



Soberanía y espacio aéreo

La historia del problema

Por JOSE MARIA GARCIA ESCUDERO
Teniente Coronel Auditor.

En dos trabajos anteriores publicados en los números 75 y 76 de la REVISTA, y bajo el mismo título genérico que el presente, señalé con cierto detenimiento cuál era la actual organización internacional de la Aviación civil. Separemos, puestos a enjuiciarla, cuanto de entonces acá ha sucedido y pudiera enturbiar una serena apreciación. El que España no forme parte del ICAO—pues la organización ha dejado de ser provisional—, y no por otra razón que la afiliación de la entidad aeronáutica a la ONU, en la que España no tiene lugar por razones sobre las que sería ocioso insistir, será algo doloroso, sin duda, y más que por lo que a nosotros atañe, por lo que augura sobre el porvenir de una organización que así puede perder el carácter técnico que en sus principios, muy razonablemente, se ufano en proclamar; pero eso en nada debe modificar las conclusiones a que en los estudios anteriores llegamos. El mundo necesita—en la Aviación como posiblemente en lo político—una organización internacional.

Este es un hecho susceptible de rigurosa demostración, y del cual tenemos que partir; esa necesidad es idéntica a la que toda sociedad experimenta de un Gobierno que ponga orden en ella. Ahora bien: de igual manera que los Gobiernos nacionales, las organizaciones internacionales pueden tomar vías equivocadas. Pero resultaría manifiestamente desmesurado deducir de ahí que toda organización, en abstracto, deba ser recusada. No porque ICAO pueda emprender el camino de la política—y de la política miope—dejará de ser precisa la organización internacional, que algún día debemos esperar coincida enteramente con lo que demandan las necesidades. En tanto, sigamos nuestro examen: los principios sobre los cuales se organizaron la CINA y después PICAQ, ¿coinciden con los que deben regir en la organización de la Aviación internacional?

El primer problema que se nos presenta es éste: la CINA, como PICAQ, partieron

de la soberanía de cada Estado sobre el espacio aéreo colocado sobre su territorio. Esto, ¿es admisible? Pero ¿qué es lo que se ha pensado y se ha practicado sobre el particular con anterioridad a las organizaciones internacionales citadas? Porque la referencia al problema, no por repetida en tratados y monografías dejará de ser eslabón indispensable para nuestras conclusiones.

Ya Selden, en su "Mare clausum", sostuvo — bien madrugadoramente por cierto, en 1636—, que el aire se encuentra sometido al territorio subyacente. La afirmación, sin embargo, carece del valor de haber sido hecha con relación a algo real, no meramente hipotético. Pues si desde un principio existió el problema de la propiedad del espacio aéreo, el de la soberanía sobre el mismo no pudo nacer hasta que el hombre se adueñó del mismo; en rigor, hasta el primer vuelo de los hermanos Wright. Entonces, sí; en pocos años el hombre asiste a la evolución de unos pájaros mecánicos que logran, sorprendentemente, lo que durante un siglo persiguieron en vano los globos libres y sólo a última hora alcanzaron los dirigibles: la dirección en el aire. Entonces es cuando el jurista propiamente se hace problema del espacio aéreo.

¿Soberanía? ¿Libertad? Para el hombre de 1910, la navegación aérea es, ante todo, un peligro. Mediante ella, un enemigo puede franquear, inobservado, las fronteras, e impunemente espiar, y, ¿por qué no?, hostilizar. Es un vislumbre rudimentario de la que luego llamaremos "necesidad de la soberanía sobre el espacio aéreo", como única justificación de la reacción contra ese peligro. Pero llega el momento de concretar; la duda empieza, las opiniones se dividen y, ora por entender con demasiado rigor el concepto de "ocupación" que hace nacer la soberanía, ora por considerar que los medios para afirmar ésta son notoriamente ineficaces, los partidarios de la libertad del aire pueden proclamar el triunfo de su tesis, aunque no sea más que por la imposibilidad de la contraria. Es verdad que no faltan quienes, ante la eliminación de los medios de defensa, prefieren salir por la vía de los compromisos y colocar el límite de la soberanía allí donde acaba la potencia ofensiva de las armas de fuego—cañones o fusiles—, o donde la vista humana se de-

tiene (1). La repulsa ha sido casi unánime ante semejante olvido, no sólo del progreso de los medios técnicos de defensa, sino principalmente de una cierta fuerza de gravedad, en virtud de la cual el peligro a diez mil metros—y con él la justificación de la soberanía—subsiste como a cinco. Mas tampoco los partidarios de la libertad están libres de reproches, aunque atenúen lo extremado de su postura admitiendo unos "derechos de conservación" de los Estados. Justamente ahí asoma lo acientífico de su construcción. El derecho de conservación en que se apoya la soberanía es de entidad superior al de libre comunicación entre los Estados, y siendo así, es más lógico hacer del segundo correctivo del primero que colocar unos "derechos de conservación"—que en fin de cuentas son la soberanía—como excepción a la libertad. Pues aquélla es posible, y si no aparece así a veces en los escritos de sus mismos defensores, acháquese a pobreza de fantasía en cuanto al futuro de la Aviación. Es sintomático que, paralelamente al estirón de la aviación con la primera guerra mundial, todo ese nublado horizonte conceptual se despeje y asistamos a la proclamación del principio de soberanía por razones tan obvias que nos asombra cómo pudieron no reconocerse desde un principio.

Pues no se trata únicamente de la inconsistente distinción entre aire y espacio aéreo, que tantas confusiones innecesarias ori-

(1) Esas opiniones, como se ha dicho, se sostienen más por la autoridad de sus defensores que por la de sus argumentos (Giannini: "La sovranità degli Stati sullo spazio aereo", en "Saggi di Diritto aeronautico", Milano, 1932, pág. 6). Han mantenido el criterio intermedio, Holtzendorff, Rivier, Pietri, Hilty, von Bar, von Listz, Chrétien. Su origen se encuentra en el Derecho marítimo, según el cual (fórmula de Bynkershoeck) "potestatem terrae finiri ubi finitur armorum vis". Con referencia a la primera época del problema, Couannier presenta esta clasificación, que aparece también en Giannini: 1) Libertad sin restricciones: Wheaton, Bluntchli, Pradier-Forere, Stepkan y Nis; 2) Con restricciones: Strantz y Meilli; 3) Con una zona territorial: Fauchille, Despagnet, Rolland, Bonnefoy, Meringhac, Oppenheim, Ferber, Meyer y van Fels; 4) Soberanía ilimitada: von Ullmann, Colard, Gemma, Baldwin, Scialoja, y luego, von Listz y Gruenwald, rectificando; 5) Con servidumbre de paso: Westlake, Gruenwald, Catellani; 6) Hasta cierta altura.

ginó; es que, ya con referencia exclusiva al espacio aéreo, ¿cómo pudo entenderse que la admisión de la soberanía impediría la comunicación internacional por el aire, o al menos, la subordinaría enteramente al capricho de los Estados, como si la soberanía no fuera por naturaleza limitada? Por eso muchos creyeron servir mejor la causa de la Aviación enrolándose en las filas de la libertad del aire. Así, Paul Fauchille presentó ante el Instituto de Derecho Internacional, en 1900, en la reunión de Neuchatel, su famosa proposición sobre el régimen jurídico de los aerostatos, y el Instituto, en las reuniones de Gante y Madrid, en 1906 y 1911, respectivamente, aprobó, de acuerdo con el tratadista, sendas conclusiones en pro de la libertad del aire, lo mismo que dos años después, y también en la capital de España, la International Law Association, y, aunque no tan desembozadamente, el IV Congreso Internacional de Aeronáutica, celebrado en Nancy del 18 al 23 de septiembre de 1909, y el Comité Jurídico Internacional de la Aviación, en el Código del Aire por él elaborado. Sin duda, no todo es claro en los textos aludidos. En ocasiones sólo se habla de "libertad de circulación", que en sí no es incompatible con la soberanía; pero el espíritu es de negación de ésta. Afirmarla plenamente en ese período de la anteguerra sólo lo hicieron el Congreso de Verona, en 1910; Inglaterra, en sus leyes de 1911 y 1913, y—de admitirse la interpretación de Spaight y Couannier mejor que la de Rolland—el Acuerdo francoalemán del año últimamente citado. La Gran Guerra se encargó de otorgar a la tesis un triunfo, más bien nacido de exigencias prácticas que de convencimientos teóricos.

"Todos los elementos de una costumbre están aquí combinados — explica Rolland en 1916—: práctica, una solución doctrinal concorde con ella, opinión pública para sostenerla." Si antes se dió algún caso (2), ya

(2) Bouvé cita, en "The development of international rules of air conduct" (Washington, 1930), el caso de la agresión rusa al globo alemán "Tchudi", en agosto de 1904, y a otras aeronaves de igual nacionalidad en 1910; Le Goff (en su Tratado, pág. 41), la conducta holandesa ante las incursiones de dirigibles alemanes sobre su territorio, en 1911.

serán legión. Podrán los ingleses puntualizar que, atendiendo las reclamaciones de los Estados neutrales por violación de sus territorios aéreos, no entienden que les reconocen soberanía; su conducta supone ese reconocimiento, e idénticamente la de las otras potencias beligerantes ante los incidentes que se suscitan con Suiza, Holanda, Dinamarca, Suecia, Noruega y Grecia. Y la postura neutral sólo se comprende, como observa Le Goff, "por una afirmación de soberanía sobre la atmósfera" (3). La guerra resolvió de esa manera la que Zollmann denomina "questio famosissima" (4).

No es, pues, extraño que la Convención Internacional de Navegación Aérea, suscrita a raíz del conflicto, recogiera, como ya hemos visto, esa costumbre afirmada durante la lucha. Pero la soberanía—que se admitía ilimitada en altura—no era absoluta. La Convención de París distinguía entre tiempo de paz y de guerra, y si en éste la soberanía podía ejercerse sin limitaciones, en aquél la restringía la libertad de paso inofensivo concedida a los Estados firmantes del Convenio. Por eso no me pareció aventurado sostener que esa Convención, tan dura e injustamente tratada posteriormente, representó probablemente el máximo de transigencia que la navegación aérea podía esperar de naciones que tan agudamente podían haber percibido sus peligros.

De la Convención vivió la Aviación hasta hoy. Sus principios informaron la mayoría de las legislaciones nacionales posteriores (5). Sin embargo, aún se han obstina-

(3) Ob. cit., pág. 41.

(4) "Law of the air", Milwaukee, Wisconsin, 1927, pág. 3.

(5) En España, todavía el R. D. de 25 de noviembre de 1919, en tanto aparece el Código de la navegación aérea, actualmente en elaboración. Como ese R. D., afirman la soberanía Italia, Argentina, Brasil, Checoslovaquia, Chile, Cuba, Egipto, Gran Bretaña, Grecia, Letonia, Polonia, Portugal, Estados Unidos, Hungría, Venezuela y la U. R. S. S., la mayoría empleando los términos "poder supremo", soberanía "exclusiva y completa", "plena y completa", "plena y absoluta", y otras tan gráficas, redundantes y generalmente inadmisibles. La libertad condicionada aparece en Austria, Bélgica, Bulgaria, Francia, Alemania, Yugoslavia, Nicaragua, Suiza y Túnez (en Cogliolo y Cacopardo, "Manuale di Diritto Aeronautico", Firenze, 1937, y apéndice, 1939).

do en la tesis de la libertad Couannier, Visscher, La Pradelle, Hans Oppicoler y sir Henry Britain. ¿Deberemos maravillarnos ante ellos, como Rapisardi lo hace ante un Fauchille, tan bien informado—dice—de la vida internacional, y que acoge, empero, el principio de la libertad, opuesto a todas las prácticas legislativas y a la utilidad de las relaciones internacionales? (6). Más útil será reconocer una parte de razón en la hostilidad al cúmulo de restricciones con que los Estados, a lo largo de la postguerra, fueron poniéndole puertas al transporte aéreo, como si ya tuviera poco que padecer con la muchedumbre de formulismos aduaneros y suspicacias internacionales. La Convención de 1919 era aún equilibrio; la postguerra fué la recaída en una interpretación absolutista de la Convención, precisamente cuando el equilibrio de ésta resultaba ya insuficiente y era menester pasar de la mera concesión del paso inofensivo a la “libertad de transporte”, de que ya hablaba Giannini, antes de que en 1944, aún no terminada la segunda guerra mundial, fuera proclamada en la Conferencia de Chicago

Es característico que en Chicago, como también vimos, se reafirmara el principio de la soberanía; pero también que se le rodeara de tantas y tales limitaciones que inducen a pensar qué es lo que, en fin de cuentas, subsiste de aquélla. Y aunque en rigor no fué la libertad del aire, sino la del transporte, lo que allí se discutió, el número y la importancia de las limitaciones han motivado tales interpretaciones erróneas, que se hace preciso examinar hasta qué punto las primeras son compatibles con la soberanía.

Ha llegado a ser moda poner en solfa disquisiciones de este género. “¿Y qué importa, después de todo—se pregunta Lapradelle—, que se parta del principio de la libertad del aire o del derecho de soberanía si, por excepciones admitidas a una u otra de estas reglas, nos encontramos en definitiva con soluciones comunes?” (7). Algo así

(6) “Il diritto relativo allo spazio aereo” (“Il Diritto aeronautico”, 1928, pág. 25).

(7) En el “Congreso de Madrid del Comité Jurídico Internacional de la Aviación”, T. VIII, 1928, Madrid, pág. 26.

viene también a decirnos Loubeyre: “En sus obras—escribe—casi todos los autores, después de haber combatido victoriosamente las consecuencias más o menos absurdas del principio opuesto, establecen el suyo de manera inquebrantable; pero en seguida parecen molestos por la obra que acaban de realizar y se apresuran a remediar su intransigencia por medio de enmiendas tan numerosas que se confunden bien pronto con los partidarios del principio adverso, en vista de lo cual se pregunta el autor si en esa materia no será el mejor principio el de no tenerlo” (8). No conozco actitud más corrosiva de toda actividad científica. Ni teórica ni prácticamente es indiferente que se trate de soberanía con limitaciones o de libertad con reservas; en el primer caso no habrá más limitaciones que las expresamente establecidas; en el segundo, la regla general será, en cambio, la libertad. Y además, ¿no puede ser erróneo ese criterio que no ve otra manera de ayudar a la navegación aérea que introducir, por puras conveniencias prácticas, “excepciones” a los principios? ¿Es que dentro del principio de soberanía no estarán ya, naturalmente, contenidas esas mal llamadas “excepciones”? Entre la soberanía o la libertad del espacio aéreo, la realidad ha obligado a los legisladores a aceptar la primera; sin embargo, ni se han elaborado generalmente de manera sistemática los fundamentos de ella, ni se ha pasado de un concepto absoluto de la soberanía, a la que ha sido preciso rodear de “excepciones” en beneficio de los demás Estados. Por eso, interesa examinar: primero, si doctrinalmente la soberanía es admisible; segundo, si las llamadas “excepciones” no serán más bien “limitaciones” naturales del concepto de soberanía.

Soberanía y propiedad.

Pero antes de entrar en el examen de la soberanía, será preciso empezar por despejar una confusión muy común: la que existe entre los términos soberanía y propiedad. Podemos encontrar, en efecto, esa con-

(8) “Les principes du Droit aérien”, 1911, página 150.

fusión en textos de cierta importancia (9). Y, sin embargo, aun considerando con Laband que la soberanía no actúa sólo sobre personas (tesis de Jellinek), y que también atribuye un derecho sobre las cosas, es fácil distinguir este derecho del de propiedad. Esto se comprueba en Diena. La posible disposición de parte del territorio en favor de otro Estado, enajenándolo, vendiéndoselo, arrendándose o cediéndoselo en administración; la posible prohibición de los actos de soberanía de otro Estado sobre el territorio propio, revelan, a juicio del tratadista italiano, la existencia de un derecho de carácter real paralelo al "imperium", derivado de éste, y en virtud del cual el Estado, además de legislar, juzgar y administrar, puede disponer del territorio en las relaciones del Derecho público; pero este derecho entra en la soberanía, no en la propiedad. "En la actualidad no se admite ya el concepto dominante en la época feudal, según el cual los propietarios tenían sobre los fundos que les pertenecían un simple dominio útil, mientras que el dominio directo correspondía al Estado; hoy el derecho de soberanía se distingue netamente del de propiedad", aunque ello no signifique que el Estado no pueda ejercer derechos de propiedad, de igual manera que un particular, sobre determinados bienes (10).

Fijémonos, por ejemplo, en el caso de una expropiación forzosa. Para Jellinek, estamos sencillamente ante una orden dada por el Estado a un propietario para que transfiera a aquél la propiedad de su inmueble. El que esa orden pueda darse a súbditos de otros Estados, nos denunciaría ya que en rigor lo que hay, con relación a las personas, es un derecho subjetivamente real, que se da sobre ellas, no tanto en cuanto súbditos como en cuanto propietarios de la cosa sujeta a la autoridad del Estado. Pero lo que me importa señalar es, en primer término, que el Esta-

do actúa con indiferencia del carácter público o privado de la cosa por expropiar; segundo, que sus facultades sobre las cosas están mucho más condicionadas que las que él mismo tiene como propietario de bienes públicos, y muchísimo más que las de un propietario particular, sea éste el Estado, sea una persona privada. La facultad de expropiar se incluía tradicionalmente en el arcaico "dominio eminente" del Estado; pero ni aun entonces se asimilaba enteramente a la propiedad lo que nunca ha pasado de mero "derecho superior e independiente de gobierno y de administración" (11), o sea, de soberanía.

No es aún ocasión de examinar el contenido de ésta. Adelántese, sin embargo, que no es la sumisión de una cosa a la voluntad de una persona que usa, goza y dispone de ella—propiedad—, sino una facultad de legislar, juzgar, gobernar, tutelar y ejercer la policía, eminentemente condicionada por el interés común. ¿Que esto es muy semejante a la acción del Estado en los bienes de dominio público, donde hay propiedad? Pero el Estado, en ellos, es propietario, y no cabe, por tanto, coexistencia de sus derechos con los de un propietario privado sobre la misma cosa, como sucede, en cambio, tratándose de soberanía, en la cual, por otra parte, la intervención del Estado

(11) Despagnet, González Hontoria, distingue entre el imperio y el dominio, "o uso del territorio para las necesidades nacionales"; mas después enumera los fundamentos de este dominio, que son la propiedad privada, la del Estado, la pública, y el dominio eminente, o derecho de regular el uso de las cosas privadas por sus propietarios, el de gravarlas con servidumbres para fines administrativos, adscribir las al uso público del Estado, hacerlas suyas éste al quedar vacantes, reservarse el Estado ciertos de sus aprovechamientos, y acaba por reconocer que ese concepto del dominio eminente está hoy sustituido por el de la potestad general del Estado; léase soberanía. Por otra parte, Lafayete Rodríguez explica que "la expresión dominio, en Derecho internacional, no confundiéndola con su significado en Derecho privado, es correcta, y denota, no la propiedad, sino la soberanía sobre las cosas existentes en el territorio del Estado, ya sean públicas o privadas" (en Planas, "Derecho internacional público", Madrid, 1916, pág. 106).

(9) Por ejemplo, en el "Derecho Internacional aéreo", de Bustamante (La Habana, 1945, página 13), y en el "Tratado" de Farchille (T. I, segunda parte, pág. 585).

(10) "Derecho internacional público", Barcelona, 1941, pág. 183.

en representación de interés común sólo tiene lugar en ciertas ocasiones excepcionales, no de manera constante e intensa, como en los bienes de dominio público. Como Listz recalca, la soberanía territorial es un imperio, no un dominio, y por eso afecta mediatamente a todas las cosas que se encuentran en el territorio: nunca inmediatamente.

En resumen: no menos nocivo que verlo todo desde el ángulo del Derecho público, es hacerlo desde el del privado, y privatizan conceptos de Derecho público quienes, como Nys y Wattel, niegan la soberanía sobre el espacio aéreo, por ser éste, según ellos, inapropiable, o los que, siguiendo a Grunwald, afirman que la porción de aire situada encima de un Estado es propiedad de éste. La exigencia de apropiabi-

lidad no corresponde a la soberanía, sino a la institución del dominio, pues aquélla no consiste, como éste, en el derecho general e independiente a los servicios de una cosa (12). Por eso, cabe que, negando la propiedad sobre el espacio aéreo o admitiéndola con reservas (un problema en el que aquí no entraremos), se afirme la soberanía. La nitidez con que modernamente han quedado perfilados ambos conceptos no autoriza a retroceder a un confusionismo propio de las formas embrionarias del Estado.

(12) Tanto al tratar de propiedad como al hablar de soberanía, me refiero al "espacio aéreo", y de ningún modo al "aire" considerado como elemento, que da lugar a problemas muy distintos.

