

# Soberanía y espacio aéreo

## El régimen jurídico del espacio aéreo.

Por JOSE MARIA GARCIA ESCUDERO  
Teniente Coronel Auditor.

En el último artículo publicado en esta REVISTA, examinamos lo que allí se llamaba "la historia del problema"; es decir, las diversas teorías emitidas y aplicadas sobre el problema de la soberanía sobre el espacio aéreo desde que se planteó como tal. La explicación de muchas posturas equivocadas puede encontrarse en la ausencia de una indagación previa sobre el concepto de soberanía, que, indebidamente, se ha englobado en el de propiedad o ha sido tomado con un alcance inadmisibles. Pero es que la falta de esa indagación puede ser también clave de lo endebles de muchas argumentaciones que, acertando en la conclusión, flaquean en el andamiaje sobre el cual alzan aquélla. Veamos, pues, con método científico, si la soberanía sobre el espacio aéreo es posible, partiendo de un concepto exacto de la soberanía en general.

### Ambito de la soberanía.

Entendida ésta como poder del Estado, y éste, a su vez, como la forma política de la organización social (ciudad, región, nación) que en cada momento no reconoce superior, es claro que la soberanía se dará incluso en un hipotético Estado mundial. Pero la realidad actual es de pluralidad de sociedades nacionales, y, por consiguiente, de soberanías nacionales, sin que por ahora, al menos, se haya alcanzado un tipo de sociedad superior a las propias naciones. Con éstas, por consiguiente, se identifica hoy el Estado, y es a ellas a las que vamos a referirnos especialmente.

Pues bien: de la pluralidad de Estados se

desprende la necesidad, para cada uno, de limitarse, de reducirse a un territorio, entendido éste como la "parte del globo en que un Gobierno puede ejercer su poder de compulsión" (1). Es esto tan esencial, que no pocos caracterizan por ello la soberanía, que así será un poder negativo, más que positivo: lo que llamamos independencia, o soberanía de puertas afuera, en oposición a la autarquía, o soberanía de puertas adentro; esto es, capacidad para organizarse. Desde luego, lo segundo, y no lo primero, es lo que verdaderamente caracteriza la soberanía, que puede concebirse perfectamente sin que frente a cada Estado coloquemos uno o más Estados rivales. Con todo, atender a esta realidad histórica puede sernos útil para apreciar más nítidamente determinados problemas y, desde luego, para hacer algo que resulte aplicable al tiempo presente.

En la situación actual, todo Estado necesita fronteras. ¿Cuáles? Téngase en cuenta que su determinación no podrá hacerse caprichosamente, sino con arreglo a las exigencias de la soberanía. "No es ésta—dice Ruiz del Castillo—la dominación por el placer de dominar, sino la dominación para lograr un fin" (2), a saber: el bien temporal de los súbditos, de manera negativa (el Estado, árbitro de sus discordias y guardián de sus intereses) y positiva (el Estado, promotor de la pública prosperidad); el

(1) Duguit: "Manual de Derecho Constitucional", 2.<sup>a</sup> ed. esp.

(2) "Derecho político", p. 80.

bien temporal del propio Estado. Pues bien: examinemos en cada caso qué necesidad existe de soberanía, y después, puesto que la soberanía es "posibilidad física de ordenar" (3), si, efectivamente, es posible, y, caso de contestar afirmativamente a las dos preguntas, deberemos deducir que, sobre el punto que nos toca decidir en concreto, hay soberanía; bien entendido, eso sí, que referida, no a este o aquel Estado, sino al Estado en general. De otra manera nos encontraríamos en la precisión de negarle la soberanía a aquellos Estados que se encontraran, por ejemplo, en notoria inferioridad de armamentos con respecto a sus vecinos; pero eso equivaldría, ni más ni menos, a negarle a un hombre normal sus derechos por razón de su evidente debilidad frente a un atleta. Lo que indagamos, para atribuir a un individuo derechos, es si puede ejercerlos, abstracción hecha de las posibles intervenciones ajenas. Lo que hemos de indagar para determinar si el Estado tiene soberanía sobre algún lugar, es si allí le es necesaria la soberanía, y si, genéricamente, a un Estado moderno le es posible ejercerla allí.

Ahora, apliquemos esta fórmula al problema del espacio aéreo y examinemos sucesivamente: primero, si es posible para el Estado subyacente ejercer sobre aquél la soberanía; segundo, si le es necesario.

#### Posibilidad de la soberanía sobre el espacio aéreo.

¿Será cosa de empezar descartando a Fauchille? "No es posible obrar sobre una cosa como señor, como soberano—reflexiona el tratadista—, más que teniendo el medio de ocupar esa cosa; pero de ocuparla—agrega en seguida—mediante una dominación "permanente, fija y exclusiva", por medio de un auténtico dominio que, según el internacionalista francés, no es posible sino "en la parte de la atmósfera que, en contacto con la superficie, es, por las cosas incorporadas a ella, susceptible de ser materialmente apropiada por los Estados" (4). Por encima de esa capa es imposible para un

Estado tener la atmósfera en su poder; no puede imprimir sobre sus ondas la menor marca de una autoridad continua: no se concibe que su actividad o su industria la modifique o la transforme. Tales armas dialécticas, por supuesto, pueden valer disparadas contra la propiedad del espacio aéreo: son absolutamente inofensivas para la soberanía, que tiene sus requisitos, los cuales no son, por cierto, los de la propiedad, a los que Fauchille, llevado de la confusión a que antes aludí, se refiere.

Sólo que la teoría clásica sobre los requisitos de la soberanía puede, no obstante, inducir a error. Entran ahí, en efecto, el descubrimiento seguido de la toma de posesión, primero ficticia (despliegue del estandarte, etc.), luego real y efectiva. Ahora bien: esa teoría sobre los modos originarios de soberanía data de una época en que la conquista del aire apenas si era sueño de unos visionarios; es menester adaptarla a las nuevas necesidades, conservando lo que es esencial y dejando desprenderse la piel sin vida de lo accidental y caduco. Como madame Lycklama observa, "¿no es más razonable tratar cada dominio según su naturaleza? El principio de la soberanía es el siguiente: el que manda como señor en un cierto dominio, es allí soberano. ¿No puede (el Estado) mostrar que es allí (en el espacio aéreo) soberano, sin colocar señales fijas, si de hecho manda allí como soberano o señor?" (5). Este es el modo de plantear la cuestión. La esencia de la ocupación no es la toma de posesión material a que tan porfiadamente se refiere Fauchille, sino, como indica Diena, la existencia de "una organización idónea para hacer respetar los derechos adquiridos, la libertad de tránsito y el ejercicio del comercio" (6). En tierra, ello, sin duda, se manifiestará por la ocupación material. Pero, ¿y en el mar? ¿Y en el aire? Puede, por eso, escribir Le Goff: "No parece que la idea de soberanía deba ser considerada como inevitablemente ligada a la de posesión. La soberanía implica derechos positivos como la policía, la reglamentación; estos derechos positivos pueden perfectamente ser ejerci-

(3) Enrique Gil y Robles: "Derecho político", t. II, p. 288.

(4) "Derecho internacional público", t. I, parte II, ps. 586, 587 y 589.

(5) "La souveraineté aérienne". "Revue juridique de la Locomotion Aér.", p. 246, 1910.

(6) "Derecho internacional", p. 223.

dos sin que haya toma de posesión. Se concibe muy bien al Estado subyacente dictando reglas aplicables a la atmósfera situada sobre su territorio y haciéndolas observar por su policía, sin haber tomado por eso posesión de la atmósfera" (7). Podemos, por eso, nosotros preguntarnos, no por la posesión, sino por el imperium sobre la atmósfera. ¿Es posible?

De nuevo nos sale al paso Fauchille. ¿De qué medios dispone un Estado para ejercer ese imperio? ¿Los cañones? Para que fueran eficaces, habrían de instalarse en todos los puntos estratégicos de la frontera, y tan cercanos, que no dejaran el menor canal imbatido entre ellos. ¿La artillería instalada sobre aeronaves? Entonces la soberanía sólo podría afirmarse en un momento dado y en un solo lugar. Ahora bien: piénsese que ni en mar ni en tierra es hacedera la constante afirmación de la soberanía en todos y en cada uno de los puntos del territorio; que basta con que—advierde Kroell—la soberanía pueda mostrarse cuando deba ser afirmada; que así, ésta es posible sin apropiación visible y duradera; que los mismos desiertos y mares, sobre los que unánimemente se reconoce soberanía a los Estados, son una prueba de ello; se comprenderá que los argumentos de Fauchille ni aun en su tiempo podían resultar convincentes. Dado el estado actual de la navegación aérea, menos aún. Al repasarlos hoy, nos hace sonreír su ingenuidad. Porque hoy un Estado puede ser, efectivamente, señor de su cielo. Recuérdense, en la segunda guerra mundial, las batallas de Inglaterra y Alemania; batallas exclusivamente aéreas, que al cabo se decidieron por el predominio de uno de los contendientes—Inglaterra, los aliados—sobre el espacio aéreo disputado en cada caso. El Mariscal Montgomery ha declarado paladinamente que, a su entender, el primer gran principio de la guerra estriba en no emprender la batalla terrestre hasta haber ganado la aérea (8). Todo el conflicto mundial ha girado sobre la creencia en la posibilidad del dominio del aire. Militarmente, ese dominio es difícil. Douhet mismo montó su famosísima teoría de la vic-

toria por el ataque aéreo, partiendo de la base de que en el aire la defensiva es imposible, y la ofensiva fácil. Pero para nuestro objeto, basta con la mera posibilidad, fácil o no, y fácil es, desde luego, en tiempos normales. Si el poder del Estado necesita "para existir jurídicamente que le sea posible probar con hechos su existencia, lo que se traduce, considerado exteriormente, en la posibilidad de rechazar los ataques de que pueda ser objeto" (9), hoy día, en que el Estado no sólo es dueño de la navegación aérea, sino de las ondas, auxiliares eficacísimos de aquélla, no ya la hipótesis, sino la realidad, habla en favor de la soberanía. La posibilidad de ésta sobre el espacio aéreo, que no consiste en una toma de posesión material, sino en la facultad de imperio, es ya una realidad evidente.

#### Necesidad de la soberanía sobre el espacio aéreo.

La escuela alemana funda la soberanía en el interés. Por eso Grunwald sostiene que el derecho del Estado sobre el espacio aéreo no se ejerce más allá de lo que su interés reclame. Pero esa afirmación puede inducir a error: a recortar ese interés, distinguiendo dos zonas atmosféricas: una inferior, de soberanía; otra superior, libre. Como en el mar, aunque olvidando que si en el segundo, a cierta distancia de la costa, cesa el peligro, la fuerza de gravedad se obstina en hacer permanente el riesgo desde el aire a cualquier altura. (El "V-2", empleado por los alemanes en la pasada guerra, se elevaba hasta unos 110 kilómetros de altura sobre la superficie.) Por eso, es más exacto proclamar con Kroell, que hoy día la utilidad para un Estado llega a la estratosfera; o con Kelsen, que el territorio de un Estado es como un cono cuyo vértice se encuentra en el centro de la tierra y su base en el espacio aéreo, tomado desde una altura determinada únicamente por las posibilidades del Estado.

Por supuesto que, al lado de las de seguridad, hay razones de otro orden. "La atmósfera, el aire, la columna aérea que se eleva sobre nuestras tierras, sobre nuestros campos, sobre nuestros montes—escribe retóricamente Amador y Carrandi—, es tan

(7) "Traité", p. 46.

(8) "We never fought a land battle until the air battle was won. That is the first great principle of war."

(9) Jellinek: "Tratado", p. 328, nota.

necesaria, que sería completamente imposible prescindir de ella, y su naturaleza e importancia es tal, que es imposible asimilarla ni compararla con ninguna otra. Y el Estado que enajenase estos derechos y que consintiese que los demás pueblos o individuos pudiesen ejercitar sobre esta misma atmósfera los actos que tuvieran por conveniente, sin poder alegar sobre ella derecho alguno, abandonaría uno de los más sagrados deberes de su existencia. Además, si no reconociéramos derecho alguno en la atmósfera, en esa capa aérea que se eleva sobre nuestro suelo, a raíz de nuestra tierra, ¿cómo podríamos edificar, cómo levantar fortalezas que amenazaran con sus cañones al territorio cercano? ¿Cómo construiríamos las casas donde albergarnos, cómo plantaríamos los árboles que recrean la vista y constituyen la riqueza de algunas regiones? ¿A qué se reduciría entonces el derecho del Estado, si no tuviera poder más que en el macizo de la tierra, en el suelo que se pisa, cuando la vida toda del hombre se desarrolla precisamente sobre ese suelo, no en su interior, sino en esa capa que le rodea, que le envuelve?" (10). En las zonas altas de la atmósfera tiene lugar el transporte aéreo, y es lógico que a los Estados les interese un camino que tan importantísimo papel desempeña en la sociedad actual.

Pero es la razón militar la que, a mi juicio, se puede apreciar más claramente. Hemos asistido a una crisis en los procedimientos bélicos, semejante a la originada por la aparición de la artillería. Recientemente ha sido la Aviación la máquina revolucionaria. Como hubo quienes a raíz de la introducción de los primeros cañones no vieron en ellos sino máquinas de hacer ruido, sin una misión propia, así ha habido gentes que no vieron en la Aviación más que un valiosísimo auxiliar de las armas de tierra o de mar. Pero la Aviación es un arma con función propia. El poder aéreo puede decidir las guerras atacando precisamente las líneas interiores del enemigo, destruyendo, no ya el ejército contrario, sino las fuentes de su poder (11). Ahora

(10) "El dominio atmosférico". Salamanca, 1912.

(11) Véanse "Victory through air power", del Mayor Alejandro P. de Seversky, y "The fight for air power", de W. Braddford Huie, como ex-

bien: todo Estado tiene un repertorio de derechos perfectamente equiparables a los de una persona natural, como consecuencia de su naturaleza de persona moral: derecho a la vida, a la integridad corporal, a la defensa, al natural desarrollo físico, al patrimonio espiritual y a su perfeccionamiento, al acceso a los medios de producción que puedan facilitarle la subsistencia, a la igualdad jurídica, a la no intervención en sus asuntos internos—supuesto, claro es, en éstos un mínimo de moralidad...— El primero de estos derechos es el derecho a la existencia. La navegación aérea ha creado una nueva frontera que pasa por todos y cada uno de los puntos del territorio nacional. Sea lo que fuere de las teorías estratégicas a que antes he hecho alusión, la guerra total no es una teoría, sino una realidad. Y la guerra total no es sino el ataque, no ya por esta o aquella brecha abierta en las viejas divisorias superficiales, sino por todos los puntos de la nación; el mazazo que, descargado desde lo alto sobre la integridad del enemigo, aspira a extirpar fulminantemente esa retaguardia que antaño era reserva de los combatientes de primera línea. ¿Puede un Estado desentenderse de ello?

"La propiedad de la atmósfera que les es propia se hace cada día más, para los Estados, una exigencia elemental de libertad y de seguridad de vida" (12). Esta es una verdad que ni a los partidarios de la libertad del aire pasó inadvertida. Por eso añadieron siempre a la enunciación de su principio una reserva: los derechos de los Estados subyacentes. Los Estados podrán, según Fauchille, oponerse a todo lo que sea de naturaleza propia para amenazar su territorio, tomar las precauciones necesarias para conservar la seguridad y la salud de su población, proteger incluso sus

ponentes en los Estados Unidos de la tesis a que me refiero. La guerra 1939-45 la perdió Alemania, según ella, por su insuficiente concepción de la aviación, en la cual no vio más que un auxiliar del Ejército. Los aliados la ganaron en la medida en que emplearon la aviación como poder independiente, con finalidades estratégicas y no meramente tácticas. La tesis robustece la necesidad de la soberanía; pero ya se comprende que aun sin ella, hay sobra de argumentos en pro de la soberanía sobre el espacio aéreo.

(12) Giannini: "La souveraineté", p. 7.

intereses económicos contra la concurrencia de los países extranjeros. Pero uno se pregunta con Le Goff: "Esos llamados derechos de conservación, ¿no pueden derivarse de una especie de concesión precaria, excepción hecha por la fuerza de las cosas a un principio de libertad absoluta?... ¿A qué rehusar al Estado subyacente un derecho de soberanía sobre el espacio aéreo, si es para obtener de un principio de protección, caprichosamente analizado, lo que hubiera sido tan sencillo deducir del solo principio de soberanía, el único, además, que puede autorizar a los Estados para ejercerlos? A decir verdad, la teoría de la libertad del aire revela un gusto extraño por la complicación" (13), pues lo es irse a buscar por vía empírica principios que tan perfecta razón científica encuentran en la soberanía.

Claro es que ésta, según los tiempos, varía. Por eso escribe Jellinek que "la soberanía es concepto formal, cuyo contenido varía en cada época según sus necesidades". Ahora bien: hoy día, un derecho de soberanía que se limitase a la pura superficie terrestre, carecería de significado real. Bien puede decirse, con Scialoja, que "negar la soberanía sobre el espacio aéreo de manera absoluta y general equivaldría, casi, a una negación de la soberanía territorial" (14). La soberanía sobre el espacio aéreo, hasta una altura limitada únicamente por la posibilidad, se funda en necesidades notorias, tanto en orden militar, como civiles y comerciales, y no puede ser científicamente sustituida por la atribución a los Estados de unos llamados "derechos de conservación", que, en rigor, sólo pueden explicarse por la soberanía.

#### Libertad de los mares y libertad del aire.

"Como en el curso de los siglos ha sido proclamada la libertad de los mares, parece que la libertad de los aires está ordenada por la Naturaleza" (15); "el aire en el cual se coloca el aerostato debe ser considerado en principio como libre, a ejemplo del mar..." (16). Las citas podrían conti-

nuarse casi indefinidamente. Para muchos, el gran argumento en contra de la soberanía sobre el espacio aéreo es que en los mares no sucede así. Importa por eso concluir este trabajo examinando brevísimamente el problema de los mares, a fin de descubrir si la solución obedece en él a los mismos supuestos que nos han guiado en el del espacio aéreo.

Prescindamos de las razones políticas que determinaron decisivamente el régimen jurídico de los mares. Y aun concretándonos a las jurídicas, pasemos por alto toda la pesada argumentación que, con relación al océano, insiste en puntos ya examinados debidamente al tratar del espacio aéreo. Así, por ejemplo, Ortolan niega la soberanía sobre el mar, porque "no hay posibilidad física, inmediata, actual, de obrar en cada instante y a voluntad sobre el mar, y de alejar a nuestro arbitrio toda acción extraña" (17). Pero ¿por qué no? Hace ya bastante años, Martens podía escribir que "en virtud del perfeccionamiento actual de las fuerzas navales, así como también de la ciencia y de las máquinas empleadas en la guerra marítima, está fuera de duda que pueden ser de hecho ocupadas por un Estado vastas extensiones de mar. Tampoco puede dudarse ya que la línea que limitase esta ocupación podría ser determinada tan exactamente como una frontera en tierra firme" (18). Esa ocupación, sin duda, no consistiría ya en el ingenuo arbitrio que imaginó Hautefeuille de los navíos de guerra estacionados en un determinado espacio. Actualmente, sin duda, la Aviación la facilitaría grandemente. Ya Richmond hace notar que el poder marítimo del que hablaba Mahan no está constituido únicamente por barcos, sino por cuanto contribuya a la fortaleza de una nación para la guerra marítima; en lugar muy destacado por el poder aéreo. Es notorio que el dominio del mar lo tiene hoy la Aviación, y que, como se ha dicho, los océanos, a medida que aumenta el radio de los bombarderos, ven limitarse sus zonas de mar libre, a manera de lagos que se desecan por evaporación. Pero ya antes de que apareciera la Aviación, la libertad de los mares había dejado

(13) Le Goff, ob. cit., ps. 23, 49.

(14) "Dello spazio", p. 66.

(15) Meili: "Die Luftschiffahrt das Recht", 1909.

(16) Mehignac: "Des lois et costumes de guerre."

(17) "Diplomatie de la mer", t. I, p. 118.

(18) "Tratado de Derecho internacional", t. I, p. 463.

de ser un hecho, a menos que los neutrales fueran lo suficientemente fuertes para imponerse a los beligerantes; y eso sólo puede indicar que es posible ocupar los mares, lo mismo que es posible ocupar la atmósfera. Ahora bien: la soberanía exige dos requisitos, como hemos visto: posibilidad y necesidad. Esta ¿se dará con relación al espacio marítimo?

Es aquí donde aparece la diferencia fundamental. En el aire es incuestionable la necesidad de la soberanía. En el mar, ¿lo es en la misma medida? Más bien puede decirse rotundamente que allí la soberanía no es necesaria. Y no es que debamos excluirla por la necesidad que tienen las naciones de transitar libremente por los océanos. Es eso lo que hace escribir a Olivert, que la razón de la libertad de los mares no está en la imposibilidad de la soberanía, sino en el derecho de la Humanidad a usar de ellos (19). Pero lo cierto es que la soberanía de un Estado no impide que los demás puedan transitar libremente por su territorio. Lo que sucede es que faltan otras razones para fundamentar esa soberanía, y entre ellas, especialísimamente, las razones de tipo militar.

Pensemos, en efecto, que la soberanía sobre el espacio aéreo se fundaba en gran parte en la posibilidad de un peligro inmediato, que había de ser evitado. En los mares, ese peligro lo representa el buque de guerra que tiene la costa al alcance de sus cañones; en cualquier momento, el daño puede producirse. Por eso, justamente, hay soberanía sobre la zona cercana a la costa. Pero en cuanto nos alejemos un tanto, sólo quedará el peligro potencial, que no puede admitirse como justificante de soberanía, porque, de hacerlo, nos obligaría a avanzar la línea de aquélla por aire y por mar—piénsese en el portaviones—casi indefinidamente, hasta abarcar la redondez de la tierra. Al peligro potencial, en tiempo de guerra, se le puede combatir fuera de la zona de soberanía, y si la realidad nos dice que la necesidad de combatirlo acabará por transformar toda la atmósfera en campo de batalla, ello será sólo una prueba más de la manifiesta desproporción actual entre

un planeta pluriestatal y unos medios de comunicación planetarios. Jurídicamente, el Estado neutral tendrá derecho para hacer sentir su soberanía, aunque ello trastorne a los beligerantes planetarios. De igual manera, y aun en tiempo de paz, puede el Estado ejercer ciertos derechos sobre el mar alejado de sus costas, como, por ejemplo, para la represión de la piratería. Pero nada de esto es soberanía. En rigor, se trata aquí de derechos de la sociedad internacional, que, a falta de poder internacional, son ejercidos como por delegación por los Estados nacionales; en el otro caso, estamos ante una extensión transitoria de la soberanía por causa de guerra, que carece de serias razones para convertirse en definitiva.

Como definitiva, en cambio, sí que se la admite, lo repito, sobre la zona litoral. Pero es que aquí hay razones. La misma cercanía a la costa, la necesidad de proteger el comercio de cabotaje, determinan la necesidad de unos derechos sobre la zona marítima que ciñe el territorio (su anchura es problema ajeno a este estudio), que más allá terminan. El mismo Fauchille, para quien el mar territorial no es sino parte del libre, reconoce esos derechos. "Admitir la libertad completa de esas aguas desde el punto de vista militar, sanitario, fiscal o económico, sería exponerse a graves peligros", dice (20). Sólo que esas necesidades sólo se dan aquí en una reducida zona periférica, mientras que en el espacio aéreo alcanza hasta donde llegue la posibilidad de navegación.

En resumen: la ocupación es hoy hacedera en todo el mar y en todo el espacio aéreo; en éste se conjugan posibilidad y necesidad; hay soberanía; en aquél, no; a no ser sobre una parte del mar: el llamado mar territorial; en consecuencia, no habrá soberanía sino sobre éste. Las razones que determinan la soberanía son unas mismas para el espacio aéreo y para el marítimo; lo que sucede es que, contrariamente a la opinión más difundida, las circunstancias son muy diferentes en cada uno de esos espacios. Equiparar, por consiguiente, su régimen jurídico, sin más, es, sobre falso, extremadamente peligroso desde el punto de vista científico.

(19) "Tratado de Derecho internacional". Madrid, 1903, ps. 186-7.

(20) "Traité", t. I, parte II, p. 131.