

El dominio marítimo en la nueva Constitución peruana

Por: DOMINGO GARCIA BELAUNDE

Profesor Auxiliar

Resumen: El autor presenta en forma ordenada toda la problemática desde la promulgación del D.S. Nº 781, de 1º de agosto de 1947, hasta la vigencia de la actual Constitución. Expone las últimas interpretaciones desde aquellas que consideran a las 200 millas como mar territorial, hasta las que defienden la zona marítima como modal, de soberanía y jurisdicción; y el texto Integrado Oficioso para fines de negociación aprobado por la II Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar.

I. ANTECEDENTES

Se acostumbra hablar de un "nuevo Derecho del Mar" en contraste con el "antiguo Derecho del Mar", nacido de intereses y acuerdos de las potencias marítimas, fijados y/o aceptados en épocas remotas, cuando el mundo era más pequeño, y las relaciones comerciales y los intereses económicos eran más limitados. Es ya clásica la famosa regla de las tres millas, nacida de la costumbre y fijada por vez primera por Galiani en 1782, como es también clásica la insuficiencia de dicha regla en el mundo actual. No obstante ello, la regla de las tres millas, ha tenido una larga historia, y una notable influencia que en parte hasta ahora subsiste, aun cuando seriamente cuestionada desde la famosa Conferencia de La Haya en 1930, y más aún desde que las Naciones Unidas convocó la primera Conferencia del Mar en Ginebra, y en 1958.

Lo que interesa señalar aquí, es únicamente el hecho escueto de que las 3 millas fueron durante mucho tiempo la única medida con alcance internacional, nacida del consenso y la costumbre, que reconoció el ejercicio de la soberanía dentro de los límites estrechos y que sólo recientemente ha comenzado a ser desplazada.

El Perú, como era natural, no escapó a esta tendencia general, y acogió esta norma en el Reglamento de Capitanías y de la Marina Mercante Nacional de 1940 (Talleres Tipográficos de la Escuela Naval del Perú, 2 tomos), que en su capítulo I, dedicado a las Capitanías de Puerto, indicaba lo siguiente:

"Artículo 4to.: El mar territorial del Perú se extiende hasta tres (3 millas de la costa e islas, contadas a partir de las más bajas mareas. En las bahías, ensenadas y golfos, el mar territorial es el comprendido entre la línea de la costa y la tangente externa a dos circunferencias trazadas desde los puntos extremos, con un radio de tres millas".

De acuerdo a este dispositivo legal (vigente hasta 1951) el Perú sólo reconocía un mar territorial de 3 millas, lo cual era simplemente aceptar los usos y costumbres del derecho internacional en aquella época.

Posteriormente, el estallido de la Segunda Guerra Mundial cambia profundamente este panorama y empieza una serie de declaraciones unilaterales de los Estados (que lo inicia el Presidente Roosevelt en 1939), y cuyo eco llega al Perú tardíamente, iniciando entre nosotros una nueva realidad marítima que tanta importancia tendría en los años sucesivos. Nos referimos al Decreto Supremo Nº 781 del 1º de agosto de 1947, promulgado por el Presidente José Luis Bustamante y Rivero, y refrendado por su Ministro de Relaciones Exteriores Enrique García Sayán. En este dispositivo legal que sigue el esquema de la Declaración Chilena de junio de ese mismo año, se sostiene fundamentalmente lo siguiente:

- a) La existencia de una zona marítima de 200 millas, donde el Perú ejerce "soberanía y jurisdicción" para fines específicos, vinculados con la protección de nuestros recursos naturales en la zona.
- b) Extiende la soberanía y jurisdicción nacionales a la plataforma o zócalo continental.
- c) Precisa que el límite de las 200 millas podría ser variado, de acuerdo a las circunstancias.
- d) Declaró que esta proclamación no afectaba la libertad de navegación reconocida por el Derecho Internacional.

Analizando con detenimiento los alcances de este Decreto Supremo, podemos extraer las conclusiones siguientes:

— No hizo referencia alguna a la extensión de nuestro mar territorial de tres millas, definido por el reglamento de Capitanías y Marina Mercante, entonces vigente, con lo que en la práctica lo convalidó.

— Preciso que el propósito del nuevo dispositivo legal era de orden económico, y no propiamente defensivo (que es lo característico del mar territorial).

— Reconoció la libertad de navegación tal como la caracteriza el Derecho Internacional (libertad ésta, que como se sabe, es atributo de la alta mar, y no del mar territorial).

Ahora bien, en el Libro de Actas del Consejo de Ministros de la época que hemos revisado, no se registra la firma del Presidente Bustamante y Rivero, en el año 1947 ni se hace alusión ni referencia alguna

a que tal Decreto Supremo haya sido puesto en conocimiento del Consejo de Ministros, ni menos que se le haya informado sobre su promulgación (aun cuando lo más probable es que esto haya sucedido realmente). Más bien, se constata una total ausencia de textos, debates o estudios referenciales, sobre lo que se pensaba en aquel momento, sin negar que ello fuese una innovación, que salía de los antiguos cauces del Derecho del Mar, para buscar nuevos senderos que en ese momento no estaban definidos. Es decir, queda en claro que en aquel momento no se pensó ni se hizo ninguna referencia al mar territorial, y que en consecuencia el Decreto Supremo no era indudablemente de corte territorialista; más aún, el Reglamento de Capitanías y Marina Mercante, no fue modificado, y siguió sin alteración —por lo menos en ese punto— hasta 1951. Tampoco se debatió el asunto en el Congreso, ya que como es sabido, por la situación política de aquellos días, se encontraba en receso, y en consecuencia no hubo ocasión de debate alguno (aun cuando cabe anotar que tampoco se preparó proyecto de ley ni menos aun se dió acto legislativo posterior que precisase conceptualmente su carácter "territorialista").

En todo caso, lo que es cierto es que los únicos que podían conocer los alcances de la medida, eran sus firmantes, esto es, el Presidente de la República y su Canciller.

El Dr. José Luis Bustamante y Rivero ha dado su versión de los hechos en 1954, en un documento que presentó como "Exposición de Motivos del Decreto Supremo Nº 781", que aun cuando es inusual en la práctica legislativa peruana, es muy ilustrativo. Decimos esto, ya que el Presidente Bustamante, al publicar en 1949 su libro *Tres años de lucha por la democracia en el Perú*, ya en su destierro en Buenos Aires, no hace referencia específica a este Decreto Supremo, sino que esperó hasta 1954, es decir, siete años, para declarar lo que pensaba sobre tal innovación legislativa, que era, según declaraba, no otra cosa que un mar territorial de 200 millas. En honor a la verdad hay que decir que en su obra de 1949, tan fresca como cercana a los hechos, consigna apresuradamente la dación del Decreto de 1947 que significa, según sus propias palabras de aquel entonces, una extensión del mar territorial "hasta el límite del Zócalo Continental" (op. cit. pág. 331 y 400), zócalo que tiene como se sabe una anchura variable siendo su límite máximo el de 65 millas (lo que significa sin lugar a dudas, que el criterio primigenio de Bustamante era otro). Pero desde 1955, en sucesivos documentos, discursos y ensayos, el ex-Presidente Bustamante ha difundido la tesis territorial de las 200 millas en forma elegante, concisa, aun cuando no siempre muy convincente, y ha logrado un amplio nivel de aceptación en la opinión pública, por venir avalado de quién ha ocupado tan altas posiciones en el país y fuera de él, y además por su alto magisterio moral y cívico, que nadie discute.

Por otro lado, el entonces Ministro de Relaciones Exteriores. Enrique García Sayán, ha dado una versión diferente y hasta opuesta a la expresada por el Presidente Bustamante, pues ha señalado en forma por lo demás clara y meridiana, que nunca se pretendió con tal Decreto Supremo la extensión de nuestro mar territorial hasta las 200 millas, hecho que no solamente no encuentra eco en la opinión internacio

nal, sino que adicionalmente no es lo que se buscó en aquel momento. García Sayán aclara que las 200 millas tenían un fin fundamentalmente económico, representando una nueva modalidad dentro del derecho del mar, que es la que precisamente se ha abierto paso en la III Conferencia de Naciones Unidas sobre Derecho del Mar.

Ahora bien, contando con dos opiniones, igualmente respetables, y ante la ausencia de otros textos de referencia, sólo nos queda en el mejor de los casos la duda, a fin de no recurrir al argumento de la autoridad (*ad verecundiam*), que no es precisamente lo que debe utilizarse, en la argumentación discursiva. En todo caso, llamemos la atención que la letra misma del Decreto Supremo N° 781 no es territorialista, como por lo demás lo han sostenido los comentaristas más autorizados.

Adicionalmente, y como dato curioso añadiremos que de acuerdo a la Constitución de 1933 —entonces vigente— el Presidente de la República no es responsable de sus actos, y que todo dispositivo que no lleve la firma del Ministro del Ramo es nulo (artículo 166). Esto quiere decir, que lo que dio fuerza y valor al Decreto Supremo N° 781 no fue la firma del Presidente Bustamante, sino el refrendo del Canciller Enrique García Sayán, por lo que cabría aventurar la hipótesis, que el verdadero intérprete del dispositivo es el Canciller que preparó el Decreto, y bajo cuya responsabilidad y refrendo fue promulgado. Hecha esta salvedad, veamos sin embargo las vicisitudes que posteriormente tuvo esta norma legal.

II. DESARROLLO POSTERIOR A 1947

La legislación posterior a 1947, no es uniforme en el tratamiento de esta zona marítima de 200 millas, ni tampoco acierta a definirla conceptualmente. Por lo pronto, el nuevo Reglamento de Capitanías y Marina Mercante de 1951, que reemplazo al de 1940, sólo hace referencia al dominio marítimo, y sucesivas leyes utilizan términos similares o equivalentes, tales como "aguas jurisdiccionales", "zona marítima", etc. Inclusive la famosa Declaración de Santiago de 1952 no es muy precisa, como puede verse en la compilación oficial publicada al respecto (*Instrumentos nacionales e internacionales sobre Derecho del Mar*, Ministerio de Relaciones Exteriores, 2 tomos, Lima 1971), en donde no figura, por tener carácter de reservada, la ley 13508, de la Marina de Guerra del Perú, que sí habla en forma expresa de un "mar territorial" de 200 millas, que no sólo no es definido conceptualmente, sino que es un documento interno que no ha sido publicado oficialmente. A esta compilación oficial habría que agregar recientemente, la Ley General de Aduanas (Decreto Ley 20165) que utiliza la voz "aguas jurisdiccionales"; la Ley de Minería Aurífera (Decreto Ley 22178), que utiliza "zonas marítimas"; la Ley de Descentralización (Decreto Ley 22836) que habla de la "zona marítima", y otros dispositivos legales menores.

De esta sucinta relación de orden legal, se desprende que salvo la Ley de la Marina de Guerra (reservada) N° 13508, derogada por una nueva Ley Orgánica del Ministerio de Marina Decreto Ley N°

23088 de 11 de junio de 1980, (también reservada y que no utiliza la locución "mar territorial") ningún dispositivo legal posterior a 1947, hace referencia a un mar territorial de 200 millas, y menos aun conceptúa cual es la naturaleza o características de esta zona de 200 millas. En igual sentido, los convenios internacionales que dan origen a la Comisión del Pacífico Sur, que tienen su punto de partida en la Declaración de Santiago de 1952, tampoco precisan el punto, y más bien por el contrario, podría decir que queda oscurecido. Esto es, no obstante la proliferación de referencias a las 200 millas, no existe, como contrapartida, una clara definición del concepto mismo, lo cual ciertamente ha creado este desconcierto.

Todo esto no ha escapado a la atención de los observadores extranjeros. Así, por ejemplo, Frida M. Pfirter de Armas, en su ensayo: "Perú: la marcha hacia el Oeste" (en *El Derecho del mar en evolución: la contribución de los países americanos*, editado por Ralph Zacklin, Fondo de Cultura Económica, México 1975) dice:

"... la posición peruana en relación con el derecho del mar en general y del mar territorial en particular, ha sido objeto de interpretaciones conflictivas durante un cuarto de siglo. En gran parte se ha debido a la naturaleza contradictoria de la legislación y de los pronunciamientos peruanos..." (cit. pág. 296).

"la mayoría de los autores que han estudiado el carácter legal de la zona marítima han llegado a la conclusión de que el Estado ejerce una soberanía limitada, es una zona de competencias especializadas y no un mar territorial con soberanía absoluta (cit. pág. 303).

"la legislación del Perú es confusa respecto a la naturaleza de la zona marítima" (cit. pág. 304).

No obstante estos raciocinios, la autora se pronuncia por la tesis territorialista de las 200 millas peruanas, teniendo en cuenta las diversas características que ofrece la legislación.

Por otro lado, otro importante observador extranjero, Edmundo Vargas Carreño (*América Latina y el Derecho del Mar*, Fondo de Cultura Económica, México 1973) analizando los mismos textos y las mismas declaraciones, llega a una conclusión opuesta, esto es, que las 200 millas peruanas no son mar territorial (cit. pág. 32).

Al lado de esta confusa ordenación legal y los comentarios surgidos a su amparo, hay que señalar como hecho visible, que el Ministerio de Relaciones Exteriores, a través de todos estos años, no ha hecho una sola referencia a un mar territorial de 200 millas, sino que por el contrario se ha referido a ella como una zona de competencias especializadas, posición que ha defendido no sólo internamente, sino en los foros internacionales. De donde se desprende que el carácter confuso y hasta contradictorio de la legislación existente, queda salvado con la posición internacional del Perú mostrada a través de sus pronunciamientos locales y en los foros internacionales a los que asistió en donde sólo se ha hecho referencia a la "soberanía y jurisdicción.

III. EL DEBATE CONSTITUCIONAL

La Asamblea Constituyente que se instaló el 28 de Julio de 1978, para el estudio y dación de la nueva Constitución Política del Estado, fué receptáculo, como era de esperarse, de todo este pasado legislativo y diplomático, y tuvo que discutir la configuración de las 200 millas en la nueva Carta. Como era natural, y como consecuencia de la presencia en su seno de representantes de la interpretación territorialista de las 200 millas, (Andrés A. Aramburú Menchaca, del Partido Popular Cristiano, y Alberto Ruiz Eldredge, del Partido Socialista Revolucionario) al discutirse el Reglamento de la Asamblea se aprobó, sin oposición alguna, el texto del artículo 4to., que dice expresamente:

"La Asamblea Constituyente funcionará regularmente en el Palacio Legislativo, y si el Plenario lo acuerda, podrá sesionar en cualquier lugar del territorio de la República, el cual comprende las 200 millas de su mar territorial" (Sesión del 10 de Agosto de 1980, Diario de los Debates de la Asamblea Constituyente de 1978, Tomo I, pág. 104).

La misma Asamblea constituyente recabó diversas opiniones al respecto, y entre ellas estuvo la del Dr. Bustamante y Rivero, quien en documento remitido a la Asamblea con fecha 27 de Octubre de 1978, se ratificó en su posición de un mar territorial de 200 millas, pero hizo la salvedad de que existiendo en funciones la Conferencia de Derecho del Mar de las Naciones Unidas, que precisamente estaba elaborando un Texto Integral sobre el mar, era conveniente que antes de cualquier pronunciamiento, se tuviese presente la opinión del Ministerio de Relaciones Exteriores, a fin de no colisionar con dicho documento internacional, que estaba en proceso de elaboración.

Paralelamente, los trabajos se repartieron en Comisiones Especiales, de las cuales, la de Estado, Territorio, Nacionalidad e Integración y la de Recursos Naturales, aprobaron por unanimidad (en sus respectivas ponencias y proyectos) la inclusión en el nuevo texto constitucional de un mar territorial de 200 millas. Posteriormente, y ante la opinión expresada por diversos expertos, tanto oficialmente, como extraoficialmente, la Comisión Principal de Constitución, presidida por Luis Alberto Sánchez, en vista de la situación internacional existente, optó por el término de "dominio marítimo", rechazando así la de "mar territorial" y sujetando la modalidad de tal dominio marítimo, a lo que estableciesen los tratados de los cuales es parte el Perú y a las leyes de la materia. Así lo declara en forma expresa el artículo 98 de la nueva Constitución, sancionada el 12 de Julio de 1979, y promulgada por el nuevo régimen constitucional el 28 de julio de 1980.

Este artículo 98 señala que en "su dominio marítimo el Perú ejerce soberanía y jurisdicción, sin perjuicio de las libertades de comunicación internacional, de acuerdo con la ley y los convenios internacionales ratificados por la República".

(Para mayores precisiones, nos remitimos a nuestro ensayo *El mar en el debate constitucional*, publicado en la Revista de la Academia Diplomática del Perú, número 19-20; enero-diciembre 1978-1979; y poste-

riormente, corregido y revisado en la *Revista de Marina*, año 66, Nº 1-2, Vol. 365, Julio-Octubre de 1980).

IV. INTERPRETACIONES DE ALGUNOS CONSTITUYENTES

Como hemos adelantado, la opinión pública al momento de la discusión del proyecto constitucional, por efecto del aval dado por el ex-Presidente Bustamante, y por la propaganda que hizo un sector del régimen del General Velasco, era favorable al concepto de "mar territorial", por una adhesión que podríamos llamar romántica, antes que conceptual. Hubo incluso un Ministro de Pesquería que afirmó con el aplauso de los que lo escuchaban, que el Gobierno Revolucionario había ensanchado el territorio nacional al hacer efectiva la posesión, goce y disfrute de las 200 millas territoriales; lo que era, como dicen los ingleses en giro intraducible, un delicioso *wishful thinking*. Pero como hemos visto, la Constitución de 1979, aun con la oposición de algunos, no acogió la tesis "territorialista" sino que por el contrario adoptó una "nueva categoría" marítima, para delinear la zona de las 200 millas. Con todo, la opinión que han emitido algunos constituyentes, no siempre se compadece con lo que aprobaron o expresaron en la Asamblea, lo cual es explicable en quien hace política, que no desea, por razones obvias, abandonar un término que tiene gratas connotaciones nacionalistas; otros por el contrario han guardado mayor coherencia en su vida pública. Aquí nos limitaremos a hacer un muestreo de las opiniones más significativas.

En primer lugar, debemos referirnos a Luis Alberto Sánchez. Como sabemos, Sánchez ejercía la Presidencia de la Asamblea Constituyente ante la ausencia física de Haya de la Torre, y adicionalmente le cupo la dirección, control y supervigilancia de la Comisión Principal de Constitución, sobre la que recae en sumo grado, la existencia de la Constitución misma. Con larga trayectoria en el periodismo, en la política, y en la docencia, Sánchez es conocido sobre todo por sus aportes a la historia y a la literatura, y no propiamente al campo jurídico, no obstante que ostenta el título de Abogado y ha ejercido la profesión, con las intermitencias propias de su agitada vida política. En un primer momento, fiel al eco de la opinión pública, Sánchez se pronuncia por un mar territorial de 200 millas y así consta en más de una intervención suya en los primeros meses de instalada la Asamblea Constituyente. Pero posteriormente y ya con mayor información, abandonó esa posición, y fue uno de los artífices de la redacción final que tuvo el texto constitucional. Es decir, aceptó el "dominio marítimo" del Estado, como modalidad propia no territorial (La Prensa, 1º de Febrero de 1979 y 11 de Febrero de 1979).

Igual referencia debe hacerse a Héctor Cornejo Chávez, antiguo discípulo y ex-Secretario del Presidente Bustamante y Rivero durante su administración, que sin embargo terminó aceptando y apoyando, en el seno de la Comisión Principal de Constitución, la tesis peruana de las 200 millas como zona especial.

Otro constituyente, Enrique Chirinos Soto, periodista y ensayista

de nota, en donde ha destacado sobre todo en el campo histórico y jurídico-constitucional, ha tenido una posición contradictoria frente a este problema. Si bien en un principio territorialista, por su adhesión a la tesis y a la persona de su coterráneo el ex-Presidente Bustamante, en la sesión de 5 de Octubre de 1978 en que la Comisión Principal de Constitución invitó al Embajador Juan Miguel Bákula a hacer una exposición sobre el problema del mar, admitió la inconveniencia de usar la frase "mar territorial" en la nueva Constitución, por lo que ello conlleva en el nivel internacional. Pero agregaba su temor frente a la opinión pública, ante la cual "se podía perder piso" si se le decía bruscamente que habíamos abandonado un mar territorial, para refugiarnos en una Zona Económica Exclusiva, que era el concepto que consagraba el Texto Oficial de las Naciones Unidas. Ante estas vacilaciones, y ya puesto a la tarea de publicar un sazonado comentario sobre la nueva Carta, Chirinos Soto escribió que la Constitución de 1979 al fijar un dominio marítimo en donde se ejercía soberanía y jurisdicción, había consagrado el mar territorial de 200 millas, ya que ambos términos eran sinónimos (*La nueva Constitución al alcance de todos*, Lima 1979, pág. 111). Nuestra opinión personal es que Chirinos Soto se encontró frente a una disyuntiva política, y se decidió por la más cómoda, ya que de la lectura de los párrafos que dedica a este espinoso tema, no trasluce un conocimiento ni menos un estudio detenido de las fuentes y su problemática.

La posición de Andrés A. Aramburú Menchaca, constituyente del Partido Popular Cristiano (a diferencia de Sánchez y Chirinos Soto, que provienen del APRA) es singular e interesante. Singular porque representa un voto aislado dentro de la tratadística internacional peruana, ya que ninguno de los grandes internacionalistas o estudiosos sobre la materia lo sigue, aislamiento que se dió también en el seno de su propio Partido; e interesante, porque avalado por su amplia trayectoria académica y profesional, enriquecida por su participación en eventos internacionales y su dotes de periodista elegante y polemista infatigable, ha hecho ameno el a veces aburrido debate sobre el problema del mar (aburrido por el tecnicismo, no por el tema en sí mismo).

Unido a la concepción universitaria clásica que recibió en los años 20, Aramburú defendió, a capa y espada, dentro y fuera de la Constituyente, y utilizando con impacto la tribuna periodística, la territorialidad de las 200 millas, llegando incluso a acusar a sus opositores como responsables del cercenamiento del territorio nacional lo cual, si no en la práctica, por lo menos en teoría, les podía acarrear ser declarados traidores a la patria. Toda su actuación fue pues a favor de la inclusión de las 200 millas como mar territorial, votando en contra de todo lo que lo negase, distorsionase o disminuyese, como lo han puesto de manifiesto sus numerosas publicaciones periodísticas que hemos tenido oportunidad de reseñar y glosar en otra oportunidad. Por último, al aprobarse el texto constitucional, que consagró el concepto de "dominio marítimo" expuso sus reservas al texto y lo combatió. Pronóstico incluso que el Texto Oficial de las Naciones Unidas sobre Derecho del Mar era un proyecto vacío y sin futuro alguno, al cual había que descartar por completo, por lo menos en los próximos 20 años

—si no más—. Pero he aquí que luego de esta ardua lucha, y tras haber sido aprobado por el Plenario y el proyecto de Constitución en los primeros meses de 1979, Aramburú cambia su punto de vista. En efecto, invitado junto con otras personalidades, a dictar una conferencia en el Colegio de Abogados de Lima, declara enfáticamente que el dominio marítimo que consagra la nueva Constitución y las 200 millas territoriales por las que él abogaba, son una y la misma cosa, pues ese y no otro concepto, fue lo que dijeron y pensaron los Constituyentes (Estado, Nación y Territorio en Revista del Foro, Nº 2 - 3 - 4, abril diciembre de 1979). Dice así textualmente: "La expresión dominio marítimo indica que es propiedad del Estado. Y si es propiedad del Estado ejerce soberanía y jurisdicción. Pero no puede ejercerse jurisdicción sin tener soberanía y la soberanía no puede ejercerse sino en el territorio propio" (pág. 121)... "Hubiera preferido... siguiendo mi propia convicción, emplear la expresión 'mar territorial' en lugar de la de 'dominio marítimo', pero insisto en que son sinónimas" pág. 122).

La ambivalencia de Aramburú salta a la vista, y se hizo patente no sólo con ocasión del debate constitucional, sino también en su actuación exterior, en donde, cuando ha asistido como integrante de la Delegación Peruana a la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Derecho del Mar, nunca ha hecho cuestión de estado, ni siquiera una mención, a la necesidad de que el Perú mantenga una posición territorialista, contrastando esta actitud con su actuación política interna.

Más sensata es la posición sostenida por Alberto Ruiz Eldredge, constituyente del Partido Socialista Revolucionario (PSR), quien desde un primer momento, y durante los últimos años, se afilió al concepto territorialista de las 200 millas, que defendió en libros, folletos e intervenciones políticas y académicas. El fue quien propugnó la inserción en el Reglamento de la Asamblea Constituyente, del concepto de mar territorial de 200 millas. Tiene más mérito aun si tiene presente que ejerciendo la docencia universitaria durante largos años, no se ha dedicado especialmente al Derecho Internacional, sino más bien el Derecho Administrativo, lo cual no le ha impedido compenetrarse de la problemática del mar, que ha defendido con constancia encomiable.

Ruiz Eldredge (*Mar territorial de 200 millas* en "Socialismo y Participación" número 8, Setiembre de 1979 y *La Constitución comentada*, Lima 1980, pp. 144-157) llama la atención sobre un hecho al parecer insólito: que una misma Asamblea aprueba en agosto de 1979 la inclusión del concepto de mar territorial de 200 millas al debatir su Reglamento Interno, y meses después, esa misma Asamblea, compuesta por personas mayores y sensatas, deja atrás el concepto y lo reemplaza por uno más elástico y ambiguo. Y así dice textualmente que no es posible que "se hurte en forma expresa, el carácter territorial de nuestro mar con un mínimo de 200 millas" (pág. 144). Agrega que un mar territorial de 200 millas tolera el *ius communicationis*, tanto en el paso de naves y aeronaves, como en el tendido de cables. Fundamenta su oposición a utilizar la expresión "dominio marítimo" en lugar de "mar territorial" que era lo adecuado, agregando que es realmente inadmisibles que el dominio marítimo del Perú se sujete a los convenios internacionales (pág. 154). En el trabajo citado "*Mar territorial de 200*

millas" califica de "gelatinosa" la redacción del artículo 98 (que se refiere al dominio marítimo) surgida por aparentes presiones y postula como premiosa la necesidad de su modificación. Es decir, se muestra insatisfecho con la adopción hecha por la Constituyente, que en su criterio, desvirtúa la propuesta peruana territorialista. Como es de verse, la posición de Ruiz-Eldredge en este punto, lejos de ser acomodaticia como la de Aramburú, refleja claramente la realidad de lo acontecido, y los propios puntos de vista que su autor defiende con lealtad.

V. INTERPRETACIONES DE ALGUNOS EX-CANCILLERES

Los diversos Ministros de Relaciones Exteriores de los últimos años, no siempre han expresado por escrito su opinión sobre la naturaleza de las 200 millas; aún cuando algunos de ellos han dejado en claro la tesis sobre el carácter sui-generis de la misma (tal el caso de Luis Edgardo Llosa, Raúl Ferrero Rebagliati y Enrique García Sayán). Aquí nos referimos únicamente a aquellos que en forma más o menos destacada en el período anterior o posterior al debate constitucional, han hecho expresa referencia al tema.

Fernando Schwalb López-Aldama, quien fuera elegido Primer Vice Presidente de la República en las elecciones generales de 1980, tuvo una clara definición al respecto, cuando en el semanario *El Tiempo* (23 de Mayo de 1979) señaló la inconveniencia de sustentar un mar territorial de 200 millas marinas. Y agregaba: "Claro está que la idea de un mar territorial de 200 millas, halaga nuestros sentimientos patrióticos, al ensanchar las fronteras del país, pero es preciso que el legislador y el estadista ponderen debidamente sus alcances y consecuencias, antes de dar un paso que, siendo muy grato en teoría, podría resultar conflictivo y hasta perjudicial en la práctica". Posteriormente, Schwalb ha expresado su conformidad con el concepto de dominio marítimo expresado en la nueva Constitución del Estado, comentando que ha sido muy positivo que no se haya usado la fórmula de "mar territorial" (*La Prensa*, 2 de Marzo de 1980).

David Aguilar Cornejo, en carta publicada en el diario *El Comercio* el 6 de Febrero de 1980, manifestó que el Perú siempre había proclamado un mar territorial de 200 millas, y que la Constitución no había hecho otra cosa que reafirmar dicha tesis. Mencionaba además diversos instrumentos legales sobre la materia, pero soslayaba, al parecer por desconocimiento, las negociaciones internacionales sobre el mar, en curso desde hace algunos años. La posición de Aguilar Cornejo es un claro índice del desconocimiento que tienen muchas veces los políticos profesionales de una problemática internacional tan compleja como el mar, y además la necesidad de estar al día antes de escribir conceptos tan rotundos. Adicionalmente, Aguilar Cornejo al sostener la territorialidad de las 200 millas, se olvidó al parecer de que en su calidad de Ministro de Relaciones Exteriores del Gobierno del General Odría, firmó en 1955 (al responder a las reservas expresadas por la Gran Bretaña y los Estados Unidos a la Declaración de Santiago) un documento en el

que precisamente descartaba la tesis de la pretendida territorialidad de las 200 millas (Instrumentos... cit., tomo I, pp. 221-228).

Jorge Vásquez Salas, en carta publicada en el diario (*El Comercio* de 2 de Marzo de 1980, manifestó que en 1947, época de la dación del Decreto Supremo Nº 781 ya mencionado, se desempeñaba como Consultor Jurídico del Ministerio de Relaciones Exteriores, habiendo participado en calidad de tal en la elaboración del aludido Decreto Supremo. En dicha carta afirmaba que "En ese Decreto se fijó clara e inconfundible un mar territorial de 200 millas", agregando que la soberanía es indivisible, y concluyendo en una interpretación territorialista del articulado de la nueva Constitución de 1979. Lo que llama la atención de esta carta es que habiendo sido Vásquez Salas funcionario de la Cancillería, y por consiguiente, debiendo estar a las órdenes del Ministro de entonces, Enrique García Sayán haya preparado un proyecto totalmente contrario al de su superior jerárquico, y que aparezca en rebeldía muerto ya García Sayán, y a más de treinta años de distancia. La inconsecuencia salta a la vista.

Pero lo más interesante es la posición asumida por el Embajador Alfonso Arias Schreiber, en su artículo *La Constitución Política del Perú y el nuevo Derecho del Mar* (*El Comercio*, 20 de Febrero de 1980), que fue precisamente la que provocó la carta de Vásquez Salas, ya referida, así como otros pronunciamientos. Arias Schreiber es considerado como uno de los más autorizados diplomáticos en la problemática del mar, y en calidad de tal ha defendido la posición del Perú por las 200 millas de soberanía y jurisdicción, en los foros internacionales durante los últimos años. No obstante saber perfectamente cual es la posición de la Cancillería, y en aparente contradicción con la suya propia, declara aquí que la Asamblea Constituyente adoptó con el texto constitucional una fórmula ambigua de compromiso, que mantiene el dominio hasta las 200 millas, pero deja la flexibilidad necesaria para determinar las modalidades de su aplicación pudiéndose llegar incluso a la territorialidad. Se trata, como se ve, de un texto para consumo interno, que ocasionó más reacciones adversas que adhesiones, y que aún cuando fue escrito para fines distintos, terminó por desfigurar la verdadera labor que realizó la Asamblea Constituyente, como ya hemos tenido oportunidad de mencionar anteriormente (1).

No siempre los Cancilleres han estado bien informados sobre este delicado problema, que requiere paciencia, estudio y una buena dosis de información, que no siempre permiten las agitados labores de la Cancillería. Si bien no todos los ex-Cancilleres tienen una idea clara

(1) Lo anterior no desdice la valiosa labor diplomática de Arias Schreiber realizada durante los últimos años al frente de la Delegación Peruana a la III Conferencia de Derecho del Mar y de Naciones Unidas. Igual defensa de la tesis peruana de "soberanía y jurisdicción cupo con anterioridad a otros dos diplomáticos de brillante trayectoria; Alberto Ulloa (Ministro de Relaciones Exteriores en 1936) y Juan Miguel Bákula P. (este último además ha cumplido una encomiable labor de difusión y estudio de dicha problemática desde la Secretaría General de la Comisión Permanente del Pacífico Sur, con sede en Lima).

del asunto, algunos, sin comprender bien el problema, han optado, en reuniones de trabajo en la Cancillería, su adhesión al texto constitucional, y a una posición no territorialista, aun cuanto sea únicamente por no estar al margen del consenso y debate internacional sobre el mar (así las opiniones de los Generales Mercado Jarrín y Miguel Angel de la Flor Valle). Mención aparte merecen los ex-Cancilleres José de la Puente Rabdill; Carlos García Bedoya y Arturo García, conocedores de la tradición diplomática peruana sobre el mar, a cuya defensa prestaron su valioso concurso

VI. LA OPINION DE LOS JURISTAS

Dejando de lado los valiosos antecedentes existentes, como es el caso de los trabajos muy meritorios de Alberto Ulloa, los juristas que han comentado la Constitución de 1979, tienden a interpretar el "dominio marítimo" en forma amplia y en consecuencia no territorialista. Entre ellos mencionaremos en primer lugar a José Pareja Paz-Soldán, prestigioso tratadista y diplomático de carrera actualmente en retiro, quien ha dedicado pocas pero definitivas palabras a nuestro tema. Así, en su *Derecho Constitucional Peruano y la Constitución de 1979* (Lima 1980, tomo II, pp. 474-479) señala acertadamente:

"Con la doctrina de la soberanía marítima, los intereses peruanos sobre su mar adyacente están suficientemente protegidos. Incorporar la expresión "mar territorial" habría sido adoptar una actitud en contradicción con la opinión mundial, no sólo de los países superindustrializados, sino también con los del Tercer Mundo. Por otra parte, no hay ley peruana ni texto legal que defina la institución del mar territorial de 200 millas en forma expresa ni figura tampoco esa expresión en documento oficial alguno de la Cancillería peruana" (p. 476).

Mención especial merece Eduardo Ferrero Costa, profesor universitario y experto en derecho internacional público, quien ha publicado un grueso volumen: *El nuevo Derecho del Mar - El Perú y las 200 millas* (Fondo Editorial de la Universidad Católica, Lima 1979) La obra está dividida en ocho grandes capítulos, acompañados de amplia documentación histórica, política, jurídica y en general de ciencias del mar. El primer capítulo está dedicado al antiguo derecho del mar, el segundo a delinear la aparición de las 200 millas como tesis; el tercero a reseñar los antecedentes de la Tercera Conferencia de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar; el cuarto a analizar in extenso los avatares de la mencionada Conferencia y el Texto Integrado Oficioso para fines de Negociación, que recoge las 200 millas dentro de la calificación de "Zona Económica Exclusiva"; el quinto a las fuentes del Derecho Internacional y las 200 millas; el sexto, a los fundamentos económicos de las 200 millas por las características biológicas del mar peruano; el sétimo, a los fundamentos jurídicos de la soberanía marítima del Perú hasta las 200 millas; y el octavo y último a analizar la legislación peruana sobre

las 200 millas, que termina con un amplio como precioso apartado dedicado al dominio marítimo en la nueva Constitución. Ferrero concluye por la soberanía y jurisdicción del Perú sobre las 200 millas, dejando de lado la tesis territorialista, por las numerosas razones que esgrime a través de la obra. Se trata de un libro orgánico bien elaborado y mejor presentado, con gran acopio de fuentes, que recogiendo todo lo hecho hasta la fecha, lo organiza y proyecta hacia el futuro superando de esta suerte todos los ensayos anteriores sobre el mismo tema. Si bien no podemos dejar de olvidar los excelentes trabajos de Alberto Ulloa, lo cierto es que en este libro se presenta una suma armoniosa y coherente que le da a la obra un carácter fundacional dentro de su género. Los estudiosos pues, tendrán que partir de aquí en adelante; y el pasado bibliográfico con todo el respeto que nos merece, quedará a nivel de antecedente, por más valioso que éste sea.

De gran interés es la posición asumida por un eminente jurista, José León Barandiarán (*Comentarios al precepto 98 de la Constitución*, Suplemento Dominical de El Comercio, 21 de Setiembre de 1980). León encuentra ambigua la fórmula acogida por el texto constitucional, a la que interpreta en un sentido territorialista. Sin embargo, acepta, con gran lucidez, que el Dominio Marítimo pueda desdoblarse en dos si se aprobase el Texto Oficioso de Naciones Unidas, lo que implicaría un mar territorial de 12 millas, y una sub-zona de 188 millas con soberanía funcional, con lo cual admite la flexibilidad del dominio marítimo recogido en el artículo 98 de la nueva Constitución.

VII. LA OPINION PUBLICA ANTE LAS 200 MILLAS

Como ya hemos adelantado, las 200 millas al ser proclamadas se limitaron a señalar soberanía y jurisdicción para la defensa de nuestros recursos naturales; no tuvo ni pretendió la extensión territorial, que responde a necesidades defensivas, que el Perú no necesitaba ni afrontaba en 1947. No obstante ante el desconcierto provocado por su imprecisión conceptual, el ex-Presidente Bustamante y Rivero le atribuyó un alcance "territorialista", que él mismo se encargó de difundir con gran acogida de parte de la opinión pública, ante la ausencia de una tesis alternativa. Se ha dado pues, en nuestro país el caso del predominio de una tesis territorialista únicamente por lo que los lógicos denominan *argumentum ad verecundiam*; esto es, el argumento de la autoridad. El sentimiento de respeto que provocan las personas prestigiadas, hacen que sus enunciados por venir de quien viene, sean aceptados en forma acrítica. Esto se refleja no sólo en periodistas, sino incluso en intelectuales que sin haber estudiado el problema, sino únicamente llevados por un sentimiento nacionalista, han abogado por la territorialidad de las 200 millas, con más entusiasmo que conocimiento.

El caso de los periodistas, está ejemplificado bastante bien en Patricio Ricketts (Mar territorial en *Equis X*, número 183, 12 al 18 de Marzo de 1980) quien afirma:

"El Ministerio de Relaciones Exteriores, tiene una extraña manera de leer. Y un estilo inquietante de obrar. Dos generaciones de pe-

ruanos han defendido... el mar territorial, ahora se nos propone como una alternativa plausible y más todavía, constitucional, la tesis contraria".

Agrega Ricketts que el ex-Presidente Bustamante creó en 1947 el mar territorial, de 200 millas; "así lo entendimos todos. Y no nos equivocamos". Es indudable que Ricketts no ha pasado de un juego ingenioso de palabras, pues no aporta ningún elemento teórico serio, con qué defender su tesis salvo la de defender a su coterráneo el ex-Presidente Bustamante.

Otro caso extremo en el lado de los intelectuales es Pablo Macera, uno de nuestros primeros historiadores que tiene lamentablemente cierta tendencia a considerarse portavoz de la conciencia nacional. En una airada carta publicada en el diario El Comercio el 4 de Marzo de 1980 recuerda al lector, con admonición, que él ya había advertido sobre el peligro de renunciar a la territorialidad de las 200 millas, así como aceptar la negociación de una Zona Económica Exclusiva que es —según dice— un mendrugo de pan que nos lanzan las potencias marítimas. Acusa a la Cancillería de tener diplomáticos con "la mentalidad prehistórica de un cazador primitivo" y pide el relevo de los actuales funcionarios diplomáticos que tienen a su cargo las negociaciones internacionales. Invoca por último a todas las fuerzas políticas de izquierda y de derecha para que se pronuncien sobre este delicado problema. Esta carta de Macera representa sin lugar a dudas cierto paternalismo generoso hacia todos los peruanos, una buena dosis hepática que felizmente está ausente en sus trabajos históricos, y lo más grave en un intelectual; un total desconocimiento de la problemática marítima. Al parecer, amigos cercanos convencieron al ilustre historiador de sus excesos, por lo que más documentado, remitió una carta, esta vez a la revista *Caretas* (número 594; de 31 de Marzo de 1980) en la cual nuevamente pretende dar lecciones sobre la materia, aun cuando ya más enterado de la misma adopta una actitud más sensata con respecto a las negociaciones internacionales y el Texto Oficioso sobre el mar, que sugiere revisar con cuidado en resguardo de los intereses nacionales.

VIII. POSICION DE LOS PARTIDOS POLITICOS

A raíz de la aprobación de la Constitución en julio de 1979, se fue abriendo paso en forma lenta, pero segura, el nuevo concepto de *dominio marítimo* como categoría modal que se aplicaba a la zona de 200 millas; término que curiosamente también aparece con ese carácter totalizante en los considerandos del Decreto Supremo n. 781 de 1947, y que en la doctrina usaron, entre otros, Alberto Ulloa y Raúl Ferrero R.

Este hecho se refleja en los partidos políticos, que no solamente no cuestionaron el texto constitucional en este punto, sino que posteriormente no han hecho referencia a la territorialidad de las 200 millas, sino por el contrario, haciéndose eco de la posición internacional del Perú, han subrayado la defensa de la tesis peruana de soberanía y jurisdicción.

Unicamente con ánimo de muestreo, señalamos que Acción Popular, que obtuvo a nivel nacional el 45% de la votación en las elecciones últimas (a nivel ejecutivo y legislativo), se refiere a las 200 millas como tesis peruana de soberanía marítima (*Plan de Gobierno* 1980-1985, Lima 1980, pág. 2.9). Por otro lado, los dos partidos que le siguen en volumen electoral han asumido una posición similar. Así, el Partido Aprista Peruano en su Plan de Emergencia (*El Comercio* de 13 de mayo de 1980) se refiere a "espacio marítimo" y el Partido Popular Cristiano en su Programa de Gobierno (*El Comercio*, 3 de mayo de 1980) reproduce el texto constitucional al hablar del dominio marítimo).

Por otro lado, en el comentario a la nueva Carta política que están preparando en forma conjunta dos estudiosos y teóricos del Partido Socialista Revolucionario (PSR), Marcial Rubio C. y Enrique Bernaldes B., se desestima la tesis territorialista, adhiriéndose sus autores a la "soberanía y jurisdicción" sobre las 200 millas.

IX. BALANCE Y CONCLUSION

De la ligera reseña que hemos efectuado, se deduce que el problema de las 200 millas, por estar unido a una concepción nacionalista y de evocaciones patrióticas, ha sido difícilmente tratado en lo que a objetividad se refiere, sin contar por cierto con un grueso ingrediente de desconocimiento que existe en gran parte de la opinión pública, tanto de la común, como de la culta o especializada. Felizmente, en forma lenta pero segura, se ha ido abriendo paso la tesis de las 200 millas de soberanía y jurisdicción, entendida como soberanía modal y no con atributo territorial, que es lo que ha recogido defendiendo la trayectoria exterior del Perú y ha recogido el texto constitucional vigente. Tratando de ser sintéticos y de no caer en reiteraciones, señalamos a manera de conclusión los siguientes aspectos:

a) Existe un primer período de incertidumbre teórica que corre desde 1947 hasta 1979; en el cual la doctrina mayoritaria y la acción diplomática del Perú, son defensores de una soberanía modal sobre las 200 millas o sea, "soberanía y jurisdicción" para la defensa de nuestros recursos naturales. No obstante, existe imprecisión conceptual y sobre todo, serias contradicciones en el área legislativa.

b) Toda la problemática, se plantea en el seno de la Asamblea Constituyente (1978) en donse se debate la conveniencia de adoptar una posición territorialista o un concepto modal limitado a la soberanía y jurisdicción de acuerdo a la ley y a los tratados sobre la materia. La Asamblea Constituyente rechaza el concepto de "mar territorial" como consta en las actas, las votaciones y las opiniones fundamentadas que aparecen en el Diario de los Debates. El Presidente de la Comisión Principal de Constitución y Presidente en ejercicio Luis Alberto Sánchez, lo ha señalado varias veces en forma tan clara, que no admite duda alguna.

c) El concepto de "dominio marítimo" que acoge la Constitución está considerado dentro del capítulo III, Título II, dedicado al territorio,

que no debe verse como connotación territorialista, sino simple ubicación metodológica. Recordemos que la soberanía y jurisdicción se ejerce desde el territorio y que además las 200 millas contiene una porción de mar territorial *stricto sensu*.

d) Utiliza el concepto flexible de *dominio* como nueva categoría, redimensionando los conceptos de *Soberanía* y *jurisdicción*. Se trata de un concepto que puede tener un sentido estricto y un sentido amplio; este último es el que ha acogido la nueva Constitución del Estado. Al respecto, cabe anotar que el sentido amplio de *dominio* es utilizado por ejemplo por un eminente internacionalista, Charles Rousseau quien en su *Derecho Internacional Público* (Ariel, Barcelona 1966) engloba dentro del dominio marítimo todos los espacios oceánicos existentes, desde el mar territorial hasta la alta mar, en el entendido que en esta última los Estados distintos a los del pabellón que ostenta el buque, pueden ejercer ciertos derechos (persecución de la piratería, trata de blancas, etc.). Además cabe resaltar que los términos soberanía y jurisdicción que consigna el texto constitucional no sólo significa la reiteración del Decreto Supremo de 1947, sino una similitud con el Texto Oficioso de Naciones Unidas sobre Derecho del Mar (hoy Proyecto de Convención) que emplea los mismos conceptos, para delinear la denominada "Zona Económica Exclusiva".

e) La voz "soberanía", que ha sido objeto de amplios debates, se redimensiona, dejando atrás el sentido clásico de la expresión introducido como se sabe por Bodin en *Los seis libros de la República*, en cuya versión francesa de 1576 utiliza la voz *souveraineté* y en la versión latina de 1586, *Maiestas*, la que es concebida como única, absoluta e indivisible (Libro I, cap. 8). Pero este alcance clásico ha entrado en crisis en el presente siglo y es cuestionado entre otros por Duguit y por Kelsen, quienes en algún caso la niegan y en otro sostienen su alcance equívoco. El cuestionamiento de este concepto clásico —al cual por ejemplo se aferra Aramburú Menchaca— ha hecho campo a uno más amplio y flexible, aplicable a zonas nuevas o situaciones desconocidas en el siglo XIX, que es donde alcanzó su elaboración más completa. Entendida de esta manera cabe perfectamente que ella sea caracterizada, para los efectos del dominio marítimo, como modal o funcional y en ningún momento absoluta e inamovible, como quería el pensamiento decimonónico (2).

f) El texto constitucional permite la libertad de comunicación, que es un concepto sumamente amplio en el Derecho Internacional y que se aplica a diferentes situaciones. Así, la libertad de comunicación aplicada al mar territorial, origina lo que se conoce como paso inocente,

(2) El Texto Integrado Oficioso para fines de Negociación (hoy proyecto de Convención sobre el Derecho del Mar) no ha podido al parecer abandonar el sentido clásico de soberanía, del que aquí nos apartamos; ya que en su articulado distingue entre la soberanía y el derecho de soberanía, fórmula a nuestro entender insatisfactoria, ya que el "derecho de soberanía" pertenece y/o es ejercido o delegado por quien tiene la soberanía (con lo cual el problema no se resuelve, sino se traslada). Más fácil hubiera sido distinguir entre el concepto clásico o rígido y el concepto moderno o flexible, como aquí lo planteamos.

mientras que el mismo concepto aplicado a la alta mar, conduce a la libertad de navegación, como lo establecía el Decreto de 1947. Ahora bien, la Constitución se ha limitado a señalar la libertad de comunicación, sin precisar exactamente a cual de los dos espacios oceánicos se refiere, por lo que tenemos que concluir que ha remitido al Derecho Internacional, y en especial al futuro Tratado del Mar de Naciones Unidas, los alcances de dicho *ius communicationis*. Es evidente que si la Asamblea Constituyente hubiera tenido en mente una tesis territorialista no habría vacilado en anotar el paso inocente como característica del Dominio Marítimo, lo que evidentemente no hizo. Por el contrario, al consignar un enunciado tan general, ha dejado en claro que está a la espera del Texto de las Naciones Unidas, como por lo demás lo dice textualmente y en caso de que éste falle o demore —hipótesis ambas plausibles— seguirá afirmando la soberanía y jurisdicción modal que ha venido desempeñando hasta ahora, permitiendo incluso estructurar una nueva legislación peruana sobre el mar.

En todo caso es de esperar que la Conferencia de Naciones Unidas sobre el Mar, llegue tarde o temprano a lograr su cometido y en su defecto el Proyecto de Convención quedará como valor referencial, y de esta suerte, el texto constitucional sancionado en 1979, habrá inaugurado una nueva etapa dentro del derecho peruano del mar.

