

II

LA CONSTITUCIÓN DEL PERÚ Y LA CONVENCIÓN DEL MAR (*)

Deseo agradecer la invitación que se me ha cursado, para hablar sobre un tema de tanto interés y actualidad, y que absorbió gran parte de mis esfuerzos, en una época algo distante.

El tema es muy amplio, y creo que sería bueno hacer una clasificación de los períodos por los que ha pasado. Y hacer un desarrollo, lo más puntual posible, de algunos de estos acontecimientos. Se trata de la Convención sobre el Derecho del Mar (CONVEMAR) y de la Constitución del Perú. Pero cabe señalar que no hay una relación directa entre la una y la otra. Lo que sucede es que detrás de

(*) Versión magnetofónica de la conferencia impartida en el Instituto de Estudios Histórico-Marítimos del Perú el 15 de junio de 1999, dentro de un simposio dedicada a la Convención sobre el Derecho del Mar. Se publicó dentro del colectivo *La Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982 y el interés nacional*, Instituto de Estudios Histórico-Marítimos del Perú, Lima 1999, y en el *Anuario de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, Universidad Nacional de Ucayali (Pucallpa) núm. 1, 2000. Aquí se le han hecho pequeñas correcciones de estilo, pero manteniendo su extensión y contenido (diciembre de 2001).

esto, lo que existe es la adecuación del Derecho Interno al Derecho Internacional. En ese sentido, la CONVEMAR es el Derecho Internacional y la Constitución es el Derecho Interno. Y luego hay un grave problema y es saber cómo se relacionan las normas del Derecho Interno con las normas del Derecho Internacional; y sobre esto ha habido un gran debate. Pero la Constitución es el punto de encuentro, y conviene recordar cómo se ha desarrollado este aspecto.

Creo que una primera etapa, y siempre enfocado desde el punto de vista peruano, abarca la etapa clásica del Derecho del Mar hasta el año 1979, inclusive. Y que podríamos llamar “fundacional” del Derecho del Mar, en lo que se refiere al Perú, y también en lo que se refiere al contexto internacional. La segunda etapa de “consolidación”, parte de 1979 y llega hasta nuestros días. Voy a explicar un poco qué es lo que sucede.

Y aquí es inevitable hacer referencia a los orígenes. Y como todos sabemos, el punto de partida de la doctrina peruana sobre el mar, es la protección sobre la zona marítima adyacente a las 200 millas que nace en el famoso Decreto Supremo de 1947, que firma el presidente de esa época, José Luis Bustamante y Rivero y su Canciller, Enrique García Sayán.

Antes existía, simplemente, la famosa teoría de las 3 millas, que era la concepción clásica. Tenía un origen histórico por el tiro del cañón, como todos ustedes saben, y que fue luego cuestionada; pero este no es el momento de tocar ese tema.

El famoso Decreto del año 1947, es un Decreto *sui generis*, que tiene gran importancia, si lo vemos desde ahora. Si lo miramos desde esa época, no la tiene tanta. Aunque parezca mentira, fue un eco de sucesivas declaraciones que empezaron al inicio de la Segunda Guerra Mundial, cuando una zona de más o menos 200 millas, era susceptible de ser vigilada por instrumentos basados en la electrónica, sobre todo del radar, que se acababa de inventar. La iniciativa partió de los E.E.U.U. y luego dio la vuelta por todo el continente y llegó aquí, al Perú, precedida por la declaración chilena,

que se parece muchísimo a la peruana (pues influyó en esta última). Y está pensada para proteger la riqueza que hay en el mar y nada más; es decir, para resguardar los recursos vivos y no vivos de la zona. Y si bien usa términos ambiguos como “soberanía” y “jurisdicción”, el Decreto de 1947 permite la libre navegación, que como ustedes saben, es una característica del mar libre, de la alta mar. Mientras que el mar territorial permite sólo el paso inocente. Entonces, es algo llamativo que el año 1947 se reserve para la explotación de los recursos del mar una zona de 200 millas, pero a su vez, con libre tránsito. Con lo cual se deba a entender, que no era un mar territorial, sino un espacio marítimo con características especiales.

Este Decreto ha tenido una historia un poco curiosa, que yo he conocido ocasionalmente en sus detalles, y que nos puede explicar la importancia que luego se la ha atribuido. Pero creo que el verdadero punto de inflexión, está en la Declaración de Santiago del año 1952 que firman Chile, Ecuador y Perú y a la que se adhiere Colombia años más tarde. Pero en fin, ese es el antecedente y hay que tenerlo como referencia. El Decreto Supremo 781, se firma el 1° de agosto de 1947 y se publica en el diario oficial El Peruano el 11, es decir, 10 días después; lo que es algo inusual. Además, nunca se elevó a rango de ley; si bien es explicable pues el Senado estaba en receso, y el Parlamento no funcionaba. Pero bien pudo haberse hecho posteriormente: no se hizo y nunca hubo una ley formal que elevase las 200 millas a ese nivel. Hubo referencias en la Ley de Petróleo, en la Ley de Minería, pero nunca una Ley dedicada a eso. De ahí que el gran debate se da recién en 1979, cuando se pretende que el tema se consagre a nivel constitucional.

Sale aprobado el Decreto Supremo, según se dice, con el voto consultivo del Consejo de Ministros. Sin embargo, yo he revisado el Libro de Actas del año 1947 y he comprobado que ese Decreto no figura ahí. Hablé con el doctor Bustamante y él me dijo: eso es un problema del Secretario, que era el doctor Javier Vargas, pero él

no lo recordaba. Si bien lo más probable es que tal consulta con los ministros, haya sucedido realmente.

Punto adicional: el año 1949, Bustamante publica un libro que se llama *Tres años de lucha por la democracia en el Perú*. Como todos ustedes saben, derrocado y en el exilio en la Argentina, publica su testimonio personal y ahí no hace ninguna referencia a las 200 millas territoriales; habla de una extensión hasta el zócalo continental, que es mucho menor y además sin mayores precisiones.

¿Cuál es el hecho que marca la pauta de lo que son las 200 millas? Pienso que es la famosa Declaración de Santiago de 1952. Por cierto, tiene algunos conceptos que han sido cuestionados, no obstante que por parte del Perú el representante fue Alberto Ulloa, una de las grandes figuras que tuvo la Cancillería en materia internacional. Pero lo que remata el tema, es la incursión de la flota ballenera de Onasis en la costa del Pacífico Sur, en el norte del Perú, a fines del año 1954. Creo que a partir de entonces, es cuando empieza a hablarse y a cuestionarse estas 200 millas: para qué sirven, cuál es su naturaleza, qué alcances tiene, etc. Y suceden dos cosas muy curiosas, aparte del fallo de la Capitanía del Puerto de Paíta, que sanciona con una multa al "Olimpic Challenger", nombre muy pomposo que tenía la embarcación líder de esa flota. Bustamante y Rivero está en el exilio. Entonces remite un ensayo, muy largo, que se publica en la "Revista del Foro", órgano oficial del Colegio de Abogados de Lima. Allí Bustamante desarrolla todos los antecedentes y dice que esa es la exposición de motivos del proyecto que él cuajó el año 47, lo cual es inusual, porque no se hace una exposición de motivos de un Decreto Supremo con tanta tardanza (7 años) y más aun, cuando se está en el exilio. Pero en fin, ahí están los textos y él allí por vez primera, frente a esta nebulosa que había en la opinión pública sobre lo que eran estas 200 millas, sostiene que son mar territorial y no otra cosa.

El presidente Bustamante, que el año 1947 sancionó el famoso Decreto, iba a discrepar radicalmente de Enrique García Sayán, el

Ministro de Relaciones Exteriores que lo refrendó, y que publica un librito que se llama *Notas sobre la soberanía marítima del Perú*, en la cual dice todo lo contrario, pues niega la versión territorial de las 200 millas (esto, en 1955).

Entonces ¿dónde está la razón? ¿En el Presidente o en el Ministro que refrendó el Decreto? De acuerdo a la Constitución vigente entonces, la de 1933, los actos del Presidente son nulos sin el refrendo de los Ministros. O por el contrario, los actos que el Presidente firma, no tienen ningún valor, salvo que también lo haga un Ministro. De acuerdo a esta forma de pensar, la razón o el respaldo lo da el Ministro (esto es muy antiguo, en el sentido de que lo que quiere la tradición constitucional peruana, es que los Presidentes no respondan por nada, salvo por determinados delitos, y que de todo lo demás, respondan los Ministros). Yo creo que en ese Decreto Supremo quisieron plasmar algo, hay un avance tímido, indudablemente destinado a cautelar recursos balleneros en el Pacífico, así como de otras especies. He conversado con representantes de la cancillería chilena, quienes indican que jamás allá pensaron que era un territorio, sino una zona especial para proteger riquezas. Porque no hubo en Chile el trasfondo que hubo en el Perú; en Chile la cosa es distinta. Jamás se ha pensado allá que las 200 millas eran territoriales. En el Perú hubo una situación algo imprecisa, hasta que vino el detonante de la flota de Onasis. Entonces, los dos autores del Decreto tomaron partido por interpretaciones divergentes. Eso fue realmente algo muy problemático y que algún día debemos analizarlo con calma. Y en mi opinión, el peso de Bustamante y Rivero contribuyó a que la tesis territorialista tuviese sustento y gran aceptación. Por otro lado, García Sayán, fue un hombre discreto, es decir, no hablaba contra la tesis de don José Luis Bustamante, supongo que por respeto a su antiguo jefe, o por otras consideraciones que desconozco.

Y mientras avanzaba la tesis territorialista, García Sayán, que sabía lo suyo, no decía nada o decía muy poco; era muy prudente

en sus apariciones públicas y solamente cuando el año 1972 se cumplen los 25 años del Decreto, pronuncia un discurso en el cual define y reitera su posición. Y Bustamante y Rivero en ese momento, hace lo propio, dentro de su propia perspectiva. Pero siempre se trataron cordialmente, no obstante estas diferencias.

Y así se suceden toda una serie de acontecimientos. Hay foros, se vende un poco la idea y Bustamante difunde la tesis territorial, diría que casi sin contendores. Entonces se va formando una conciencia territorialista en la opinión pública, y luego aparece en la palestra Andrés Aramburú Menchaca, gran luchador, realmente extraordinario, un polemista de polendas, que contribuye a consolidarla. Este avance público, se hace con pronunciamientos, foros, publicaciones, congresos y grandes ceremonias en San Marcos, en Trujillo, en Arequipa y en otras ciudades con el apoyo de las universidades locales. La Cancillería, sin embargo, maneja una política paralela que no tiene nada que ver con lo que pasa en la calle. Y es importante mencionar algunas conferencias internacionales; las dos primeras son las de Ginebra, en 1958 y en 1960, en las cuales no se llega a nada sobre el tópico, pero que motiva que la opinión pública internacional conozca cuál es la tesis de estos países, ya que son varios, y al final, es la Tercera Conferencia sobre el Derecho del Mar, que tiene varias etapas y que culminará en la Convención del Mar, aprobada en 1982.

Pues bien, esta es la situación existente cuando se instaló la Asamblea Constituyente en 1978. Todo este período formativo empieza el año 47, se afianza el año 52, tiene su afirmación a raíz de la incursión de la flota de Onasis el año 54 y empieza así un largo periodo de planteamientos y de formulaciones legales. Y hay una, la única ley expresa que habló de una mar territorial de 200 millas, que fue una Ley de la Marina en el año 58, que fue reservada, y que fue una adición de Alfonso Montesinos en el Parlamento, pero que no salió del Ejecutivo. Esa ley, reservada, nunca se publicó y fue derogada a principio de los años ochenta. Pensamos que nun-

ca hubo nada: unos tanteos y ciertos coqueteos con una tesis que quería interpretar las 200 millas como un mar territorial, pero nada más. Después, durante el gobierno militar, en los años 1968 y 1969, se barajaron algunos proyectos para radicalizar el punto de vista de las 200 millas territoriales, pero no se fue más allá. Lo importante es lo que sucede en la Asamblea Constituyente de 1978-1979, que sanciona la Carta del 79, pero que entra en vigencia recién el 80.

¿Qué es lo que pasó? La Asamblea Constituyente de 1978, hizo una Constitución moderna. Y esto es bueno tenerlo presente por lo siguiente: Manuel Vicente Villarán, gran maestro sanmarquino y hombre público notable, decía, a fines de los años 20, que en el Perú había habido una sola Constitución, la de 1828, que según Villarán, era la madre de todas las Constituciones: todas las demás habían sido enmiendas, cambios de hojas, adiciones y rectificaciones del modelo original. Efectivamente, si bien es cierto que el Perú desde 1828 había cambiado muchísimo, en lo formal, la tesis era correcta.

La Constitución de 1823 no rigió, la del 26 fue la Vitalicia de Bolívar y luego vino la del 28, que es una obra más sensata y cuyo modelo persistió. La realidad política es muy dinámica, por supuesto, pero el modelo formal existía. Entonces la Constitución de 1828 es una matriz que va a durar hasta la Carta de 1933, inclusive. La de 1979 es distinta ¿Y porqué es distinta? Porque han pasado muchas cosas: una de ellas, porque el constitucionalismo ha entrado a una nueva etapa después de la Segunda Guerra Mundial; otra es porque han aparecido nuevos órganos autónomos constitucionales en otras partes del mundo; otra es que ha venido la fiebre de los Derechos Humanos, que antes no existía. Entonces, lo que hizo la Constituyente, que fue plural, porque no habían mayorías, fue convocar a una serie de personas, escuchar a la opinión pública, recibir propuestas, tener asesores plurales, y, sobre todo, ver las nuevas Constituciones que había en el mundo, sobre todo, las ejemplares, las del mundo europeo evidentemente, y las del mundo latinoamericana-

no (no E.E.U.U., porque ésta es una Constitución muy antigua y además porque en ese país se rigen por la cultura y prácticas del *common law*, que constituyen una tradición ajena a la nuestra). Entonces, sobre esa base, empezaron a diseñar una nueva estructura, y así salió una Constitución que es formalmente distinta a todas las que la habían precedido. Y la Carta del 93, actualmente vigente, sigue sus huellas, sigue los mismos esquemas. ¿Porqué? Porque es la modernidad la que llegó con la Carta del 79 y es difícil ir más lejos, salvo en aspectos puntuales o de contenido.

Vamos a ver esto en detalle. Lo que hizo la Asamblea Constituyente, cuando aprobó su Reglamento en agosto de 1978, fue acoger la propuesta de Alberto Ruíz-Eldredge de incluir un artículo sobre el mar territorial, en el sentido de que la Asamblea Constituyente podía sesionar en Lima y en cualquier otro lugar de la República, inclusive en las 200 millas del mar territorial. Esto fue aprobado por unanimidad, en medio de grandes aplausos. Entonces, mucha gente, y entre ellos, los expertos de la Cancillería o vinculados con ella, se dieron cuenta de que la cosa no era tan fácil. E incluso, con gran honestidad, Bustamante y Rivero, al ser requerido junto con otras personalidades para que diera su opinión sobre lo que debería incluir la Constitución en materia del mar, mandó un oficio muy largo, que decía que su tesis era elevar a rango constitucional el Decreto Supremo del 47 (lo que era técnicamente poco acertado a la altura del año 78), que debe haber un mar territorial de 200 millas, pero añadió: hay una Convención sobre el Mar que está en avance, que está en proceso, yo no sé cómo van esas negociaciones; en consecuencia, sugiero que a través de la Cancillería nos informemos qué es lo que pasa. Fue esa sugerencia de Bustamante, lo que permitió que las comisiones especializadas tuviesen contacto con lo que era el mundo internacional del mar en ese momento, la Convemar, sus trabajos, la trayectoria histórica del Perú, la posición de la Cancillería, la posición de la Marina, etc. Y al final, después de grandes debates, llegaron a esta conclusión: no sabemos que es lo que pasa con la Convención ni sobre su futuro:

estamos hablando del año 78-79; entonces hay que estar abiertos a esa Convención y a la espera de lo que ella apruebe. En consecuencia, no hay que poner mar territorial, sino dominio marítimo, como concepto flexible, que permita que la ley lo desarrolle, y sujeto, según dice la misma Constitución del 79, a los convenios internacionales que ratifique el país. Todo era clarísimo. Esa fue la posición de la Asamblea Constituyente. Naturalmente, los dos abanderados de la tesis territorialista (Ruíz-Eldredge y Aramburú Menchaca) votaron en contra en los debates (conocemos los votos de ambos).

Yo creo que ese fue el gran debate que hubo en el período inicial, en la etapa formativa de la tesis peruana que empieza en 1947 y llega al año 1979. Y la Constitución del 79 da el gran marco de referencia. Después viene el período que yo podría llamar de “consolidación”, que es el que vivimos. La Convención se aprueba, el Perú la firma *ad referendum* en 1982, pero no hay ningún pronunciamiento del Gobierno. En realidad, hasta ahora no lo hay de nadie: pero actualmente, se van decantando las posiciones. Es decir, ha pasado el tiempo, se ven mejor las cosas; por ejemplo, Andrés Aramburú Menchaca decía: para qué apurarnos en este laberinto de la Convención, si jamás va a estar en vigencia; pero un año después que hizo esta declaración, la Convención entró en vigencia en 1994. Entonces los hechos mismos van depurando las cosas. Esto es muy interesante. Hasta que se llega al año 1993, ¿y qué se hace en la Constituyente de ese año? Exactamente lo mismo que se hizo antes, pero en pequeñas dimensiones. ¿Qué significa esto? Se nombra una comisión calificada e invitan a algunas personas, que dan su parecer, y al final lo que hace la actual Constitución del 93 es repetir lo que había dicho la del 79, los mismos conceptos, y agregando el tema del espacio aéreo, que no estaba en la anterior Constitución del año 79. En el diálogo que hubo en la Comisión respectiva, que presidía Enrique Chirinos Soto, y al que fue invitado Andrés Aramburú Menchaca, éste dijo: yo puse la parte del espacio aéreo en el debate de 1978, pero no sé, el Dr. Chirinos la borró a la hora que la revisó en la Comisión de Redacción. Pero Chirinos replicó:

yo no he borrado nada, hay que buscar donde se perdió: eso es lo que recogen los debates, que no están publicados: pero es lo anecdótico. Lo cierto es que hoy día se ha redondeado el texto constitucional en la parte relacionada con el espacio aéreo. Después, no ha pasado nada. Lo importante es que durante estos años, la opinión pública ha asimilado el tema; ya no hay ese ambiente tenso de los años 80, cuando salíamos nosotros a defender la Convención, y nos calificaban de traidores a la patria. Y no quiero decir nombres, porque hay algunos que ya han fallecido. Ya todo ha pasado. Esa furia, esa indignación de los territorialistas, no es más que una posición hepática, un recuerdo del pasado. Pero lo más importante es cómo el año 1993, Andrés Aramburú Menchaca asiste a la Comisión de Constitución del Congreso Constituyente, presidida por Chirinos Soto y cómo al final reconoce, que habrá que aceptar la Convención, porque para él la Zona Económica Exclusiva es prácticamente lo mismo que las 200 millas territoriales. Lo que demuestra cómo el gran defensor del territorialismo, por razones muy explicables, cayó, por así decirlo, vencido por los hechos, no en el sentido que renegase de su posición, sino que terminó aceptando que podríamos adherirnos a la Convención, cuando realmente entrase en vigencia (y hoy lo está).

Así, pues, el círculo se ha cerrado. El gran impulso del año 1947, ratificado en 1952 y en 1954, consagrado en 1979 y reiterado en 1993, ha culminado. El Derecho interno ha recepcionado los aspectos más saltantes del Derecho Internacional sobre el mar. El resto es algo que corresponde a los gobiernos, pues la decisión es política.