino una ampliación de la noción ya existente de la plataforma continental. Y esta noción, es muy importante tenerlo en cuenta, fue de origen norteamericano. De tal manera que, con estos antecedentes, es muy fácil argumentar una analogía con un fenómeno equivalente, siempre y cuando se hable de (i) recurso natural y (ii) derechos de soberanía preferenciales; porque, no nos cansaremos de repetirlo, estas son nociones muy conocidas a la comunidad internacional, con significado propio y debatidas a fondo en las respectivas conferencias. Cuatro borradores, al menos, se hicieron en la Tercera Conferencia para lograr el "compromiso" de la ZEE como derecho territorial menor.

La contigüidad geográfica

La contigüidad es un título real y efectivo para la adquisición de la competencia territorial y así funciona en el Océano Glacial Ártico que es un mar no abierto donde la competencia se establece por aplicación de la teoría de los triángulos esféricos en los que la base la constituye la ribera, el vértice, el polo y los lados los meridianos a partir de los extremos de la frontera.

La gran separación de la zona antártica (entre 3.600 y 7.000 kms.) de las masas continentales no ha permitido la aplicación cabal de la tesis en esa zona. No obstante, Argentina ha reivindicado soberanía sobre varios sectores e instalado 8 bases militares sobre la tesis de la contigüidad de la estructura geológica de los Andes que se extienden por debajo del mar hasta la Antártida (56).

Pero es evidente que los derechos que un Estado ribereño tiene más allá de su mar territorial obedecen a la vecindad geográfica. Esa vecindad se corta, por así decirlo, en el caso de la OG pues habría en el intermedio una zona que es *res communis omnium*.

54. DUPUY, op. cit., 70. "Proyección de derechos especializados", los llamó F.V. García Amador (ibid).

55. Id. ibid, 71.

56. ROUSSEAU, Ch., Derecho Internacional Público, (ed. castellana), Barcelona, 1966, 255 y ss.

¿Desvirtúa esta situación la analogía con el derecho del mar? Nuestra opinión es que no.

Los Estados ecuatoriales tienen una situación geográfica especial. Son los más vecinos a la órbita que es, por definición, ecuatorial. Esa situación de subyacentes los hace acreedores a un trato especial, de la manera como el ribereño tiene un trato especial. La vecindad no puede interpretarse literalmente como continuidad. Puede haber solución de continuidad y sin embargo vecindad.

Si la tesis ha prosperado en el derecho del mar donde una ingente porción de mar fue colocada en régimen *sui generis*, no hay razón para que la OG, cuyo 70% sigue intacto como *res communis omnium*, no tenga también esa consideración, para la cual el antecedente de la Antártida es válido, más aún cuando no se trata de "establecer competencia territorial" sino meros derechos preferenciales menores sobre un recurso natural y en aplicación de las Resoluciones 1803 (XVIII) y 3016 (XXVII) de Naciones Unidas sobre la soberanía de los Estados a sus recursos naturales.

Aplicación del concepto de "derecho territorial menor" a la OG.

Veamos ahora qué es lo que se pretende cuando se "reivindica soberanía" en la OG.

La OG, tratase del concepto simplemente físico, tratase de la órbita en su aplicación a las frecuencias, es un recurso natural (57).

La OG carece de valor práctico si no se utiliza. Es, por consiguiente, un recurso natural que, aunque limitado, debe ser utilizado. Su utilización no lo agota. La evolución tecnológica, que ha logrado un mejor aprovechamiento de las frecuencias sin interferencias no obstante la cercanía de los satélites permite afirmar que es también un recurso natural expandible.

La Comisión Federal de Comunicaciones de los Estados Unidos predice que "dentro de quince años, probablemente a través de algunos cambios, la capacidad de cada transpondedor habrá crecido entre tres y cinco veces y quizá más". De otro lado los satélites ya están usando circuitos digitales

57. "La órbita geoestacionaria... es un recurso natural limitado...", dice el Proyecto de Principios para regular la órbita geoestacionaria, presentado por Colombia, Ecuador, Indonesia, Kenya a la Subcomisión de Asuntos Jurídicos de la Comisión sobre la utilización del Espacio Ultraterrestre con fines Pacíficos, Ginebra 29 de marzo de 1984.

(por oposición de los análogos) para mover la información a mayor velocidad. El uso de técnicas digitales puede aumentar la capacidad de los transpondedores hasta diez veces sin aumentar la complejidad del diseño del satélite, aun cuando tendrá costos sustanciales en los *interfaces* de las estaciones de tierra (58).

Es fácil concluir que el primer "derecho" que interesa a los países ecuatoriales es el de explotación.

Cabría preguntar ¿qué tipo de explotación? Ante todo debemos reiterar lo ya dicho: la tecnología actual permite estacionar satélites muy vecinos unos a otros, operando las mismas frecuencias, siempre y cuando "alumbren" territorios distintos. La explotación de la OG en satélites de comunicaciones no tendría que ser, necesariamente, exclusiva.

Pero en cambio habría cierto tipo de derechos conexos o accesorios a los satélites de comunicaciones:

- a) Que no se estacionen sin permiso del Estado subyacente. Simplemente porque si hablamos de un derecho preferencial y "soberano" lo menos que se puede pedir es el consentimiento previo del Estado. Aunque, en nuestra opinión, sería plenamente aceptable una disposición que obligue al Estado subyacente a otorgarlo si se cumplen ciertos requisitos por parte del solicitante.
- b) Que no "alumbren" el territorio del Estado subyacente, a menos que así se haya convenido
- c) Que eviten el cubrimiento intencional no autorizado del Estado subyacente.
- d) Que no sean satélites espías o de investigación. Y si son de investigación que sus resultados se comuniquen al Estado subyacente y no se comuniquen a terceros sin previo permiso del subyacente.

No obstante, al pensar en la OG hay que pensar en el futuro. En efecto, al menos sobre el papel, existe ya la tecnología para explotar la OG en cuestiones distintas de las meras comunicaciones. Por ejemplo, estaciones de energía solar capaces de transmitirla a la tierra por microondas. Incluso otro tipo de

58. Cfr. MARTIN R., Access to satellite orbit is conference issue, *Usis*, July-August 1985.

estaciones y laboratorios permanentes. Arthur C. Clarke pronostica la energía "sin hilos" para el año 2.000 (59).

Estos desarrollos no lejanos y otros que quizá no podemos prever ahora hacen necesario defender los derechos de soberanía para la utilización y explotación preferencial y exclusiva de OG para los Estados subyacentes.

Pero esos resultados se logran más fácilmente a través de esta teoría —la analogía con el derecho del mar— que con la de la soberanía. La experiencia ha demostrado que la "soberanía" no tiene futuro (tampoco ha tenido pasado) no solamente porque va a contrapelo de la costumbre internacional y, por consiguiente contra el derecho, sino porque son muy pocos los Estados que se benefician con ella. La inmensa mayoría no son ecuatoriales.

La soberanía ¿tesis tradicional colombiana?

En varias partes de este escrito nos hemos referido a la soberanía como la tesis tradicional colombiana. Tenemos la impresión, sin embargo, de que no solamente Colombia sino los demás Estados ecuatoriales que la han acompañado en ella, abandonaron hace tiempo la tesis de la soberanía.

Fundamentemos esta opinión de la siguiente manera:

- a) *El Proyecto de Principios para Regular la Orbita Geoestacionaria* (60) presentado como documento de trabajo por Colombia, Ecuador, Indonesia y Kenya en la Subcomisión de Asuntos Jurídicos de la Comisión sobre la Utilización del Espacio ultraterrestre con fines Pacíficos de la Asamblea General de Naciones Unidas el 29 de marzo de 1984 no hace referencia alguna a la soberanía. Se dirá que no tenía que hacer esa referencia por tratarse de un documento técnico. Sin embargo, los principios contenidos en él *excluyen* la soberanía territorial en su concepto clásico.

Es así como, por ejemplo, el Principio III dice que "los Estados ecuatoriales preservarán los segmentos correspondientes de la órbita geoestacionaria, supradiacentes a sus territorios, *para su utilización oportuna y apropiada por parte de todos los Estados*, particularmente de los países en desarrollo" (subrayado nuestro).

¿Podría alguien explicar la compatibilidad entre el concepto clásico de la soberanía territorial y la "utilización oportuna y apropiada por parte de

59. *Perfiles del Futuro*, Barcelona, 1977, 280.

60. Documento A/AC.105/C.2/L.14.

todos los Estados" de la OG? Los filósofos dirían que aquí existe una *contradictio in terminis*. Ningún Estado pone parte alguna de su territorio, llámese suelo, subsuelo, mar territorial, aguas interiores o espacio aéreo a disposición de "todos los Estados" para su utilización oportuna y apropiada, cualquier cosa que esos calificativos quieran decir.

El principio II, por su parte, pide para la OG "un régimen jurídico *sui generis*" (sic). Es evidente que la soberanía territorial tiene un régimen jurídico, pero que éste no es *sui generis* y que si hablamos de un régimen especial es porque estamos sacando la OG de su régimen de soberanía territorial.

b) Los agentes de Colombia en los organismos respectivos han reiterado, igualmente, la tesis de la soberanía territorial:

"No reclamamos derechos para ser ejercidos en una forma egoísta por los países ecuatoriales, sino para *compartirlos* en primer lugar con los países en desarrollo" (61). Si la soberanía se comparte ya no es soberanía sino derecho territorial menor. ¿Condominio?

"Los Estados ecuatoriales no estamos reclamando la concesión de la soberanía plena y exclusiva sobre la órbita geoestacionaria a la manera clásica". "Reclamar competencia territorial sobre la órbita no está autorizado ni la requerimos". "No estamos buscando un tipo de soberanía clásica en ésta (la OG)" (62).

"Expresamente declaramos que deseamos contribuir a que la órbita geoestacionaria esté regida por un régimen jurídico *sui generis* (sic) que permita

61. Declaración del embajador de Colombia Héctor Charry Samper para presentar el proyecto de Principios para la Órbita Geoestacionaria en nombre de Colombia, Ecuador, Indonesia y Kenya, Ginebra, marzo 30 de 1984.

62. Intervención del Jefe de la Delegación de Colombia, Embajador Héctor Charry Samper ante el Comité sobre Usos Pacíficos del Espacio Ultraterrestre, Viena, junio de 1984. El Embajador Charry Samper, hombre experto e inteligente, lleva largos años defendiendo los intereses de los Estados ecuatoriales y ha captado muy bien que el reclamo de soberanía no tiene perspectivas. En cambio, ha sido muy claro y terminante en solicitar para los Estados ecuatoriales "derechos" y ha hecho la analogía con el derecho del mar, en la misma forma como lo hemos expuesto aquí. "Varias veces se ha citado la experiencia del derecho del mar, que encontramos útil". "El papel de la costumbre como fuente del derecho espacial merece una atención cuidadosa". "Todo conduce hacia la estructuración integral del concepto del espacio ultraterrestre como 'patrimonio común de la humanidad' en forma similar a como se ha logrado en el mar". "Se requiere una reglamentación jurídica *sui generis* (sic) que permita conjugar la libertad y la equidad en la órbita geoestacionaria". (Declaración del Embajador de Colombia Héctor Charry Samper en nombre de la delegación de Colombia ante la Subcomisión del Espacio Ultraterrestre, Ginebra, marzo 27 de 1984).

el verdadero acceso equitativo de todos los Estados". "Tenemos en cuenta que en la Convención del Mar firmada en Montego Bay (1983) se estableció que las actividades por ella regladas se realizarán en beneficio de la humanidad, 'prestando consideración especial a los intereses y necesidades de los Estados en desarrollo'. Como esa Convención declaró patrimonio común de la humanidad la zona más allá de la jurisdicción de los estados costeros sobre la llamada Zona Económica Exclusiva, es un precedente que alegamos y podría servir —*mutatis mutandis*— en la estructuración del régimen *sui generis* para la órbita". El principio IV "se refiere al derecho preferencial a los ecuatoriales en la órbita. Aquí nos inspiramos también, 'mutatis mutandis' en ejemplo del nuevo derecho del mar con la consagración de la llamada Zona Económica Exclusiva hasta 200 millas a partir del mar territorial y hasta encontrar la zona de patrimonio común de la humanidad. Los países ecuatoriales no reclaman derechos exclusivos ni excluyentes sino una cierta prioridad...". "Como hemos señalado el 70% de la órbita queda en la proyección geométrica de mares y océanos y como en la Convención del Mar (Montego Bay) se declaró patrimonio común de la humanidad las zonas situadas más allá de las 200 millas de la ZEE de los estados costeros, ello abre el camino para encontrar un régimen *sui generis* (sic) que incluya el 70% y el 30% preferencial, similar a la ZEE para los países ecuatoriales" (63).

Lo mismo, sustancialmente, puede leerse en la intervención del Jefe de la Delegación de Colombia ante el Comité sobre Usos Pacíficos del Espacio Ultraterrestre (64).

No es, pues, aventurado concluir que la tesis de la soberanía fue abandonada por Colombia hace tiempo. Y, naturalmente, como se concluye de lo hasta aquí expuesto, sería un error regresar a ella.

La ocupación de hecho:

Es evidente, y no podemos pasarlo por alto, que el principio "*first come, first served*", que se aplica en la práctica en la OG contradice jurídicamente el Tratado de 1967, que prohíbe la apropiación nacional por "uso u ocupación".

Nos parece que aquí radica el argumento internacional más importante, que debe ser utilizados a fondo en los debates internacionales, para argüir

63. Declaración del Embajador de Colombia para presentar el proyecto de Principios para la Órbita Geoestacionaria, cit. *supra*.

64. Cit. *supra* nota 61.

por un régimen especial, *sui generis*, para la OG como derecho territorial menor.

En el caso colombiano existe también una ocupación de hecho. Y por ella Colombia tiene que llevar hasta sus últimas consecuencias sus reclamos por razón de responsabilidad internacional del Estado. Si hablamos de soberanía con mayor razón, aunque tenemos que un argumento de ese orden no tendría perspectivas, porque es claro que se le opondrían los reconocimientos expresos que se han hecho de no soberanía (65).

CONCLUSIONES

De lo anterior puede concluirse que la forma sensata de defender para los países ecuatoriales la OG es a través de una analogía con el derecho del mar y no con una impracticable soberanía.

65. V. por ejemplo, PCIJ Series A/B.No. 53 (1933), 22-147; (61) I.von Münch, *Eastern Greenland Case en: Bernhardt (ed.), Encyclopedia of Public International Law, Instalment 2 (1981), 83.*