

## CAPÍTULO XVIII

### LIBERTAD Y JURISDICCIÓN SOBRE EL MAR

1. El problema del mar territorial . . . . .	235
2. Fundamento iusfilosófico de la libertad en el mar . . . . .	237
3. Jurisdicción sobre el mar . . . . .	240

## CAPÍTULO XVIII

### LIBERTAD Y JURISDICCIÓN SOBRE EL MAR

SUMARIO: 1. *El problema del mar territorial.* 2. *Fundamento ius-filosófico de la libertad en el mar.* 3. *Jurisdicción sobre el mar.*

#### 1. *El problema del mar territorial*

Entre alta mar y tierra se extiende una franja convencional de mar territorial. ¿Cómo determinar el derecho que el Estado tiene sobre el mar territorial? ¿En función del territorio? ¿En función de la alta mar?

En otros tiempos se profesó una concepción que consideraba al mar territorial como parte del territorio nacional. Las llamadas aguas territoriales eran susceptibles de apropiación. El *dominium* trae aparejadas ineludibles consecuencias. El Estado ribereño abre y cierra a voluntad su mar territorial. Puede prohibir la permanencia de los barcos extranjeros en sus aguas territoriales, cuando y como quiera. Ejerce un monopolio en materia de pesca y de cabotaje, en provecho del Estado ribereño. Las objeciones no se han hecho esperar. Imposible poseer el océano. Si la propiedad implica posesión, no resulta factible ser propietario del océano. La teoría sobre el mar territorial está forjada sobre el marco del Derecho Privado y transpuesta al Derecho Público. Lo menos que se puede afirmar es que la analogía resulta peligrosa. No todos los países aceptan que el “mar territorial” sea un elemento del dominio público.

La doctrina aún imperante en la práctica internacional asevera que el Estado tiene el *imperium* y no el *dominium* sobre sus aguas territoriales. Es la tesis del Instituto de Derecho Internacional. No han faltado autores que hablen del mar territorial como de un “territorio sumergido” en “paridad jurídica” con la tierra.

En las postrimerías del siglo XIX se elaboró la *teoría del haz de servidumbre*: La comunidad internacional es la única soberana del mar, porque se trata de una *res communis*. La necesidad de pro-

tección del Estado ribereño origina un conjunto de servidumbres impuestas y aceptadas por la comunidad internacional. Esta doctrina —ingeniosa, brillante— no resulta muy profunda ni consistente. Nunca la comunidad internacional ha conferido a los Estados ribereños las atribuciones que se han tomado por propios medios y poderes propios ¿Cómo pensar sensatamente que el Estado ribereño reglamente y juzgue en territorio extranjero (*res communis*) so pretexto de servidumbre?

La doctrina de la soberanía priva desde que fue signado el convenio de Ginebra: “La soberanía del Estado se extiende más allá de su territorio y de sus aguas interiores, a una zona de mar adyacente a sus costas, conocida con el nombre de mar territorial” (artículo 1º). El Tribunal Internacional de Justicia apuntó: “la estrecha dependencia del mar territorial respecto del dominio terrestre”, puesto que “es la tierra la que confiere al Estado ribereño un derecho sobre las aguas que bañan sus costas”.<sup>117</sup> Con todo el respeto que me merece este alto Tribunal, debo decir que el verdadero derecho no proviene de la tierra sobre las aguas, sino del consenso universal que juzga conveniente para todos los Estados, y para la comunidad internacional, establecer una franja convencional de mar territorial. Una cosa es que las aguas territoriales estén sometidas a los poderes de policía y de seguridad, y otra cosa muy diferente es que constituyan una porción de territorio nacional o colonial.

La inexistencia de una reglamentación general sobre el mar territorial resulta patente. El 1º de septiembre de 1972, Islandia establece el límite marítimo de 50 millas para la protección de la pesca islandesa. Como Gran Bretaña y la República Federal de Alemania no protestaron en nombre de sus pesqueros, se pensó en la aceptación tácita. El 20 de junio de 1974 celebróse en Caracas, Venezuela, la III Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar. Más de 5 000 delegados y observadores de 148 países se esforzaron, en vano, en elaborar un tratado internacional que regulase el uso de los océanos. La reunión terminó el 29 de agosto de 1974 sin que los delegados se pusieran de acuerdo sobre uno solo de los temas —más de 100— propuestos. El año siguiente se reanuda la guerra del bacalao a raíz de la extensión de los derechos de pesca, de 50 a 200 millas marinas, por parte de Reykjavic. Un año después —1976— Islandia rompe relaciones diplomáti-

<sup>117</sup> Tribunal Internacional de Justicia, Sentencia de 18 de diciembre de 1951, en el asunto de las pesquerías noruegas, p. 133.

cas con Gran Bretaña por un incidente de pesqueros ingleses con guardacostas islandeses. La enumeración en materia de incidentes y desavenencias por las aguas territoriales, podría proseguir. Cada Estado determina a su arbitrio la extensión de mar territorial que juzga oportuna. Abundan las transacciones. Hay un verdadero caos en esta materia de Derecho Internacional. Los Estados anglosajones —Estados Unidos y la *Commonwealth* británica— postulan una extensión única de tres millas. Los países escandinavos hablan de 4 millas. Italia y varios países hispanoamericanos sostienen una extensión de 6 millas con zona contigua, mientras Francia y Alemania admiten sólo 3 millas. Un reducido número de Estados han aceptado la extensión de 12 millas.

Más allá del límite exterior del mar territorial se extiende, en dirección a la alta mar, una zona contigua de espacio marítimo. El Derecho Internacional positivo ha consagrado, en una serie de acuerdos bilaterales, la zona contigua. Sobre esta zona contigua sólo se ejercen competencias especializadas, fragmentarias y limitadas. Aunque la extensión es variable, predomina la opinión de que el conjunto del mar territorial y de la zona contigua no debe exceder a las doce millas.<sup>118</sup> Manifestaciones unilaterales de voluntad de Estados ribereños y títulos convencionales han servido de fuentes jurídicas a la zona contigua. Los intereses susceptibles de protección en esta zona, se reducen a la vigilancia aduanera y fiscal, a las normas de seguridad y bahías consideradas nacionales a causa de uso continuo, indiscutido y secular, por parte del Estado ribereño.

Aunque se hable de mar territorial, el mar no deja de ser una unidad. ¿Cómo explicar de otra manera la obligación por parte del Estado ribereño, de permitir el paso inofensivo o inocente de los buques extranjeros? Este derecho, como el de la libertad de la alta mar, se apoya en el derecho de comunicación en un mundo que primordialmente es para todos los hombres. Veamos, con mayor cuidado, el fundamento de la libertad en el mar desde el punto de vista de la Filosofía del Derecho.

## 2. *Fundamento iusfilosófico de la libertad en el mar*

El mar no es susceptible de apropiación por parte de individuos o de Estados. La condición física del mar posibilita su utilización

<sup>118</sup> *Convenio de Ginebra sobre el mar territorial y la zona contigua*, 29 de abril de 1958, artículo 24.

por todos los Estados y por todas las personas físicas del planeta, sin variación de características y sin que nadie se perjudique. El océano no perece ni modifica su esencia en el transcurso del tiempo.

¿Pertenece a todos o no pertenece a nadie el dominio del mar? No han faltado doctrinarios que declaren al mar como *res nullius* (cosa que no pertenece a nadie). Otros consideran que pertenece a todos: *res communis*. Las conclusiones prácticas que se desprenden de una u otra tesis son diversas. Si aceptamos que el mar es *res communis* se precisa una reglamentación. La administración de las cosas comunes exige, para ser eficaz, una política destinada a asegurar la aplicación de la norma. Los Estados actuales se resisten a instituir una autoridad única y exclusiva. No piensan en el mar como si se tratase de un *condominium* entre los Estados. Los navíos en alta mar no dependen —salvo tratados excepcionales en contrario— sino de la ley y la policía del Estado cuyo pabellón ostentan sin mengua de las normas del Derecho Internacional. ¿Se tratará acaso de una *res nullius*? De ser así, cada Estado se consideraría colocado en una situación, sin más ley que sus fuerzas y sus premáticas. Pero el principio podría sufrir una conveniente y justa atenuación, si aceptamos la interdependencia de los Estados y las consiguientes soberanías relativas, fundadas en el respeto a los respectivos bienes públicos nacionales y al común bien público internacional. Todo depende del rechazo de la soberanía absoluta de los Estados y de la aceptación de la interdependencia.

En Leiden, Holanda, apareció anónimamente, en 1609, un libro intitulado *Mare liberum sive de iure quod batavis competit ad indicana commercia dissertatio*. Había sido escrito por un joven llamado Hugo Grocio para defender la libertad de la navegación y el comercio por todos los océanos del planeta. El libro *Mare liberum* inicia “la gran batalla liberesca” del siglo xvii en torno al principio de la libertad o del dominio marítimo. La polémica intelectual fue seguida por una lucha a cañonazos entre Inglaterra y Holanda. Después de tres guerras, la derrotada Holanda se convierte —palabras de Paul Hazard— en “la chalupa amarrada al buque de alto bordo, que era la Gran Bretaña”. Aunque deje de ser potencia marítima y colonial, Holanda goza de la opulencia haciendo entrar el oro y la plata en sus arcas por medio de la Banca. Cronológicamente, es el primer modelo de un Estado capitalista.

¿Se puede considerar como nueva la tesis de Hugo Grocio en su libro *De la libertad de los mares*? Dejo la palabra a mi inolvidable maestro en el curso superior de Derecho Internacional en la

Universidad de Madrid, el doctor Luis García Arias, quien prologó y tradujo pulcramente al castellano la obra de Hugo Grocio: “Ciertamente la tesis grociana no era nueva, ya que, aparte algunos precedentes antiguos y medievales, había sido expuesta por varios autores de la Escuela Española de Derecho Internacional del siglo xvi, singularmente por Fernando Vázquez de Menchaca, defensores del principio de la libertad de los mares. El mismo Grocio reconoce esta deuda con los juristas españoles repetidamente en su obra, citándoles muy a menudo, y ello no sólo porque eran argumentos que oponer a los mismos hispánicos, sino porque reflejaban con sólidas razones las bases de la libertad marítima.”<sup>119</sup> No se piense que se trata, tan sólo, de la opinión de un eminente iusinternacionalista influido por el amor a su tradición cultural española. Un holandés de este siglo, Willem van der Klugt, reconoce honradamente los precedentes hispanos de Hugo Grocio: el *Mare liberum* “no tiene sino el valor de un estudio bien hecho de segunda mano, tomado a préstamo de la sabiduría española; desarrollo en su primera mitad de la idea directriz debida a Vitoria: cada pueblo tiene derecho a visitar a los otros y a comerciar con ellos; ampliación en la segunda sobre el tema proseguido por Vázquez, según el cual un derecho exclusivo de navegar sobre el océano en todo o en parte no puede ser admitido en provecho de una nación, cualquiera que sea: he aquí lo que contiene el folleto”.<sup>120</sup>

Aunque la flota inglesa haya vencido a la flota holandesa, en tres guerras consecutivas, la tesis doctrinal la ganó Holanda, aprovechando la argumentación de los iusinternacionalistas españoles. El principio de la libertad de los mares se ha impuesto definitivamente, “limitado por la nueva noción del mar territorial, que consagra el dominio soberano del Estado ribereño”. En tiempos de paz, la libertad de navegación sostenida por Vitoria, Menchaca y Grocio adquiere plenitud de vigencia. En tiempos de guerra, escuadras poderosas impedirán el libre tránsito marítimo. Estamos, en este último caso, ante el mal llamado “derecho de la fuerza”, que no es, la mayoría de las veces, más que una fuerza sin derecho.

Francisco de Vitoria sostuvo lúcidamente el *ius communicationis* para la navegación y para el comercio. Restringió, además, la potestad temporal pontificia a sus justos límites, y limitó el *ius inven-*

<sup>119</sup> Grocio, Hugo, *De la libertad de los mares* (prólogo de Luis García Arias), Madrid, Colección Civitas, Centro de Estudios Constitucionales, 1979, pp. 16 y 17.

<sup>120</sup> Vlugh, Willem van der, “L’oeuvre de Grotius et son influence sur le développement du droit international”, *Recueil de Cours*, La Haya, 1925-II, tomo 7, p. 420.

*tionis* y el *ius occupationis*. Fernando Vázquez de Menchaca rechazó toda prescripción en el Derecho de Gentes. Hugo Grocio ordenó y sistematizó las doctrinas de los tratadistas españoles. La tesis de la libertad de los mares sigue firme y en pie, a pesar de las guerras y de “los ademanes extensivos de dominio marítimo de los Estados ribereños en tiempos de paz. Libertad para el tránsito, para el comercio, para la pesca para todos y hacia todos. No hay derecho de dominio del mar por título de descubrimiento, ni por título de donación pontificia, ni por título de guerra, ni por título de ocupación o costumbre, ni por equidad...” Del Derecho de Gentes instituyó que “es libre a todos los hombres la facultad de negociar, que de modo alguno les puede ser arrebatada... La naturaleza había dado a los hombres todas las cosas en común. Mas la distancia entre los países y la falta de unos productos que abundan en otros, porque, como dijimos, no todas las cosas proceden de cualquier parte —advierte Hugo Grocio—, hicieron necesario el transporte. Sin embargo, todavía no existía el comercio; únicamente había reciprocidad libre en el uso de productos de cada uno. Del mismo modo entre los chinos las cosas abandonadas, solamente por la conciencia de los que cambian, constituían objeto de comercio”.<sup>121</sup> Varios siglos antes, el genio de Aristóteles había apuntado en su *Política*: “El traslado o cambio de las cosas comenzó en un principio, porque es según la naturaleza, ya que los hombres en algunas materias tienen más de lo que necesitan y en otras menos.”<sup>122</sup> En conclusión: el mar debe permanecer común por Derecho Natural. Quien cierra las vías de comunicación, la conducción de mercancías y el derecho de pesca —salvo el caso del mar territorial establecido internacionalmente— atenta al Derecho de Gentes primario. Aun sin esperar dictamen de la autoridad pública, puede ser rechazado *via facti* el injusto transgresor del derecho o de la libertad en los mares en cualquiera de sus aspectos. ¿En qué sentido cabe hablar de jurisdicción sobre el mar?

### 3. Jurisdicción sobre el mar

Si sobre el mar mismo ningún Estado puede ejercer derechos de dominio, ¿cómo sostener que sobre su lecho y subsuelo quepa la soberanía? Cosa diversa acaece en el dominio terrestre. Tener el dominio sobre la superficie implica tener el dominio sobre el sub-

<sup>121</sup> Grocio, Hugo, *op. cit.*, *supra* nota 119, pp. 139-140.

<sup>122</sup> Aristóteles, *Política* I, II.

suelo. El lecho y el subsuelo del mar no constituyen —como en el caso de la tierra— un accesorio insoslayable de la superficie marina. Sin embargo, se admite comúnmente que los Estados puedan ocupar el lecho y el subsuelo del océano con carácter permanente. Estados Unidos y Argentina se han apropiado con una simple declaración unilateral, todo el fondo y el subsuelo marino lindantes con sus aguas territoriales. No existen, hasta ahora, reglas de Derecho Internacional positivo. La Comisión de Derecho Internacional de la ONU opina que los Estados pueden ejercer “derechos soberanos” en el espacio denominado plataforma continental o zócalo continental (*continental shelf*), a fin de buscar y explotar los tesoros del suelo, sin obstaculizar la navegación o la pesca, ni la colocación de cables por otros Estados. Cabe afirmar que se ha formado una costumbre jurídico-internacional.

“El mar, como el aire —decía Celsus—, es común para todos.” No obstante, Venecia se consideró soberana sobre el Adriático; Génova en el Ligúrico; Suecia en el Báltico; Inglaterra sobre los llamados “mares adyacentes” que se extendían desde el Cabo Stadland en Noruega hasta el Cabo Finisterre en España; Portugal en el Océano Índico y en el sector sur del Atlántico; España en el Océano Atlántico y en el Golfo de México. La reserva de la pesca y el pago de impuestos era la consecuencia lógica de esta postura histórica, que ningún jurista respetable se atrevería a sostener hoy en día. En aquellos siglos —desde la Edad Media hasta el siglo XVI— el mar se encontraba infestado de piratas. Los Estados pretendidamente soberanos en materia marítima se consideraban obligados a garantizar la seguridad de los mares.

Mar libre (“alta o plea mar”) es la masa homogénea de agua salada que cubre la mayor parte del globo terráqueo. Se exceptúan del mar libre el mar territorial y el mar nacional. En el mar libre la navegación es libre. El uso del mar, como el del aire, es común a todos. En consecuencia, todos los Estados tienen derecho a la libre navegación, a la pesca, a la inmersión de cables submarinos, a construir sobre el lecho del mar y bajo ese lecho. Existen muchos convenios sobre salvamento y seguridad en el mar, pero no se requiere ningún convenio para navegar y pescar libremente. Ningún Estado puede ejercer jurisdicción sobre navíos extranjeros en el mar libre, ni dar órdenes, ni reclamar un homenaje especial para su pabellón. Los navíos de guerra pueden ser considerados como una afirmación de la potencia estatal, aseguran las leyes que reglaman-

tan la policía del mar y se rigen por las normas de su respectivo Estado. El derecho al pabellón depende de las leyes de cada nación.

Si el mar fuese un *condominium* internacional, los beligerantes no podrían dirimir sus querellas sobre un espacio de agua salada que pertenece a todos. Hasta ahora, sólo algunas partes del mar han llegado a estar neutralizadas (el Mar Negro, desde 1856 hasta 1871). Lawrence ha propuesto, en vano, eliminar la guerra del alta mar.

Al buscar el título de España sobre las Indias, un genio que precedió a Grocio en un siglo, de mayor potencia y de más hondo calado, declaró —desde la atalaya de la Universidad de Salamanca— que no es posible a los hombres de una parte de la tierra rehusar el contacto con los hombres de otra parte de la tierra, en materia de intercambio moral y mercantil. Desde Francisco de Victoria la humanidad no ha cesado de hablar del *ius communicatio-nes*. En 1824, Inglaterra y Estados Unidos protestaron enérgicamente, en nombre del derecho de comunicación, contra el uso exclusivo del Mar de Behring por Rusia.

En los lugares del mar donde se reúnen numerosos pescadores, se requiere una reglamentación para evitar abusos y peligros. Cada Estado puede legislar sobre el ejercicio de la pesca para sus propios navíos y puede, también, por convenios internacionales, renunciar o limitar sus derechos de pesca en determinados lugares marinos. La Convención de La Haya (1892) reglamentó la pesca en el Mar del Norte y fijó el derecho de visitas para hacer efectivo el cumplimiento de las normas establecidas por los Estados signatarios.

Por la seguridad del mar, los barcos de guerra pueden exigir, en caso de duda, la exhibición de la bandera a cualquier barco sospechoso. ¿Cómo saber, en casos de fundada sospecha, si se trata de barcos tripulados por piratas? Sólo la detención y la visita del barco pueden disipar las dudas. Si los tripulantes del barco se niegan a mostrar su bandera, el barco de guerra puede adoptar todas las medidas que requieran las circunstancias: visita, inspección, captura del barco pirata y conducción a un puerto determinado. Adviértase, no obstante, que si algunas de estas medidas se tomaron sin fundamento suficiente, pueden originarse graves y bien sustentadas reclamaciones.

La piratería es, en su acepción original, un acto no autorizado de violencia cometido por un navío privado en alta mar contra otro barco, a fin de saquearlo. En la práctica se consideran actos de piratería el apoderamiento de un barco y de los objetos que

lleva, aunque se realice sin violencia; la destrucción de objetos y la muerte violenta de personas a bordo, aunque no haya intento de saqueo. No puede considerarse como pirata a un barco autorizado por los insurgentes, en una guerra civil, aunque el gobierno del país respectivo lo trate como pirata. La piratería es un delito internacional. Los piratas son considerados, por Wheaton y algunos otros autores, como enemigos comunes de la humanidad. Todas las naciones debieran tener igual interés en su aprehensión y castigo, aunque históricamente haya habido naciones que solaparon y fomentaron la piratería contra el Imperio Español. La piratería es un acto ilegal de violencia dirigido contra barcos de los demás Estados, sin distinción de nacionalidad, que se efectúa en alta mar. Cada Estado y todos juntos, pueden castigar a los piratas aplicándoles la ley penal. Actuar contra un pirata es justificable jurídica y moralmente como caso de legítima defensa. La piratería, en su acepción clásica, ha dejado de ser un serio peligro para la navegación. Nuevas formas de piratería aparecen en aguas territoriales y en aeronaves. El Derecho Internacional no puede ignorar esta neopiratería que destroza la seguridad jurídica del género humano.