



LA REGLA DEL OBJETOR PERSISTENTE Y EL PRINCIPIO DE NO APROPIACIÓN DEL ESPACIO

THE PERSISTENT OBJECTOR RULE AND THE NON-APPROPRIATION PRINCIPLE OF OUTER SPACE

ANTONIO GUZMÁN MUTIS*

Fecha de recepción: 2 de agosto 2021

Fecha de aceptación: 20 de octubre 2021

Disponible en línea: 30 de diciembre de 2021

RESUMEN

Este artículo busca entender mejor la regla del objetor persistente en el campo del derecho internacional público. A partir de este análisis se propone hacer una nueva revisión del caso de la objeción de Colombia ante la formación de la costumbre contentiva del Principio de no Apropiación del Espacio. Luego de revisar críticamente los requisitos y las implicaciones de la regla del objetor, se concluye que, existen interpretaciones voluntaristas que permiten afirmar la condición de objetor (de Colombia), por un breve periodo de siete años.

Palabras clave: Regla del objetor persistente, costumbre internacional, principio de no apropiación del espacio, COPUOS.

ABSTRACT

This paper seeks to better understand and analyse the persistent objector rule under Public International Law. Based on this analysis, this study proposes a review of the Colombian case facing the

* Estudiante de décimo semestre de Derecho de la Universidad Javeriana y estudiante de Filosofía de la misma universidad en Bogotá, Colombia. Correo: antonioguzman@javeriana.edu.co.

customary character of the Non-Appropriation Principle of Outer Space. After assessing the different requirements for this rule to operate, and the practical difficulties it entails, it is concluded that there are valid voluntarist interpretations under which Colombia held the condition of persistent objector, yet for only a brief seven-year period.

Keywords: The Persistent Objector Rule, International Customary Law, The Non-appropriation Principle of Outer Space, COPUOS.

INTRODUCCIÓN

La órbita geoestacionaria (en adelante GEO) es la zona residencial¹ más exclusiva del espacio exterior². Casi la mitad de todos los satélites en órbita están situados en algún punto de esta franja³. Uno de esos puntos se ubica precisamente arriba del territorio colombiano y fue por un tiempo considerado parte del mismo⁴. De hecho, Colombia intentó “mantener” la GEO al no ratificar el Tratado del Espacio⁵. Sin embargo, esa no ratificación pareciera inútil si se considera que el principio que prohíbe la no apropiación (en su artículo II)⁶ se ha reputado

- 1 La analogía es de Christy Collis, *The Geostationary Orbit: A Critical Legal Geography of Space's most Valuable Real Estate*, in Down to Earth 61 (Lisa Parks & James Scwoch eds., 2012).
- 2 Un satélite posicionado en la GEO a 35,789 km, se mueve exactamente a la misma velocidad de su punto bajo tierra, lo que implica que se la puede destinar a innumerables usos militares y comerciales v. p. 21 James Clay, J. *Crowded Orbits*. New York: Columbia University Press, (2014).
- 3 Collis, *The Geostationary Orbit: A Critical Legal Geography of Space's most Valuable Real Estate*, p. 61.
- 4 Sin aprobación interna la firma no vincula al Estado. Ricardo Abello Galvis, *La Corte Constitucional Y El Derecho Internacional, Los Tratados Y El Control Previo De Constitucionalidad 1992-2004*, 7 Revista De Estudios Socio Jurídicos (2005).
- 5 Ampliamente considerado como la constitución del derecho internacional espacial. V. Christopher Johnson. “The Outer Space Treaty.” *Oxford Research Encyclopedias*, (January 24, 2018). Available from <https://oxfordre.com/planetaryscience/view/10.1093/acrefore/9780190647926.001.0001/acrefore-9780190647926-e-43>.
- 6 Que afirma: “[e]l 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.” v. AGNU, Resolución 2222 (XXI), 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, (adoptado el 19 de diciembre de 1966, abierto a la firma el 27 de enero de 1967, entrada en vigor el 10 de octubre de 1967). En el momento era imposible para los Estados prever que actores privados debían ser también excluidos de los reclamos de apropiación, por eso solo prohíbe reclamos soberanos v. Abigail D. Pershing, *Interpreting the Outer Space Treaty's Non-Appropriation Principle: Customary International Law from 1967 to Today*, 44 Yale Journal of International Law 149 (2019) p. 156.

también como costumbre⁷ internacional y como tal, refleja los derechos y las obligaciones⁸ internacionales de Estados que no son partes del tratado⁹. Esto, salvo que el Estado haya sido objetor persistente de la regla. Este artículo se propone revisar hasta qué punto se configuró la regla del objetor persistente (en adelante ROP) en favor de Colombia en el caso del rechazo al principio de no apropiación del espacio.

Para cumplir con el anterior propósito se pretende abordar el problema de la siguiente manera: (i) se revisará la Costumbre internacional y; posteriormente su más notable excepción; (ii) la ROP; se hará un recuento de (iii) los hechos más relevantes para el análisis; (iv) se revisará de nuevo la aplicación de la regla al caso; (v) se añadirán dos apreciaciones adicionales a la aplicación de la regla y finalmente, se ofrecerán algunas conclusiones.

1. COSTUMBRE INTERNACIONAL:

En primer lugar, se debe revisar, a grandes rasgos, la costumbre internacional como fuente principal del caso. Esta, puede ser entendida, usando como referente el art. 38(1)(b) del Estatuto de la CIJ, como una práctica general que posteriormente es aceptada como derecho¹⁰. Justamente, este artículo, introdujo la división entre los dos elementos constitutivos de la costumbre: ¹¹ *i*) una práctica general; y que esa práctica *ii*) sea aceptada como derecho (*opinio iuris*)¹². El

7 La GEO, en principio, se incluiría en el concepto de “espacio exterior” al encontrarse a unos 36.000 km sobre la superficie de la tierra, por lo tanto, no podría ser objeto de apropiación (v. Corten, O.; Dubuisson, F.; Kroutroulis, V.; and Lagerwall, A. *A Critical Introduction to International Law*. Segunda Edición ed. Bélgica: Editions de l’Université de Bruxelles, ((2019)).

8 Es posible que una norma de un tratado se haga obligatoria para un no signatario por medio de su cristalización como costumbre internacional. Este fenómeno se contemplada en el art. 38 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados y con algunas diferencias aplicada por la Corte Internacional de Justicia (en adelante CIJ) al no poder usar como fuente tratados multilaterales por la reserva *Vandenberg*. En este caso la CIJ acudió al carácter consuetudinario de la prohibición del (art.2(4)) haciéndola aplicable (cfr. para. 181, CIJ (Corte Internacional de Justicia) *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua* (Nicaragua v. United States of America). Merits, Judgment. I.C.J. Reports 1986).

9 Johnson, *The Outer Space Treaty*, (2018).

10 Comentario a la Conclusión 2, UN Doc. A/71/10 (2016), p. 91.

11 Que no tenía por objetivo definir las fuentes, sino simplemente indicar cuáles fuentes aplicaría la Corte Permanente de Justicia Internacional (CPJI), y su sucesora, la CIJ.

12 Alain Pellet, “Article 38.” In *The Statute of the International Court of Justice: A Commentary*. Ed. by Andreas Zimmermann, Christian Tomuschat and Karin Oellers-Frahm. Oxford: Oxford University Press, (2012). p. 814.

orden de los requisitos implica que los Estados ejecuten la práctica evidenciado un convencimiento de que la misma es considerada obligatoria, es decir, que sea motivada por una norma de derecho¹³. Incluso cuando la práctica se trate de una abstención, debe tratarse de que esa abstención este fundada en el conocimiento de la existencia de un (supuesto) deber de abstención¹⁴. De igual manera, el hecho de que un Estado actúe (o se abstenga de actuar) por considerarse obligado legalmente, no puede confundirse con que actúe¹⁵ motivado por otros factores¹⁶. El problema con la costumbre es que no requiere del consentimiento de todos los Estados para lograr su consolidación, pero una vez consolidada vincula legalmente a todos los Estados. Es por esto que a menudo se ha tildado a la costumbre internacional de impositiva y en contra de países en desarrollo, tales como los países africanos o latinoamericanos este problema se matiza aún más, ya que una vez cristalizada una costumbre, ningún Estado puede renunciar unilateralmente a su cumplimiento¹⁷.

1.1. La irrenunciabilidad de la costumbre internacional:

Una particularidad de la costumbre es que, aun cuando está al mismo nivel normativo de los tratados, no tiene un procedimiento de aceptación claro de parte de los Estados. Un tratado, a menudo confiere a las partes un derecho para denunciar el acuerdo; incluso cuando estos instrumentos contengan normas fundamentales como aquellas relativas a derechos humanos¹⁸. Otra diferencia notable es que la costumbre no se negocia, y no existe un proceso de ratificación que involucre la participación de cuerpos colegiados representativos de ninguna

13 CIJ (Corte Internacional de Justicia). *North Sea Continental Shelf Cases*, (República Federal de Alemania/Dinamarca; República Federal de Alemania/Países Bajos), [1969], ICJ Reports. p. 44 para. 77.

14 PCIJ (Corte Permanente de Justicia Internacional). *Lotus case*, (France v Turkey). 7 Septiembre [1927], S.S. PCIJ Series A. No. 10. p. 28, en para. 78 de *North Sea Continental Shelf Cases*.

15 Esta evaluación para verificar si se han cumplido los requisitos tiene un carácter inductivo, v. Comentario a la Conclusión 2, UN Doc. A/71/10 (2016), p. 92.

16 Cuando factores como la conveniencia política motivan la práctica de los Estados no se configura el segundo requisito v. p. 277 de CIJ (Corte Internacional de Justicia). *Asylum Case* (Colombia v. Peru), Merits, [1950] ICJ Reports y *North Sea Continental Shelf Cases*, para. 78 p. 45.

17 Véase por ejemplo la manera en la que la oposición de países en Desarrollo entorpeció el estatus de costumbres referentes al derecho internacional de inversiones en Patrick Dumberry, *The Formation and Identification of Rules of Customary International Law in International Investment Law*, Cambridge University Press, (Firs ed. 2016).

18 Curtis Bradley, Curtis, and Mitu Gulati. "Withdrawing from International Custom." *The Yale Law Journal* 120, no. 2 (2010): 202-275. p. 204.

población¹⁹. Este tipo de circunstancias empujaría a creer que, el hecho de ser un proceso menos voluntario, conferiría a los Estados un derecho correlativo para “denunciar” o excluirse de una obligación derivada de una costumbre. En realidad, lo que sucede es todo lo contrario, un Estado no puede renunciar a una costumbre o salirse de ella unilateralmente, y está sometido a una suerte de tiranía de la mayoría²⁰. La única opción de evitar la vinculatoriedad de una práctica es objetándola en formación²¹, esto demuestra que no parece del todo cierto que un Estado solo se obliga por su consentimiento²². Es entonces que cobra importancia la ROP.

2. UNA VÁLVULA DE ESCAPE, LA REGLA DEL OBJETOR PERSISTENTE:

2.1. Aproximaciones conceptuales a la costumbre y a la ROP, objetivismo y voluntarismo

Existen por lo menos dos maneras de aproximarse a la costumbre. Por un lado, desde una perspectiva objetivista y por el otro desde un enfoque voluntarista²³. En el primer caso se verá a la costumbre como una manifestación de una necesidad objetiva para los Estados, mientras que en el segundo caso se mirará el surgimiento de la costumbre como un acuerdo no escrito entre Estados²⁴.

19 Esta afirmación podría encontrar varias y significativas excepciones. Por ejemplo cuando la *opinio iuris* se lleva a cabo por órganos que representan a un Estado y que a la vez tienen legitimidad democrática. Por ejemplo cuando se halla que un cuerpo representativo legisla con fundamento en una práctica que considera vinculante.

20 Ted Stein. “*The Approach of the Different Drummer: The Principle of the Persistent Objector in International Law.*” Harvard International Law Journal 26, no. 2 (1985). p. 478.

21 La ROP, también puede ser interpretada de manera contraria. Es decir, que la regla permite que aun cuando hay oposición, las costumbres se consoliden. Por lo tanto, a pesar del aparente voluntarismo de la regla, a juzgar por sus efectos, esta también puede ser vista como un esfuerzo para facilitar el desarrollo de la costumbre y no como un esfuerzo por hacerla más consensual, en este sentido v. Bradley y Gulati, “*Withdrawing from International Custom*” p. 240.

22 *Military Activities in and Against Nicaragua*, p. 135, para. 269.

23 El enfoque voluntarista tiene origen en el caso *Lotus*, al que a menudo se atribuye el principio de que un Estado tiene permitido todo aquello a lo que no se ha obligado: “The rules of law governs relations between independent States. The rules of law binding upon States therefore emanate from their own free will (...) restrictions upon the independence of States cannot therefore be presumed.” v. PCIJ (Corte Permanente de Justicia Internacional) *Lotus case*, (France v Turkey). 7 September [1927], S.S. PCIJ Series A. No. 10. p. 18.

24 Corten, et al. *A Critical Introduction to International Law*. p. 281.

Las implicaciones son en principio claras, las aproximaciones voluntaristas dan prioridad a los esquemas que respetan el consentimiento de los Estados, mientras las objetivistas incorporan un elemento más impositivo bajo el pretexto de universalidad. La ROP y sus requisitos se pueden interpretar a partir de ambos enfoques.

2.2. Definición de la regla del objetor persistente:

La ROP²⁵ permite a un Estado evitar que una regla²⁶ de derecho internacional le sea aplicable²⁷, siempre que la objete en una etapa temprana de su formación y mantenga su objeción en el tiempo²⁸. La ROP ha sido usada en varios regímenes de derecho internacional, como (y no sin controversias) el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario²⁹. De la misma manera, la ROP ha sido considerada como una consecuencia lógica, cuando no un ejemplo, de la naturaleza consensual del derecho internacional consuetudinario³⁰. Lo anterior, se debe a que parece ser la única forma en la que la costumbre deja de ser impositiva, es decir le da la oportunidad a los Estados

25 A pesar de que la práctica y las consecuencias de la ROP son previas, el nombre de la regla parece haber sido acuñado en 1966 por Ian Brownlie en su célebre manual *Principles of Public International Law* (1966 1st ed.), v. Bradley & Gulati, “*Withdrawing from International Custom*,” p. 236.

26 Le sea aplicable o le sea oponible, el objetor no debe cumplir la obligación particular. Esta obligación por ejemplo puede consistir en hacer una cierta actividad o en abstenerse de hacerla. En el caso de Perú en *Asylum Case* la regla objetada hacía inoponible la obligación de aceptar la calificación de Colombia sobre la caracterización de un delito como político o común (en el contexto de asilo político). En el caso de Noruega en *Fisheries Case*, su objeción hacía inaplicable la obligación de no exceder el trazo de líneas limítrofes en más de 10 millas de longitud. ICJ (Corte Internacional de Justicia). *Fisheries Case* (Reino Unido v. Noruega), [1950], ICJ Reports; *Asylum Case*.

27 La popularidad de la ROP se puede remontar particularmente al *Restatement of the Law, The Foreign Relations Law of the United States* del American Law Institute en 1987, dado en un contexto en el que Estados Unidos tenía un creciente interés en eludir una profusión de normas internacionales en las que tenía poca injerencia, y en donde tomaban fuerza una mayoría de nuevos Estados, (Dumberry, p. 783). No obstante, la teoría existía desde mucho antes. Los primeros dos pronunciamientos de la CIJ al respecto fueron alrededor de 1950, en *Asylum* y *Fisheries Cases*, v. Bradley y Gulati, “*Withdrawing from International Custom*,” p. 235.

28 Dumberry, “*Incoherent and Ineffective: the concept of persistent objector revisited*,” p. 779.

29 Aunque en la práctica, es extraño que un Estado defienda sus intereses haciendo uso expreso de la regla. Porque hacerlo implica promover una imagen aislada en sus relaciones internacionales. Muy a menudo se objeta que la regla no tiene el estatus de costumbre Internacional todavía v. Patrick Dumberry. “*Incoherent and Ineffective: The Concept of Persistent Objector Revisited*.” *The International and Comparative Law Quarterly* 59, no. 3 (2010): 779-802, p. 779.

30 Elias Olufemi. “*Persistent Objector*.” *Max Planck Encyclopedias of International Law*, Oxford Public International Law (2006), para. 2.

de evitar reglas incipientes de derecho internacional público. Para que se configure la ROP, sin embargo, un Estado está sometido a requisitos muy exigentes.

2.2.1. Los requisitos doctrinales para ser objetor persistente:

Los requisitos doctrinales (originarios) para que se configure la ROP son los siguientes: i) que el Estado objete la regla en su proceso de formación, es decir, antes de que sea aceptada de manera general³¹; que ii) el Estado interesado mantenga de modo consistente su objeción³²; sin que sea relevante la forma³³ o el foro donde lo haga³⁴. Asimismo, según el tipo de regla a la que se presenta la objeción, el Estado deberá ser más o menos persistente³⁵. En los casos donde la gran mayoría de Estados defiende la aplicación de una regla de alcance universal, el objetor³⁶ debe mantener una postura de especial cuidado al defender continuamente su posición³⁷. La Comisión de Derecho Internacional (en adelante CDI) recogió casi todos estos requisitos en sus Conclusiones.

31 Se insiste, un Estado no puede excluirse o salir de manera unilateral de una costumbre, no puede objetar la regla de manera subsiguiente a su aceptación general. Así lo ha señalado la CIJ en *North Sea Continental Shelf Cases*, (República Federal de Alemania/Dinamarca; República Federal de Alemania/Países Bajos), [1969], ICJ Reports. Esto, por supuesto, no sería aplicable a una regla de costumbre regional.

32 Dumberry, *"Incoherent and Ineffective: the concept of persistent objector revisited"* p. 781.

33 La presentación de reservas en tratados o acuerdos (reconocido expresamente por la CDI en la Guía de la Práctica sobre las Reservas a los Tratados, v. UN Doc. A/66/10/Add.1, (2011)); actos del Estado que muestren un comportamiento contrario al exigido por la regla (*deeds*); declaraciones en los actos finales de conferencias diplomáticas; comunicaciones diplomáticas entre Estados; declaraciones de oficiales y responsables de las respectivas ramas de gobierno al aludir a la postura internacional del Estado (incluyendo leyes y decretos, decisiones judiciales); declaraciones interpretativas de un acuerdo o declaraciones explicativas a la hora de votar en conferencias internacionales, son ejemplos de los varios momentos en donde se puede objetar una regla consuetudinaria en formación. David A. Colson *"How Persistent must the Persistent Objector Be."* Washington Law Review 61, no. 3 (1986): 957-970, v. pp. 958, 959.

34 Tampoco hay un conjunto de palabras particulares en donde se deba hacer la objeción v. Colson, *"How Persistent Must the Persistent Objector Be,"* p. 963.

35 Para ver las cuatro categorías de tipos de reglas que se pueden objetar v. Colson, *"How Persistent Must the Persistent Objector Be,"* p. 965.

36 La ROP no ha sido de utilidad cuando la regla está destinada especialmente al Estado objetor (*target State*). Un caso notable, aunque frente a una norma perentoria fue el de Sudáfrica con el apartheid v. Stein, *"The approach of the different drummer: The principle of the persistent objector in international law,"* p. 479.

37 Colson, *"How Persistent Must the Persistent Objector Be,"* p. 967. La persistencia, en estos escenarios, intenta evitar el consentimiento tácito en el que se incurría al no haber ningún otro Estado defendiendo su posición legal.

2.2.2. El trabajo de la CDI sobre la ROP

Los trabajos de la CDI, cuando no codifican costumbre³⁸, sirven como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho según el art. 38(1)(d).³⁹ En este segundo caso, se debe recordar que como medios auxiliares se entienden como *evidence of the law and not a source*⁴⁰. Por esto no se debe descuidar que la CDI ensambla los requisitos que encuentre en la práctica; pero es muy importante notar que la aplicación de sus síntesis y sugerencias no puede ser retroactiva (por ejemplo al hablar de derecho imperativo).

La CDI ha incorporado a la Conclusión 15 sobre Conclusiones para la identificación de derecho internacional consuetudinario (2016), la ROP. Aceptadas sin objeciones por parte de los Estados, las Conclusiones son un buen punto de análisis para la ROP.⁴¹ La Conclusión 15 (en adelante C.15) mantiene de manera casi inalterada los dos requisitos generales vistos anteriormente⁴².

Como particularidades destacables, se recuerda que la ROP solo genera consecuencias en normas *emergentes* de derecho internacional consuetudinario⁴³. La CDI, sin embargo, insiste en la dificultad de determinar en qué momento surgen las costumbres, y anota que la carga de probar que ésta fue objetada en su formación corresponde al objeto⁴⁴. Asimismo, una diferencia entre el borrador del 2016 y los comentarios finales del 2018, es que la C.15 final, excluye expresamente la aplicación de la ROP en normas perentorias de derecho internacional, lo que en nuestro parecer indica cómo la CDI se inclina más por una postura objetivista en lo que respecta a la ROP⁴⁵. Como se verá, la CDI recogió, en lo general, las anotaciones doctrinarias y la poca práctica de Estados en sus requisitos, pero especificó su aplicación, vale la pena revisar en detalle estos requisitos.

38 Siguiendo el mandato establecido en el art.13(1)(a) de la Carta de las Naciones Unidas.

39 ICJ, “*Statute of the International Court of Justice*.” The International Law Quarterly 1, no. 1 (1947): 117-31. Art. 38.

40 James Crawford. *State Responsibility: The General Part*. 1st. ed. Cambridge: Cambridge University Press, (2013), p. 87.

41 James A. Green. “*The Persistent Objector Rule in the Work of the International Law Commission on the Identification of Customary International Law*.” Italian Yearbook of International Law 175, (2017), p. 178. No corresponde a este ensayo revisar los inacabados debates doctrinarios que cuestionan la misma existencia de la ROP.

42 Green, “*The Persistent Objector Rule in the Work of the International Law Commission on the Identification of Customary International Law*,” p. 182.

43 UN Doc. A/71/10 (2016), p. 123.

44 UN Doc. A/71/10 (2016), p. 124.

45 UN Doc. A/73/10 (2018), p. 152.

2.2.3. Síntesis de los requisitos que se deducen de la C.15 de la CDI:

En primer lugar debe haber i) una objeción abiertamente expresada⁴⁶ a los otros Estados C.15(2). A pesar de la claridad requerida⁴⁷, la CDI no añadió ningún requisito de forma⁴⁸. Por lo tanto, se puede llegar a la ROP por medio de simples manifestaciones (u objeciones)⁴⁹, sin el despliegue de ningún comportamiento particular que confirme el punto de la objeción⁵⁰. Es decir, un Estado puede objetar una regla por medio de una declaración, sin la necesidad de ningún acto complementario que lo soporte. Por ejemplo, un Estado podría declarar que tiene cierto derecho frente a otro Estado y, aún sin hacer ejercicio de ese derecho, su sola declaración tendría valor de objeción (si se acompaña de los demás requisitos). Como segundo requisito, la objeción debe ser presentada con ii) persistencia. Esto excluiría declaraciones⁵¹ únicas o aisladas; sin embargo, la CDI no aclaró el nivel de persistencia requerido⁵², dejando sin resolver un rastro de ambigüedad ya existente⁵³. Adicionalmente, se debe cumplir con el requisito de iii) consistencia. Esta implica que el Estado objetor no solo objete de manera repetitiva la regla de costumbre en formación, sino que lo haga de manera uniforme⁵⁴. Lo contrario a la uniformidad sería que el Estado aceptara en algunas

46 Lo que implica que, se puede expresar la objeción con hechos o con acciones. Olufemi, “*Persistent Objector*”, para. 16.

47 Debe ser expresada de manera inequívoca sin importar su forma. Una exigencia aparentemente novedosa es que la objeción sea “a escala internacional” para. 8, UN Doc. A/71/10 (2016), p. 125, lo que excluiría aquellos actos de objeción que se restringieran al plano interno del Estado objetor.

48 UN Doc. A/71/10 (2016), pp. 81-128 (Comentarios a las Conclusiones para la Identificación del derecho internacional consuetudinario) v. p. 125.

49 Por la claridad en el análisis de los requisitos, en este punto se sigue el trabajo de Green (2017).

50 Green, “*The Persistent Objector Rule in the Work of the International Law Commission on the Identification of Customary International Law*,” p. 183: “[S]tates can gain exemption through persistently objecting by way of statements alone: *the objector need not necessarily practice what it is preaching*.” (énfasis fuera de texto).

51 Las declaraciones pueden ser de dos tipos. Las que indican que la regla no aplica para el Estado objetor particularmente; o aquellas que cuestionan la existencia misma de la costumbre. El segundo tipo es más atractivo en la medida en que el objetor no se aísla. Ambas cumplen con el requisito. Olufemi, “*Persistent Objector*,” para. 17. Tal como lo hicieron Francia, Estados Unidos y Reino Unido en *Nuclear Weapons*, donde no aludieron a la ROP, sino a la inexistencia de una costumbre que prohibiera el uso de armas nucleares en ICJ (Corte Internacional de Justicia). *Legality of the Use or Threat of Use of Nuclear Weapons*. [1996], Advisory Opinion, ICJ Reports.

52 UN Doc. A/71/10 (2016), p. 125.

53 Aconsejable acudir a Colson, 1986.

54 UN Doc. A/71/10 (2016), p. 125: “esas objeciones reiteradas deben ser coherentes en su conjunto, es decir, no mostrar contradicciones importantes”.

ocasiones la regla y la objetara en algunas otras⁵⁵. Sumado a lo anterior, el Estado que guarda silencio en situaciones donde es fundamental la manifestación de la objeción también perdería la calidad de objetor⁵⁶, *a contrario*, un silencio prolongado cuando *no* se discute la norma, no implicaría fallar en el requisito⁵⁷. Aunado a esto, el Estado objetor debe cumplir con un requisito de iv) oportunidad (*timelines*). Es decir, que las objeciones deben presentarse antes de que se consolide la norma como costumbre⁵⁸, durante su formación⁵⁹. Después de esa fecha límite el Estado no estaría objetando (si se tratara de un comportamiento) sino violando la norma, y podría ser internacionalmente responsable⁶⁰. Asimismo, un requisito añadido es que el Estado objetor v) no puede objetar un norma de *ius cogens* o derecho imperativo. Por último, para que la ROP se mantenga, vii) el Estado debe sostenerse en su objeción. Este requisito se muestra de manera expresa en la C.15(1) al hablar de que el Estado tendrá el calificativo y los efectos *for so long as it maintains its objection*⁶¹. Teniendo claros los requisitos, deben revisarse si los hechos del caso de la objeción colombiana los cumplen en su totalidad.

3. RECUESTO DE HECHOS JURÍDICAMENTE RELEVANTES:

Una vez revisadas las instituciones relevantes, con el objetivo de hacer más práctica la exposición, se presentarán un conjunto de hechos relevantes (resu-

55 James Green A. *The Persistent Objector Rule in International Law*. First Edition ed. New York: Oxford University Press, (2016), p. 122: “[A]ny inconsistency in a state’s objection will be terminal for a later attempt to gain exemption by way of the persistent objector rule.”

56 El silencio, entonces, puede ser visto como inconsistente. Se interpreta como el abandono tácito de la objeción, v. UN Doc. A/71/10 (2016), p. 125. Sin embargo, la CDI anota inmediatamente que “[n]o obstante, no cabe esperar que los Estados reaccionen en cada ocasión, en especial cuando su posición ya es bien conocida.”

57 Green, *The Persistent Objector Rule in International Law*, p. 124.

58 “[U]na vez ha surgido la norma, el Estado que desee quedar exento de su cumplimiento no podrá ampararse en una objeción” UN Doc. A/71/10 (2016) p. 125.

59 Stein, “The approach of the different drummer: The principle of the persistent objector in international law,” p. 458 una consecuencia práctica de este requisito es que un Estado que se independice o se cree con posterioridad a la consolidación de una costumbre internacional, está irremediamente vinculado y debe cumplirla.

60 UN Doc. A/71/10 (2016), la CDI al comentar el requisito de oportunidad habla de que la “posición [del Estado] estará más asentada si lo hizo [objetó] lo antes posible.” p. 78. Lo que indicaría que la CDI reconoce la indeterminación del momento exacto en donde surge una costumbre, y en consecuencia sugeriría que el objetor actuara lo antes posible.

61 UN Doc. A/73/10 (2018), p. 4, Conclusión 15.

midos) para el estudio particular del caso. Estos hechos, rodean el surgimiento de la costumbre que se debía objetar, es decir, la no apropiación del espacio exterior.

En 1958 se crea la COPUOS⁶²; en (1959) la NASA envía el primer satélite meteorológico a la GEO⁶³; en (1959) se celebra la Convención Internacional de Telecomunicaciones en Ginebra⁶⁴; en (1963) el Reino Unido, como miembro del COPUOS, propone un borrador de la Declaración de los principios básicos que rigen las actividades del Estado en materia de uso y explotación espacial⁶⁵, en (1963) la NASA coloca el primer satélite artificial en la GEO: el *Syncom 2*⁶⁶; ese mismo año los Estados Unidos proponen un borrador de la Declaración de principios relacionados con la exploración y uso del espacio exterior⁶⁷; más adelante, la COPUOS adopta por unanimidad el Borrador de la Declaración de Principios sobre el uso del espacio y lo envía para la aprobación de la Asamblea General de las Naciones Unidas⁶⁸; (1963) la AGNU emite la Declaración de los principios jurídicos que deben regir las actividades de los Estados en la exploración y utilización del espacio ultraterrestre; en (1965)

62 Recuérdese que es la subcomisión legal del COPUOS la que se encarga de formular recomendaciones, acuerdos y borradores de tratados que luego se presentan a la Primera Comisión de la AGNU y que son adoptados en sus resoluciones.

63 Kathryn Hansen, “*Vanguard II Turns 60.*” April 23rd Available from <https://earthobservatory.nasa.gov/blogs/earthmatters/2019/04/23/vanguard-ii-turns-60/>

64 El tratado constitutivo de la Unión Internacional de Telecomunicaciones (en adelante UIT), con el fin de ajustarse a los avances tecnológicos, se reformaba periódicamente y es por esto que cada convención traía ciertas modificaciones y ajustes al cuerpo normativo, v. International Telecommunication Union. “ITU Constitution and Convention.” s.d. [cited 2021]. Available from <https://www.itu.int/en/history/Pages/ConstitutionAndConvention.aspx>.

65 UN Doc. A/5549 (24 Sep. 1968), Annex III, p. 9. Que en el punto dos dice que el espacio exterior y los cuerpos celestes no son susceptibles de apropiación ni de reclamos de soberanía. Nótese que Colombia entra a la COPUOS en 1977 (UN Office for Outer Space Affairs. Committee on the Peaceful Uses of Outer Space: Membership Evolution. s.d. pp. s.d.) sin embargo, su primera participación se dio en 1968 (v. UN Doc. A/7285 (Dec. 1968), Annex I). Para ver su oposición no se deberían revisar los Reportes de la COPUOS (en donde no estaba el país) sino los de la AGNU en donde estos eran adoptados, el caso de los borradores internos no pueden ser tomados como inconsistencia por la falta de publicidad para el Estado objetor. Además, las resoluciones de la AGNU fueron adoptadas sin voto.

66 Andrej Gorbiel, “*The Legal Status of Geostationary Orbit: Some Remarks.*” Journal of Space Law 6, no. 2 (1978): 171-178.

67 UN Doc. A/5549 (24 Sep. 1963), Annex III, p. 10.

68 UN Doc. A/5549 Add. 1 (27 Nov. 1963), que sintetiza las dos propuestas anteriores y en su tercer punto afirma que el espacio exterior no es sujeto de apropiación por reclamos soberanos ni por ocupación (p. 3). El texto incluye, sin embargo, reservas del delegado de Japón y una reserva amplia y no especificada del delegado de la República Árabe Unida (hoy Egipto y Siria).

se celebra la Convención Internacional de Telecomunicaciones en Montreal; en (1967) se negocia y entra en vigor el Tratado del Espacio, el cual Colombia no ratifica; en (1970) se da la Resolución 2692⁶⁹ (XXV) de la AGNU en su duodécimo quinta sesión⁷⁰; en (1973) se celebra la controversial⁷¹ Convención Internacional de Telecomunicaciones en Málaga-Torremolinos; (1974) se adopta la resolución 3281 de la AGNU contentiva de la Carta de los Deberes y Derechos Económicos de los Estados⁷²; (1975) Colombia manifiesta por primera vez en la trigésima sesión de la AGNU su reclamo de soberanía sobre la GEO, bajo el argumento de que la GEO no era acogida por el concepto de “espacio exterior;”⁷³ en (1976) Colombia junto con otros países⁷⁴ emiten conjuntamente la Declaración de Bogotá⁷⁵, que constituye la primera reclamación conjunta de soberanía sobre la GEO⁷⁶; en (1977) Colombia se hace miembro de la COPUOS; en (1979) Colombia, Ecuador, Kenia, Uganda y otros países emiten una reserva a la resolución número 3 de la Conferencia de radiofrecuencia de 1979, sosteniendo su tesis respecto a la órbita; en (1982) en el contexto del tratado de Nairobi, los países ecuatoriales abandonan los reclamos de soberanía, acogiendo una tesis⁷⁷ en representación de las necesidades generales de los

69 Relevante en la medida en que la Declaración de Bogotá argumenta que la GEO es uno más de los recursos sobre los cuales los Estados en desarrollo tienen soberanía permanente.

70 Titulada, “Permanent sovereignty over natural resources of developing countries and expansion of domestic sources of accumulation for economic development.”

71 Valentina Santacoloma Sanchez. “*Debates Políticos: Tratamiento Jurídico De La Órbita De Los Satélites Geoestacionarios.*” Undergrad. diss., Universidad de los Andes, (2013).

72 Cuya importancia para efectos de este artículo reside en el art. 2(1) como una reafirmación de soberanía sobre los recursos naturales.

73 UN Doc. A/C.1/PV.2052, pp. 45-46 en Malay Adhikari. *Legal Regulation of Private Actors in Outer Space*. 1st ed. Oxon: Routledge, (2019), p. 102.

74 Dentro de los que se encontraban otros posibles objetores: Congo, Zaire (hoy la República Democrática del Congo), Indonesia; Kenia, Uganda y Brasil como espectador.

75 La declaración de Bogotá ha sido vista como una reacción a la falta de cooperación de los Estados desarrollados manifestada en la Convención de Málaga-Torremolinos. En este instrumento de la UIT, los miembros reconocían la calidad de la GEO como recurso escaso y la importancia de su acceso equitativo (por ejemplo en el art.10(3)(c), y por excelencia el art. 33(2)) Convención Internacional de Telecomunicaciones (1973 Málaga-Torremolinos). Sin embargo, el mismo documento no establecía ningún mecanismo de acceso para estos Estados y favorecería situaciones de hecho. V. Gbengba Oduntan. *Sovereignty and Jurisdiction in the Airspace and Outer Space*. 1st ed. Oxon: Routledge Taylor and Francis Group, (2012), p. 301.

76 María Ximena Correa Olarte, “*Estado Actual Del Proceso De Territorialización Del Espacio Ultraterrestre Por Parte De Colombia Y Recomendaciones Para Su Consolidación .*” *Perspectiva Geográfica*, vol. 22 no. 1. 22, no. 1 (2017).

77 Santacoloma afirma con acierto que este cambio de aproximación al problema de la órbita se vio plasmado en el art. 33 de dicho tratado.

países en desarrollo⁷⁸; en (1983) la XXXVIII Asamblea General de las Naciones Unidas crea el Grupo de Trabajo para regular asuntos relacionados con la GEO⁷⁹.

4. APLICACIÓN DE LA ROP A LOS HECHOS:

Para efectuar una correcta apreciación del caso, se verá hasta qué punto y con qué nivel de acierto se configuraron los requisitos mencionados anteriormente en el capítulo 2.2.3 para que un Estado se beneficie de las consecuencias de ser objetor persistente.

Algunos requisitos merecen mayor atención que otros. Por esta razón, se toma como presupuesto que la objeción inicial (conjunta) es la Declaración de Bogotá de 1976⁸⁰. En cuanto a la persistencia, el análisis sobre la configuración de la ROP se limita a los años desde el surgimiento de la costumbre hasta 1982 donde se da la primera inconsistencia (por falta de uniformidad) de la objeción⁸¹. Por lo anterior, el análisis se concentra en los requisitos de consistencia; oportunidad y naturaleza de la norma objetada.

4.1. Objeción consistente:

En primer lugar, en cuanto a la consistencia de la objeción, antes de que fuera abandonada en 1982, se deben ver varios momentos importantes. El primer momento corresponde a la supuesta aceptación tácita de la primera declaración de principios de 1963 y la firma y no ratificación del Tratado del Espacio. Sobre este primer momento, se podría decir que es una clara inconsistencia de una regla universal (objetivismo) o que por el contrario la regla no tenía delimitado su alcance y era imposible de objetar algo cuyas consecuencias o implicaciones aumentarían con el tiempo (voluntarismo). En favor de lo primero, se anota que

78 Santacoloma, “*Debates Políticos: Tratamiento Jurídico De La Órbita De Los Satélites Geoes-tacionarios*,” p. 23.

79 Ernesto Rodríguez Medina. “*Nuestro Derecho Al Espacio. La Órbita Geoestacionaria: ¿Una Frustrada Regulación?*.” Revista Temas Constitucionales s.d., no. s.d. (2006), p. 66.

80 Es el centro del análisis por una razón particular, y es que las Resoluciones de la AGNU relativas a los documentos de la COPUOS se han adoptado sistemáticamente *sin votación*, dejando en incertidumbre el buscado consentimiento estatal. V. A/Res./1721(XVI)[B]; A/Res./1721(XVI)[C]; A/Res./1721(XVI)[E]; A/Res./1721(XVI)[A]; A/Res./1721(XVI)[D]; A/Res./75/92; A/Res./2223(XXI); A/Res./35/16; A/Res./2260(XXII).

81 Lo que descarta que los debates sobre el artículo 101 de la Constitución Política sean relevantes, para 1991 no había posibilidad de objetar.

los países en desarrollo venían buscando reivindicar su posición internacional, y justamente por esta razón, estando en una notable desventaja tecnológica apoyaron la idea básica de que no sería justa la apropiación nacional de recursos⁸² “ultraterrestres” cuando solo los países desarrollados podían acceder a estos⁸³. En favor de lo segundo, y analizando con detalle la voluntad de los Estados, estas resoluciones no utilizan expresiones que indiquen el reconocimiento de normas sino parámetros o guías para los Estados⁸⁴.

Por otro lado, es importante revisar la consistencia en la aceptación y ratificación del Tratado del Espacio (que reestablece la regla de no apropiación en lenguaje imperativo). Hay quienes anotan que salvo Kenia y el Congo, todos los demás países habían *firmado* el tratado antes de terminada la década de 1960⁸⁵. La firma y no ratificación no parecen inconsistentes si se observa la opinión de la CIJ al analizar el caso de Perú⁸⁶, es decir, el hecho de que Colombia firmara no resulta grave para su objeción, pues no ratificó el tratado. Igualmente, sobre el Convenio Internacional de Telecomunicaciones de 1965, debe anotarse que no se trataron temas relativos a la GEO y por lo tanto el silencio del objeto no afectó la consistencia.

Otra anotación sobre la inconsistencia surgiría del hecho de que Colombia no ha reprochado todos⁸⁷ los posicionamientos satelitales en “su parte” de la GEO.⁸⁸ Este argumento a favor de la inconsistencia no parece de recibo si se

82 Ram S. Jakhu, “*Developing Countries and the Fundamental Principles of International Space Law*.” In *New Directions in International Law*. Ed. by Wolfgang Abendroth and Rafael Gutierrez. Frankfurt: McGill University, (1982), 351-373, p. 357. Y por esta razón, Jakhu va más allá y afirma que el artículo I del Tratado del Espacio fue diseñado justamente para salvaguardar los intereses de países no desarrollados.

83 Es razonable afirmar que el art. II es la consecuencia del art. I: si se quiere garantizar que los países en desarrollo accedan libremente (en algún momento) a los bienes del Espacio, es lógico que los países desarrollados que ya pueden acceder, no se apropien de dichos recursos.

84 Bin Cheng, *Studies in International Space Law*. 1st ed. Oxford: Clarendon Press Oxford, (1997), p. 5.

85 Green, “*The Persistent Objector Rule in International Law*,” p. 141.

86 A pesar de haber firmado, si el Estado objeto hace reservas o se abstiene de ratificar el tratado, no pierde la consistencia. Este segundo escenario corresponde al caso de Perú respecto de La Convención de Montevideo de 1933 (firmada y no ratificada) que la Corte Internacional consideró (hipotéticamente) suficiente para que le fuera inaplicable una costumbre. *Asylum Case*, p. 278.

87 Porque, dicho de paso, Colombia sí objetó el posicionamiento del satélite Galaxia II en 1985, lo que sería una clara objeción subsiguiente (a cargo de Ernesto Rodríguez) v. Revista Semana. “Invasión Espacial.” *Semana* s.d., no. s.d. (1985).

88 Santacoloma, “*Debates políticos: tratamiento jurídico de la órbita de los satélites geoestacionarios*,” p. 42.

recuerda que lo que se objeta es una obligación de abstención y no una conducta positiva.⁸⁹

4.2. Objeción oportuna (*timeliness*):

El punto fundamental y más controversial para determinar la objeción oportuna es tener en mente el momento en el que se consolidó la costumbre, pero debemos preguntarnos ¿en qué consistía la regla de costumbre objetada⁹⁰? Esta respuesta es una que la literatura revisada no parece brindar con claridad antes de ofrecer conclusiones. El artículo II del Tratado del Espacio habla de una prohibición de reclamos de soberanía, lo que implica un deber de abstención. Por lo tanto, la consolidación consuetudinaria de una obligación de abstención requeriría de parte de los Estados una “práctica” consistente en no reclamar, aunado al reconocimiento de que la ausencia de reclamos soberanos está motivada por un deber legal (*opinio iuris*)⁹¹. El hecho de que sea una abstención indica que lo que se debe revisar es la inactividad de los Estados. La objeción, por lo tanto, iría de la mano con negar la existencia de tal regla o de justamente no abstenerse y hacer este tipo de reclamaciones soberanas. La incorrección en este punto se ve en las respectivas opiniones sobre cuándo se consolidó la costumbre, y que se revisan a continuación.

4.2.1. Posturas respecto a la consolidación de la costumbre:

En primer lugar se presenta la hipótesis (a) en donde están quienes afirman que el lanzamiento de satélites, como se aprecia en los hechos, se venía efectuando desde finales de la década de 1950 (práctica), y que el Tratado del Espacio hizo las veces del segundo requisito (*opinio iuris*)⁹². En consecuencia, esa práctica ha-

89 “[T]he objector need not necessarily practice what it is preaching” p. 183 en Green, “*The Persistent Objector Rule in the Work of the International Law Commission on the Identification of Customary International Law.*”

90 El principio de no apropiación tenía un carácter mucho más absoluto antes de 1969, v. Pershing (2019, p. 158), luego de esto, los Estados se han apropiado de minerales y rocas lunares sin tener reparos al principio. Este cambio, sin embargo, no afectaría el estatus de la GEO, pues la costumbre sigue prohibiendo la apropiación o los reclamos soberanos (*ibid.* p. 161).

91 Aunque Paliouras no reconoce la abstención de manera expresa, sí lo hace de manera tácita al reconocer que el requisito para que sea costumbre consiste en “the (...) consistent practice of states not to claim sovereignty over any fragment of outer space” Zachos Paliouras. “*The Non-Appropriation Principle: The Grundnorm of International Space Law.*” *Leiden Journal of International Law* 27, no. 1 (2014): 37-54, p. 44.

92 Nótese que los primeros satélites (el Vanguard I y el Vanguard II) no estaban geo-sincronizados, pasaban por la GEO pero no orbitaban de manera permanente en la GEO, es decir, no se

bría consolidado la costumbre y se ha afirmado que la objeción de estos Estados fue subsiguiente y por lo tanto, inoportuna⁹³. Esta hipótesis estaría más en línea con un enfoque objetivista. No obstante, existen dos reparos importantes a esta hipótesis⁹⁴. Primero, quienes hacen esta afirmación lo hacen considerando que dicha práctica (posicionar satélites) hace las veces del segundo requisito para la consolidación de la costumbre, olvidando que el posicionamiento de los satélites debió ser motivado “or be carried out in such a way, as to be evidence of a belief that this practice is rendered obligatory by the existence of a rule of law requiring it”⁹⁵. Es decir, si se admitiera esta hipótesis, se estaría admitiendo que el lanzamiento de los satélites se hizo por la convicción de que los Estados (en su generalidad) estaban obligados a posicionar satélites para seguir con el deber legal (*opinio iuris*) consistente en la abstención de reclamar el espacio exterior⁹⁶, lo que no solo nunca ha sido probado, sino que es falto de sentido. En segundo lugar, se repara esta hipótesis porque la práctica de lanzar satélites sería requisito de una regla relativa al posicionamiento de satélites, con independencia de si donde sean posicionados sea un espacio “privado” o “público” reclamado por un Estado o considerado de todos los Estados.

En segundo lugar se tiene la hipótesis (b), en donde se afirma que la ROP se configuró por el hecho de que los Estados “objeto” no se han retirado unánimemente de la Declaración de Bogotá⁹⁷. De igual manera, se concentra en resaltar el valor de la Declaración como un rechazo colonial respecto al tratamiento legal de recursos naturales⁹⁸. Sin embargo, esta hipótesis no define con claridad el comienzo de la costumbre, ni tampoco da indicios de si se materializó con la práctica de lanzamiento satelital sumada al reconocimiento en el Tratado del

mantenían “sobre” Colombia y los demás Estados ecuatoriales. McClane (1989) reconoce este punto (p. 19), pero afirma ese solo hecho ya constituía una práctica establecida. Brock McClane. “How Late in the Emergence of a Norm of Customary International Law may a Persistent Objector Object.” *ILSA Journal of International Law* 13, no. 1 (1989): 1-26, p. 19.

93 Green, “*The Persistent Objector Rule in International Law*,” p. 141.

94 Que es la hipótesis que comparten Green (2016) y MacClane (1989).

95 ICJ (Corte Internacional de Justicia). *North Sea Continental Shelf Cases*, (República Federal de Alemania/Dinamarca; República Federal de Alemania/Países Bajos), [1969], ICJ Reports. p. 44 para. 77

96 El hecho de que se lanzaran satélites podría ser visto como una consecuencia de la costumbre, pero por lógica, no podría consistir en el requisito (*State practice*) para que se configurara la costumbre.

97 Oduntan. *Sovereignty and Jurisdiction in the Airspace and Outer Space*, p. 304.

98 Harris Durrani. “*The Bogotá Declaration: A Case Study on Sovereignty, Empire, and the Commons in Outer Space*.” *Columbia Journal of Transnational Law* s.d., no. s.d. (2017): s.d.

Espacio Exterior (1967)⁹⁹. Esta hipótesis ignora¹⁰⁰ que el Tratado del Espacio Exterior precisamente se construía sobre la aceptación unánime de la resolución 1962 de la decimoctava AGNU de 1963¹⁰¹. Por lo tanto, quienes son partidarios de este conjunto de afirmaciones parecen concentrarse en la crítica al régimen de la GEO pero no al argumento jurídico que permitiría su “reivindicación”.

En tercer lugar, encontramos la hipótesis (c). Aquella indica que la costumbre se consolidó antes del Tratado del Espacio Exterior (1967). Según esta hipótesis, las no reclamaciones generalizadas, sumadas a la resoluciones de la AGNU 1721 (XVI)¹⁰² y 1802 (XVII)¹⁰³ de 1961 y 1962 respectivamente, habrían consolidado la costumbre¹⁰⁴. Estas resoluciones, cumplirían el requisito de la aceptación como derecho, y alcanzarían el nivel de generalidad necesario por haber sido aceptadas unánimemente¹⁰⁵. Esta hipótesis es justamente la que han usado los Estados promotores de la costumbre¹⁰⁶. Su consecuencia es que la Declaración de Bogotá habría sido un intento de objeción posterior (inoportuna). Sobre esta hipótesis, que es la más popular, no se ejemplifican abstenciones donde se reconozca la obligación de no reclamar.

Por último, la hipótesis (d) indicaría que la costumbre no se había consolidado para 1976 porque: las resoluciones se dieron en lenguaje performativo y no declarativo; la práctica de posicionamiento no valdría como afirmación de una abstención y la indeterminación del alcance del principio hizo imposible la consolidación de la costumbre *respecto* a la GEO, esta, sería entre todas, la opción más voluntarista.

99 Que es la postura acogida por Green (2016) p. 141.

100 Como pareciera sugerir Oduntan (2012) p. 305.

101 Como se hizo manifiesto en la propuesta de Tratado hecha por los Estados Unidos en A/AC. 105/32. (17 June). Draft Treaty Governing the Exploration of the Moon and Other Celestial Bodies. 1966.

102 AGNU, Resolución 1721 (XVI) , *Cooperación Internacional para la Utilización del Espacio Ultraterrestre con Fines Pacíficos*, tomada el 20 de diciembre de 1961.

103 AGNU, Resolución 1892 (XVII) , *Cooperación Internacional para la Utilización del Espacio Ultraterrestre con Fines Pacíficos*, tomada el 14 de diciembre de 1962.

104 Pershing, “Interpreting the Outer Space Treaty’s Non-Appropriation Principle: Customary International Law from 1967 to Today.” p. 156.

105 De esta opinión son Pershing (2019) también Vladlen Vereshchetin, and Gennady Danilenko. “*Custom as a Source of International Law of Outer Space*.” Journal of Space Law 13, no. 1 (1985): 22-35, p. 32.

106 Todas estas afirmaciones se dieron con posterioridad a la Declaración de Bogotá, precisamente como un rechazo a la inobservancia del Tratado del Espacio. Vereshchetin y Danilenko (1985) soportan este argumento con las declaraciones de varios Estados reclamantes; sin embargo, se trata de afirmaciones disímiles en la condición de la costumbre (v. p. 33).

4.3. *Naturaleza de la norma objetada, prohibición sobre normas perentorias:*

Si se tratara de una costumbre que contuviera una costumbre con la categoría de *ius cogens* no se podría configurar la ROP en favor del objeto, de acuerdo con la Conclusión 15(3). Hay quienes afirman que el principio de no apropiación era de esta naturaleza especial y que por lo tanto no era posible hacer objeciones a esta regla¹⁰⁷. Esta postura está muy en línea con un enfoque objetivista y universalista. Sin embargo, esta afirmación de que la regla de no apropiación fuera *ius cogens* parece no corresponder con la definición de ese tipo de normas. Si se miran los elementos para que una norma de derecho internacional sea reputada como perentoria, siguiendo el art. 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados; un requisito fundamental de este tipo de normas es el reconocimiento como norma no derogable. Por ejemplo, la prohibición de la tortura no podría venir acompañada de un párrafo con una lista de excepciones. De la misma forma, el principio de no apropiación no debería aceptar excepciones para tener tal condición, y sin embargo, es sabido que la conducta de los Estados ha ido incuestionadamente en contra del principio. Por ejemplo y de manera muy habitual el principio de no apropiación se ignora al tratarse de extracción de recursos¹⁰⁸ espaciales¹⁰⁹. No obstante, si se tratara no de normas perentorias sino de una categoría más amplia como principios fundamentales, podría sostenerse que no se podía objetar la costumbre aún sin tener la categoría de norma perentoria¹¹⁰. El problema con este pseudorequisito es que está apoya-

107 Jakhu, “*Developing Countries and the Fundamental Principles of International Space Law*,” p. 363.

108 Afirmer que la regla especificada en ese caso solo alude a minerales y no a órbitas, sería afirmar a su turno que son varias reglas las que tenían, y que es razonable que se hayan desarrollado de distinta forma. Esto robustecería el punto de que la regla no aplicaba a la GEO en 1967.

109 Pershing, “*Interpreting the Outer Space Treaty’s Non-Appropriation Principle: Customary International Law from 1967 to Today*,” p. 178. Donde habla de la excepción como un cambio de interpretación del principio, pasando de una amplia a una más restringida interpretación. Debería, en nuestra opinión, hablar de nueva práctica.

110 ICJ (Corte Internacional de Justicia). *Fisheries Case* (Reino Unido v. Noruega), [1950], respuesta enviada por el Gobierno del Reino Unido, ICJ Pleings., vol. II, pp. 428–429: “[W]here a fundamental principle is concerned, the international community does not recognize the right of any State to isolate itself from the impact of the principle (...) [t]he delimitation (...) is not a sphere in which it is possible to isolate the legal attitude of one State in regard to customary law from the attitude of the whole community of States” p. 429; concluyendo que el disenso de un Estado no puede ir en detrimento de los derechos de todos los demás. Como anota Green (2016, p. 209), para ese momento el concepto de *ius cogens* estaba en formación, por lo que en nuestra opinión, el reclamo del Reino Unido acogía una categoría de normas más amplia en la que la ROP sería inaplicable. Green. *The Persistent Objector Rule in International Law*. Esta postura es posteriormente apoyada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en *Roach and J Pinkerton v United States* cfr. Olufemi, “*Persistent Objector*,” para. 18.

do en un argumento de Reino Unido tácitamente descartado por la CIJ y no en los requisitos menos discutidos y revisados en este escrito¹¹¹.

5. APRECIACIONES ADICIONALES A LA VERIFICACIÓN DE LOS REQUISITOS DE LA ROP:

Existen dos apreciaciones adicionales que, dificultan la certidumbre de las afirmaciones a favor y en contra de la configuración de la ROP. Estos argumentos, no se ubican en el plano formal de la ROP; sino en requisitos ajenos a ella y aun así necesarios para su configuración. En primer lugar y en favor de la antigua postura colombiana, está el hecho de que no había certidumbre sobre si la costumbre aplicaba a la GEO. En segundo lugar, un argumento de carácter técnico: no es “físicamente” lógico reclamar soberanía sobre la GEO.

5.1. La dudosa aplicabilidad (inicial) de la costumbre sobre la GEO:

Uno de los requisitos implícitos para la configuración de la ROP es que el Estado objetor tenga conocimiento de la formación de una costumbre internacional. En nuestra opinión, esto se deduce de los comentarios de la CDI. En particular, el párrafo 5° de la C.15 que al describir el requisito de oportunidad, sugiere al objetor actuar *lo antes posible*. A *contrario*, si no es posible objetar por ignorancia de la formación, no se descalifican sus objeciones subsiguientes. Es decir, en el párrafo va la premisa implícita de que el Estado objetor debe saber que hay una costumbre emergente. Esto también se deriva de los mismos requisitos para que una norma adquiera el estatus de costumbre, ya que se requiere una *aceptación* generalizada que se vuelve la expresión de una obligación legal¹¹². No tendría ningún sentido si fuera una práctica indeterminada o secreta, pues no habría una verdadera aceptación, y si no se puede objetar en secreto tampoco se puede formar una costumbre en secreto pues los Estados no pueden actuar en favor o en contra.

Si se requiriera ese requisito implícito de la publicidad de la norma, con mayor razón se exigiría un requisito (implícito) de la aplicabilidad de la norma. No sería razonable, por ejemplo, que una costumbre se hiciera vinculante para la comunidad de Estados en términos que fueran imprevisibles para ellos, no

111 En el caso de *Fisheries Case*, pero nóteses que no es un argumento de la Corte sino un argumento de una parte.

112 UN Doc. A/73/10 (2018), p. 125, Commentary to Conclusion 2, para. 2.

habría derecho a objetar si no hay certeza de qué situaciones cobijaría el principio. En el caso del principio de no apropiación, el alcance de la abstención no era determinado¹¹³. Su indeterminación fue de tal magnitud, que en 1977¹¹⁴ la COPUOS¹¹⁵ le pedía a su subcomité científico que definiera la naturaleza técnica y física de la GEO con el fin de determinar sus usos y estatus legal¹¹⁶. Por lo tanto, si se tomara en cuenta esta consideración lógica, no era muy razonable esperar objeciones a la regla consuetudinaria de no apropiación en sus inicios, pues no había manera de prever la forma en que se comprometían los intereses de Colombia.

5.2. La imposibilidad lógica de reclamar la GEO:

Aunque esta afirmación hace objetiva o camufla una contienda esencialmente política, la no apropiación del espacio, ha sido soportada por una conclusión lógica: no hay manera de ejercer control efectivo sobre ciertos objetos, entre ellos la GEO¹¹⁷, y por lo tanto no puede haber reclamos de soberanía sobre ella¹¹⁸. Este punto es mucho más sustancial que la ROP y demuestra una imposibilidad real para contravenir la regla¹¹⁹. La Declaración de Bogotá, alude a la GEO (Art. 1(3)) como si se tratara de un territorio¹²⁰. Luego, el reclamo de soberanía de estos Estados en el art. 2(4) de dicho instrumento, no solo contravendría el art. II del Tratado del Espacio Exterior, sino que estaría reclamando propio un fenómeno y no un espacio geográfico. La GEO físicamente es una

113 Aunque hay quienes anotan que era sin problemas determinable, como Gorbil (1978, p. 177) que anota que afirmar que el Tratado del Espacio no alcanzaba la GEO sería quitar todo fundamento a su motivo de existencia.

114 En apoyo a la misma idea, ese año empiezan a discutirse los límites legales del término “espacio exterior” en la subcomisión legal, v. UN Doc. A/AC.105/C.2/7 (1977).

115 Véase cómo la COPUOS, afirma con contundencia la aplicación del Tratado del Espacio sobre asuntos de radiodifusión directa y otros satélites (para. 51) mientras que al hablar de la GEO no se presenta la misma claridad, v. UN Doc. A/8020 Add. 1 (1970).

116 UN Doc. A/32/20 (1977), Annex VI.

117 En la medida en que es un fenómeno físico, la órbita no es órbita sino hasta que haya objetos en ella.

118 Paliouras, “*The non-appropriation principle: The grundnorm of international space law*,” p. 42. En este sentido la GEO antes del Tratado del Espacio Exterior (o antes de que fuera costumbre el principio de no apropiación) sería vista como altamar, es decir como “*res communis mnum*” y no como “*terra nullius*”.

119 Es la tesis que ha sostenido desde el comienzo Alfredo Rey Córdoba y es la que se ve reflejada en los estudios de la Universidad de los Andes al respecto.

120 Ignorando “the fundamental distinction (...) between the physical phenomenon (orbit) and the space where it occurs.” v. p. 41 Paliouras, “*The non-appropriation principle: The grundnorm of international space law*,” pp. 37-54.

trayectoria de satélites artificiales, por lo que no es posible afirmar que es un “hecho físico” como sostiene la Declaración¹²¹. Esta es justamente la postura que ha acogido desde el inicio Alfredo Rey, catedrático de Derecho Espacial de la Universidad de los Andes y quien ha representado a Colombia en innumerables ocasiones frente al COPUOS. Fue justamente gracias a su contribución que el gobierno colombiano aceptó la imposibilidad de reclamar la GEO.

CONCLUSIONES:

Este estudio se restringió al análisis formal que implica aplicar la ROP al principio de no apropiación del espacio. Se encontró que no es indiscutido el momento de la consolidación de la costumbre contentiva de ese principio. Igualmente, la revisión a los acontecimientos pasados y relativos a la costumbre y a esta objeción dependen de qué corriente se adopte entre el voluntarismo y el objetivismo. De acuerdo con el extremo voluntarista, se puede afirmar que entre 1975 a 1982 pudo haberse configurado la posición de objetor permanente para Colombia. Sin ignorar la réplica constante de que la GEO, por física, no podría ser objeto de reclamaciones soberanas. De igual manera, es de anotar que la aplicación de la ROP a obligaciones o principios de abstención supone la complejidad adicional de determinar cuándo los Estados se abstienen por obediencia a una costumbre en formación o cuando se abstienen por simple ignorancia (es decir cuando su inacción se reputa como un acto de Estado).

Aún más, quedó en evidencia que el hecho de objetar un principio supone más complejidad que objetar una regla, pues las reglas a menudo están debidamente especificadas (como podría ser la regla consuetudinaria de no expropiación sin compensación en el campo del derecho internacional de la inversión extranjera) mientras que los principios son más amplios e inespecíficos, lo que hace difícil prever su aplicación y cuando se debe objetar la mismas. Desafortunadamente, lo anterior no fue ni ha sido especificado por la CDI. Todas estas complicaciones llevan a concluir que no era tan indiscutido que Colombia hubiera fracasado en su calidad de objetor permanente, y que no estuvo lejos de consolidar derechos sobre el recurso de la órbita geoestacionaria. Esta tesis, por supuesto, fue abandonada expresamente y Colombia, tímidamente pasó a ser un Estado más a favor de la no apropiación del espacio y más amigable en sus relaciones internacionales.

121 Gorbíel, “*The Legal Status of Geostationary Orbit: Some Remarks*,” p. 176.

Adicionalmente, y aunque el Tratado del Espacio esté por ratificarse, sigue siendo deseable la profundización sobre este caso¹²². Porque, aunque es evidente que la Declaración de Bogotá hizo manifiesta la asimetría de poder en el manejo de los recursos espaciales¹²³, hace falta un análisis que cuestione la neutralidad de las normas secundarias y primarias¹²⁴ en materia espacial, o un análisis que revise hasta qué punto afirmaciones como que las reglas actuales de derecho internacional han favorecido a los países desarrollados (antiguos imperios) y han perjudicado a los países en desarrollo (antiguas colonias) aplican en la formación del Derecho Espacial¹²⁵. También, valdría la pena revisar este caso en función de los reclamos y acciones de reivindicación de recursos de países no desarrollados que se dio en la segunda mitad del siglo XX¹²⁶. Todo lo anterior sin olvidar que los países en desarrollo, en los foros de las Naciones Unidas, ostentaron desde los sesentas una mayoría de voto¹²⁷. En ese sentido, sería interesante cuestionar si la narrativa del *New International Economic Order* promovida por estos países alcanzó al derecho internacional espacial, o de que manera fracasó¹²⁸.

REFERENCIAS:

- Abigail D. Pershing. *Interpreting the Outer Space Treaty's Non-Appropriation Principle: Customary International Law from 1967 to Today*. Yale Journal of International Law 44, no. 1:149-178, (2019).

122 Otra manera de analizar el caso podría ser desde la óptica de la prescripción, cfr. Ian C. MacGibbon. "The Scope of Acquiescence in International Law." *British Year Book of International Law* 31, (1954): 143-186, p. 172. Si el presente caso se analizara a la luz de la institución de la posesión, la comunicación haría las veces de la publicidad.

123 Harris Durrani. "Interpreting Space Resources obtained: Historical and Postcolonial Interventions in the Law of Commercial Space Mining." *Columbia Journal of Transnational Law* 57, no. 2 (2019): 403-460.

124 B. S. Chimi, "Legitimizing the International Rule of Law." In *The Cambridge Companion to International Law*. Ed. by Martti Koskenniemi and James Crawford. Cambridge: Cambridge University Press, 2012, 290-309, p. 296.

125 Thomas Pogge. "Divided Against itself: Aspiration and Reality in International Law." In *The Cambridge Companion to International Law*. Edited by James Crawford and Martti Koskenniemi. New York: Cambridge University Press, (2012), 373-398, p. 377.

126 Hélène Ruiz Fabri. "Regulating Trade, Investment and Money." In *The Cambridge Companion to International Law*. Edited by James Crawford and Martti Koskenniemi. New York: Cambridge University Press, (2012) 352-373, p.358.

127 Jakhu, "Developing Countries and the Fundamental Principles of International Space Law," p. 354.

128 Jakhu, "Developing Countries and the Fundamental Principles of International Space Law," p. 358. Afirmando que "[t]hrough the developing countries had gained a majority in the General Assembly since 1960, they were not very active in pressing for the safeguard of their interests (...) in outer space."

- Alain Pellet, Alain. Article 38. In *The Statute of the International Court of Justice: A Commentary*, edited by Andreas Zimmermann, Christian Tomuschat and Karin Oellers-Frahm. Oxford: Oxford University Press, (2012).
- Andrej Gorbiel. *The legal status of geostationary orbit: Some remarks*. Journal of Space Law 6, no. 2:171-178, (1978).
- Bin Cheng. *Studies In International Space Law*. 1st ed. Oxford: Clarendon Press Oxford, (1997).
- Bradley Curtis, and Mitu Gulati. *Withdrawing from International Custom*. The Yale Law Journal 120, no. 2:202-275, (2010).
- Brock McClane. *How Late in the Emergence of a Norm of Customary International Law May a Persistent Objector Object*. ILSA Journal of International Law 13, no. 1:1-26, (1989).
- Chimi, B. S. *Legitimizing the International Rule of Law*. In *The Cambridge Companion to International Law*, edited by Martti Koskenniemi and James Crawford. Cambridge: Cambridge University Press, (2012).
- Christine Chinkin, and Freya Baetens. *Sovereignty, statehood and state responsibility: essays in honour of James Crawford*. 1st ed. Cambridge: Cambridge University Press, (2012).
- Christopher D. Johnson. *The Outer Space Treaty*. (2018) Available from <https://oxfordre.com/planetaryscience/view/10.1093/acrefore/9780190647926.001.0001/acrefore-9780190647926-e-43>.
- Christy Collis. *The Geostationary Orbit: A Critical Legal Geography of Space's Most Valuable Real Estate*. In *Down to Earth*, edited by Lisa Parks and James Scwoch Rutgers University Press, (2012).
- Committee on the Peaceful Uses of Outer Space (17 June 1966), *Draft Treaty Governing the Exploration of the Moon and Other Celestial Bodies*.
- Cornell Law School, and Legal Information Institute. Customary International Law. 2003 Available from https://www.law.cornell.edu/wex/customary_international_law.
- David A. Colson. *How Persistent Must the Persistent Objector Be*. Washington Law Review 61, no. 3:957-970, (1986).
- Elias Olufemi. *Persistent Objector*. Max Planck Encyclopedias of International Law, Oxford Public International Law, (2006).
- Ernesto Rodríguez Medina. *Nuestro Derecho al Espacio. La órbita Geoestacionaria: ¿Una Frustrada Regulación?* Revista Temas Constitucionales s.d., no. s.d., (2006).
- Gbenga Oduntan. *Sovereignty and Jurisdiction in the Airspace and Outer Space*. 1st ed. Oxon: Routledge Taylor and Francis Group, (2012).
- Harris Durrani. *Interpreting Space Resources Obtained: Historical and Postcolonial Interventions in the Law of Commercial Space Mining*. Columbia Journal of Transnational Law 57, no. 2:403-460, (2019).
- *The Bogotá Declaration: A Case Study on Sovereignty, Empire, and the Commons in Outer Space*. Columbia Journal of Transnational Law s.d., no. s.d.:s.d., (2017).

- Hélène Ruiz Fabri. *Regulating Trade, Investment and Money*. In *The Cambridge Companion to International Law*, edited by James Crawford and Martti Koskenniemi. New York: Cambridge University Press, (2012).
- Ian C. MacGibbon. *The Scope of Acquiescence in International Law*. British Year Book of International Law 31, 143-186, (1954).
- International Communication Union. 1965. *From Semaphore to Satellite*. Ginebra: International Telecommunication Union. from <https://www.itu.int/en/history/Pages/ConstitutionAndConvention.aspx>.
- ITU. Sobre la Unión Internacional de Telecomunicaciones (UIT). s.d. [cited Agosto 11 de 2020]. Available from <https://www.itu.int/es/about/Pages/default.aspx>.
- James A. Green. *The Persistent Objector Rule in the Work of the International Law Commission on the Identification of Customary International Law*. Italian Yearbook of International Law 175, (2017).
- *The Persistent Objector Rule in International Law*. First Edition. New York: Oxford University Press, (2016).
- James Clay Moltz. *Crowded Orbits*. New York: Columbia University Press, (2014).
- James Crawford. *State Responsibility: the general part*. 1st. ed. Cambridge: Cambridge University Press, (2013).
- Kathryn Hansen, *Vanguard II Turns* 60. (2019) Available from <https://earthobservatory.nasa.gov/blogs/earthmatters/2019/04/23/vanguard-ii-turns-60/>.
- Malay Adhikari. *Legal Regulation of Private Actors in Outer Space*. 1st ed. Oxon: Routledge, (2019).
- María Ximena Correa Olarte. *Estado actual del proceso de territorialización del espacio ultraterrestre por parte de Colombia y recomendaciones para su consolidación*. Perspectiva Geográfica, vol. 22 no. 1. 22, no. 1, (2017).
- Nienke Grossman. *Territorial and Maritime Dispute (Nicaragua v. Colombia)*. The American Journal of International Law 107, no. 2:396-403, (2013).
- Patrick Dumberry. *Incoherent and Ineffective: the concept of persistent objector revisited*. The International and Comparative Law Quarterly 59, no. 3:779-802, (2010).
- *The Formation and Identification of Rules of Customary International Law in International Investment Law*, Cambridge University Press, (Firs ed. 2016)
- Ram S. Jakhu. *Developing Countries and the Fundamental Principles of International Space Law*. In *New Directions in International Law*, edited by Wolfgang Abendroth and Rafael Gutierrez. Frankfurt: McGill University, (1982).
- Revista Semana. 1985. *Invasión Espacial*. Semana s.d., no. s.d.:
- Ricardo Abello Galvis. *La Corte Constitucional y el derecho internacional, los tratados y el control previo de constitucionalidad 1992-2004*. Revista de Estudios Socio Jurídicos 7, no. 1. (2005).
- Richard Hollingham. *The world's oldest scientific satellite is still in orbit*. British Broadcasting Corporation (*BBC Future*) (2017).
- Ted L. Stein. *The approach of the different drummer: The principle of the persistent objector in international law*. Harvard International Law Journal 26, no. 2, (1985).

- The Economist. 2012. Colombia and Nicaragua, Hot Waters. *Americas View*.
- Thomas Pogge. *Divided against itself: aspiration and reality in international law*. In *The Cambridge Companion to International Law*, edited by James Crawford and Martti Koskenniemi. New York: Cambridge University Press, (2012).
- United Nations Office for Outer Space Affairs. 2004. *Status of international agreements relating to activities in outer space as at 1 January 2004*. Austria.
- United Nations Office for Outer Space Affairs. s.d. *Committee on the Peaceful Uses of Outer Space: Membership Evolution*.
- United Nations Treaty Collection. Declarations Recognizing as Compulsory the Jurisdiction of the International Court of Justice under art. 36, para. 2 of the Statute of the Court. 2021 Available from https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=I-4&chapter=1&clang=_en#5.
- UNOOSA. Committee on the Peaceful Uses of Outer Space. s.d. [cited Agosto 11 de 2020]. Available from <https://www.unoosa.org/oosa/en/ourwork/copuos/index.html>.
- Valentina Santacoloma Sánchez. *Debates políticos: tratamiento jurídico de la órbita de los satélites geoestacionarios*. Undergrad. diss., Universidad de los Andes, (2013).
- Vladlen S. Vereshchetin and Gennady Danilenko. *Custom as a Source of International Law of Outer Space*. *Journal of Space Law* 13, no. 1:22-35, (1985).
- Zachos Paliouras. *The non-appropriation principle: The grundnorm of international space law*. *Leiden Journal of International Law* 27, no. 1:37-54, (2014).

