

# CONCEPTO JURÍDICO DEL MAR PRESENCIAL: PASADO, PRESENTE Y FUTURO

JORGE MARTÍNEZ BUSH\*

## I. ORIGEN DEL CONCEPTO

1. En la década del 70 y 80 los buques pesqueros pertenecientes principalmente a la ex Unión de la República Socialista Soviética y sus estados satelitales, desarrollaron una agresiva y depredadora pesca en las áreas de la alta mar frente a las costas del centro y sur de Chile.

2. Para lo anterior, se conformaron flotas pesqueras que llegaron a tener hasta 350 buques de alta mar con tonelajes que fluctuaban entre las 2.500 y 4.500 toneladas de desplazamiento, apoyados por buques factorías sobre las 7.000 toneladas que, junto con buques almacenes y petroleros, conformaban una verdadera ciudad flotante la que se estacionaba entre 300 a 700 millas de la costa. Estas flotas obtuvieron capturas anuales superiores a las 900 mil toneladas, principalmente de especies como el jurel, merluza y tunidos. En oportunidades penetraban en nuestra zona económica exclusiva siguiendo el desplazamiento de los grandes cardúmenes de peces y efectuando esta pesca sin tener autorización para ello.

3. Hay evidencias concretas de que también estas flotas apoyaban a sus submarinos nucleares en sus patrullajes oceánicos, efectuando además una permanente tarea de recolección de datos meteorológicos y oceanográficos con la doble finalidad de desarrollar una investigación científica que entregara datos útiles tanto para la pesca como también para usos y fines militares apropiados a sus buques y submarinos.

4. También se comprobó la existencia en estas flotas de buques preparados para la guerra electrónica, es decir, dedicados a la interceptación de comunicaciones y a la búsqueda de características de las emisiones de radares, sonares y de los sistemas de telecomunicaciones usados por las Fuerzas Armadas como por el Gobierno.

\*ALMIRANTE (R) JORGE MARTÍNEZ BUSCH. Ex Comandante en Jefe de la Armada de Chile. Licenciado y Magíster en Ciencias Navales y Marítimas, con mención en Estrategia. Presidente de la Academia de Historia Naval y Marítima de Chile. Profesor Honoris Causa de la Universidad Marítima de Chile. Ministro de la Corte Marcial de la Armada. Autor de diversas publicaciones. Doctor en Derecho Internacional otorgado por la Universidad de Navarra, España "Sobresaliente Cum Laude".

5. Por otra parte, está claro que en oportunidades estos buques dieron apoyo a ciertos grupos extremistas y violentistas al facilitar la entrega de armas, explosivos y de transporte, rescate y desembarco de agentes.

6. Pero todo lo anterior fue sólo una de las razones que se tuvieron en cuenta para buscar una definición jurídica al espacio de la alta mar ubicada en frente de nuestras costas, ya que debió sumarse el hecho, más urgente en la actualidad, de que la demanda por la pesca y su empleo como alimento humano va en constante aumento y en donde la ocupación de las pesquerías pasaría a ser la mayor fuente de conflictos y crisis en la medida que la pesca va adquiriendo un valor cada vez mayor como un elemento de intereses nacionales de importancia político estratégica para todos los estados marítimos y no marítimos del mundo.

7. El crecimiento constante de la población mundial, la demanda de alimentos ricos en proteínas, la búsqueda de espacios marítimos poco explotados, la necesidad de proteger grandes masas de aguas oceánicas limpias para evitar la contaminación y la constatación de que los espacios de la alta mar conforman reservas de materias primas, biológicas y no biológicas, de grandes valores económicos susceptibles de ser explotados con mayores eficiencias que antaño por los espectaculares avances de la ciencia y de la técnica, hizo necesario definir el espacio de la alta mar ubicado frente a las costas de los estados ribereños en forma tal, *que sin violar o ir en contra del derecho internacional marítimo*, tal como está aceptado hoy en día, permitiera a dichos estados el poder involucrarse más directamente en el uso y en la administración de dichos espacios.

8. Como resultado de estas reflexiones más otros aspectos de seguridad y desarrollo, el concepto del mar presencial fue enunciado en una conferencia realizada en el centro de eventos de la Universidad Católica de Valparaíso, a fines de 1989. Este texto fue publicado por la *Revista Chilena de Geopolítica* en el volumen 5, Nº 2, página 143 a la 152 de ese mismo año, bajo el título "Reflexiones sobre el poder militar en el marco de una oceanopolítica". En esta conferencia se estableció que como consecuencia del análisis geopolítico derivado del decreto supremo que fijó los límites de la Antártica chilena, la declaración de Santiago que da origen al concepto de zona económica exclusiva o mar patrimonial, la fijación de las líneas de bases rectas, la modificación del Código Civil que extiende el mar territorial a 12 millas náuticas y la extensión de la plataforma continental a 350 millas náuticas en torno a la Isla de Pascua y Salas y Gómez, introducen un cambio gigantesco en las conclusiones que entrega la apreciación geopolítico contemporánea chilena, si éstas se comparan con las conclusiones obtenidas en la apreciación geopolítica clásica, en donde no se incluyen con el peso que tienen los espacios marítimos que correspondan a la república.

El análisis resultante entrega de esta manera, como fundamental, *una nueva dimensión del espacio geográfico del Estado al incorporar el concepto del territorio oceánico* definiéndolo como el espacio integrado a su vez por el mar territorial, el mar patrimonial y un nuevo concepto espacial, el mar presencial. Este último se define en forma general como "la alta mar existente para la comunidad internacional entre el límite del mar patrimonial continental y el meridiano que, pasando por el borde occidental de la zona económica exclusiva de Pascua, se prolonga desde el paralelo Arica a las costas de la Antártica".

Se agregaba en dicho trabajo que el término del mar presencial requiere explicación. A este respecto debe señalarse que incide en la necesidad de estar en esta alta mar observando las actividades que en ella desarrollan otros estados y que actuando dentro del estatus jurídico de la alta mar establecido por la Convención de las Naciones Unidas sobre el derecho del mar, constituyen para el Estado de Chile o pueden constituir, una amenaza directa e indirecta para su desarrollo, por lo tanto, a su seguridad. Dicho concepto no significa el desconocimiento de la alta mar como tal, sino que para nuestro caso señala una continuidad espacial entre el territorio continental y antártico y la Isla de Pascua, derivado de la necesidad de ejercer acciones que cautelen nuestra soberanía y nuestros derechos soberanos, y mediante estas acciones dar seguridad al mar patrimonial y territorial.

Esta zona pasa a ser así un área de interés especial para el estado ribereño, actuando como un espacio de amortiguamiento en el choque de intereses soberanos, lo que permite definirla, en forma universal, *como la zona de alta mar contigua a la zona económica exclusiva donde el Estado ribereño tiene intereses especiales.*

A modo de información, en esta misma conferencia se estableció el término de *Oceanopolítica*, el que se definió también como *la consideración permanente de la importancia del océano en las decisiones políticas que tomen los gobernantes* y dio origen a un cambio en la apreciación geopolítica transformándola para Chile en una apreciación oceanopolítica.

## II. SUSTENTACIÓN DEL CONCEPTO

1. La primera razón es geográfica. Se basa en que Chile enfrenta un espacio de alta mar entre el continente y la Isla de Pascua, en donde no hay posiciones insulares que pertenezcan o estén bajo otras soberanías que no sean las nacionales y que en dichos espacios hay un continuo geográfico que une estas posesiones, sin que se interfieran sus accesos. Este continuo geográfico es el océano Pacífico sur oriental que ocupa casi la totalidad del cuadrante de este océano así denominado.

2. La segunda razón es política internacional. En dicho cuadrante Chile ha asumido obligaciones internacionales desde largo tiempo, las que han sido incorporadas a sus relaciones internacionales mediante acuerdos o tratados. Tales son los relativos a la seguridad de la vida humana en el mar, la búsqueda y salvamento marítimo, la mantención de los servicios de meteorología, la señalización para dar seguridad a la navegación, el control naval del tráfico marítimo, batimetría y cartografía internacional.

3. La tercera razón es de derecho internacional. Se desprende del análisis de ciertos artículos de la Convención del Mar relacionados con los deberes y con los derechos del Estado en la zona económica exclusiva y con los derechos de los Estados en la alta mar. Hay que recordar que la Convención del Mar, texto producto de consensos y de acuerdos, por su misma génesis dejó muchas contradicciones y aspectos en donde las normas

no pudieron ser más explícitas, dejando así un espacio jurídico que deberá ser llenado con el transcurso del tiempo, en la dinámica propia de todo derecho que tiene que estar haciendo frente a las permanentes posibilidades que está entregando el avance tecnológico para usar y explotar el mar.

4. Es así que en cuanto a la zona económica exclusiva en el Artículo Nº 56 que trata sobre los derechos, jurisdicción y deberes del Estado ribereño en dicha zona, se establece entre otros:

a) Derechos de soberanía para los fines de exploración y explotación, conservación y administración de los recursos naturales tanto vivos como no vivos.

b) Jurisdicción, con arreglo a las disposiciones pertinentes a esta Convención, con respecto a:

iii) La protección y preservación del medio marino.

Es decir, mirado desde el Estado ribereño éste asume derechos de soberanía para la conservación de los recursos vivos y la protección del medio marino en la zona, pero no establece un mecanismo para cuando estos recursos vivos y su preservación se originan afuera de la zona, en la alta mar frente a ella.

A mayor abundamiento, el Artículo 62, sobre la utilización de los recursos vivos, dice en su Nº 1 que el Estado ribereño promoverá el objetivo de la utilización óptima de los recursos vivos en la zona económica exclusiva, pero sin abordar el origen de estos recursos vivos si ellos están más allá del borde de la zona económica exclusiva. Esta situación ocurre en nuestro caso.

Desde el punto de vista del Estado ribereño, él estará en choque con lo que puede pasar más allá de las 200 millas, ya que lo que ahí ocurra lo afectará de una u otra forma. La discusión de los excedentes de las cuotas o de las biomásas en la zona económica exclusiva, no considera esta facultad del Estado ribereño cuando propone el acceso a ellos por flotas o buques de países distantes y en mi opinión hablar de los excedentes será un tema que no tendrá una solución concreta y más bien su expresión normativa en los textos en análisis constituyen una figura ideal más que real.

5. Ahora, en cuanto a la alta mar, la Convención establece en varios artículos, lo siguiente:

a) Artículo 86; donde expresa que las disposiciones de esta Convención no implican limitación alguna de las libertades que gozan todos los Estados en la zona económica exclusiva en conformidad al Art. 58. Es decir, si el Estado ribereño quisiera aplicar restricciones a las actividades pesqueras de las especies que habitan más allá de las 200 millas y que a su vez, están reguladas nacionalmente en la legislación particular de ese Estado ribereño en su zona económica exclusiva, este Estado estará en conflicto con aquellos que están pescando en la alta mar contigua al borde exterior de su zona económica exclusiva.

b) Artículo 87; este artículo entre otras libertades establece la libertad de pesca con sujeción a lo dispuesto en la sección 2, del tema de la alta mar.

c) *Artículo 116; que habla sobre los derechos de pesca en la alta mar pero estableciendo que deben cautelarse los intereses de los Estados ribereños.*

Bajo el punto de visto de la interacción entre Estados ribereños y los Estados de aguas distantes, este artículo quizás sea el más controvertido, porque refleja una idealización de las relaciones entre Estados que difícilmente se dará en la realidad.

d) *Artículo 117; aquí se expresa muy claro que los Estados tienen el deber de adoptar medidas para la conservación de los recursos vivos de la alta mar en relación con las actividades que hacen sus nacionales.* Es decir, que Chile puede establecer en su legislación interna los procedimientos que estime necesarios para que sus nacionales desarrollen la pesca en esta zona de alta mar que hemos denominado mar presencial. Es evidente que si el Estado ribereño no lo hace, los Estados de aguas distantes que pescan estas especies, se verán beneficiados al no tener interferencias de ninguna especie.

e) *Artículo 118; cooperación de los Estados en la conservación y administración de los recursos vivos.* Expresa que: los Estados cooperarán entre sí en la conservación y administración de los recursos vivos en la zona de la alta mar. Este artículo supone que los Estados que estén pescando en esta área, deben conversar y reunirse, pero la pregunta es ¿con cuáles Estados? La lógica sería con el Estado ribereño afectado o con las organizaciones subregionales que ellos tienen en esa área. Pero la disposición de este artículo no es mandatoria y esta cooperación está sujeta sólo a la buena voluntad de los Estados. En las relaciones internacionales, los intereses nacionales son la real buena voluntad de cada Estado y no hay otra motivación que valga.

f) *Artículo 119; este artículo habla sobre la conservación de los recursos vivos de la alta mar, incorporando el concepto de la captura permisible para dichos recursos vivos.* El comentario pertinente es que la determinación de la captura permisible sin la correspondiente información científica que la haga valedera, carece de sentido y evidentemente este artículo pasa primero por la necesidad de un diálogo y reuniones en donde el choque de intereses volverá a estar presente. En el intertanto ¿habría que suspender la pesca en la alta mar hasta no conocer cuál es la captura permisible? Por supuesto que no sería esto lo lógico, pero ¿y si la captura actual destruye la biomasa? La única posibilidad es que se haga cargo el Estado ribereño de esta situación, pues es él el que sufrirá las consecuencias de esta depredación.

6. En la Convención están dadas las bases para un manejo de los recursos vivos, pero también están las causas de los futuros conflictos por las disputas por las pesquerías que interesan a los buques de países lejanos, como también a los buques de los Estados ribereños. Es necesario recordar que la sección 2 de la alta mar, mira fundamentalmente los intereses de los nacionales de los Estados que pescan en la alta mar.

Si los países lejanos, aduciendo la libertad de pesca barren con la biomasa, el Estado ribereño se queda sin nada. Es decir, el poder superior de los Estados más desarrollados sobre todo en su enorme capacidad técnica, haría muy difícil, si no casi imposible, el que, ante los intereses de sus nacionalidades primaran los intereses de los Estados ribereños. Esta realidad llevó a expresar *un concepto adicional, cual es el de la soberanía de subsistencia del Estado ribereño, definida como la autoridad que debe ejercer un Estado ribereño más allá*

*de la zona económica exclusiva tendiente a lograr que sus intereses sean cautelados en un mínimo tal que le permita continuar con su desarrollo y no interrumpirse su crecimiento al perderse la biomasa y otros vectores que los sustentan.*

El mar presencial como un concepto ahora universal, llama a conversar a todos en torno a los espacios de alta mar de doble interés: ribereños y lejanos.

7. Esta misma realidad, es decir, el interés político y estratégico de la pesca, más los artículos ya señalados de la Convención del Mar, llevaron a que a fines de 1994 y durante el primer semestre de 1995 se efectuara una serie de reuniones en el seno de las Naciones Unidas para promover un acuerdo general sobre la explotación y protección de las especies transzonales y las poblaciones de peces altamente migratorias en un intento para buscar un acuerdo que hiciera realidad varios de los artículos ya comentados, en especial, en los N°s 116 al 119. El proyecto de acuerdo propuesto lo hemos bautizado como el Acuerdo de Nueva York.

En estas reuniones, Chile tuvo una participación especial tratando de fijar los procedimientos y el acuerdo exclusivamente para la alta mar, con lo cual se materializaba en forma práctica el sentido y el alcance del concepto del mar presencial, pero debido al peso político estratégico de los países participantes, en especial de los pertenecientes a los de la Comunidad Económica Europea, el acuerdo terminó al final con la vulneración de los derechos de los países ribereños en la zona económica exclusiva, con lo cual, de alguna manera, se experimentaría un retroceso en cuanto a la definición de los deberes y derechos de los Estados ribereños en su zona económica exclusiva.

Deseo expresar que este acuerdo reafirma el concepto del mar presencial y acoge el correspondiente al de soberanía de subsistencia que va unido al anterior. Esto figura en la parte séptima "Necesidades de los Estados en desarrollo", artículo 24, titulado "Reconocimiento de las necesidades especiales de los Estados en desarrollo". Sin embargo, al establecer el acceso de buques pertenecientes a países lejanos sobre la base de capturar los excedentes de las pesquerías que no sean capturados por el Estado ribereño en su zona económica exclusiva, no lo hace conveniente para Chile, ya que significaría una pérdida sobre sus derechos soberanos y la jurisdicción que ejerce en las 200 millas, salvo que primero se organice un sistema subregional de pesca que permita hacer frente a la obligatoriedad de abrir el acceso a estos excedentes si a futuro la Convención de Nueva York entra en vigencia.

Este mismo análisis hizo necesario sugerir primero la creación de un acuerdo regional entre los cuatro países miembros de la CPPS, el que se tradujo en un proyecto de acuerdo marco para la pesca en el ámbito de competencia de esta organización firmado en Bogotá, en septiembre de este año, y que establece las bases para una asociación pesquera entre los cuatro países miembros sobre la idea de acuerdos binacionales, de manera de hacer frente con una organización estructurada a las demandas de acceso a la pesca disponible que establece el Acuerdo de Nueva York. Actualmente este acuerdo marco discutido a comienzos de octubre en Lima, se encuentra pendiente para su redacción definitiva.

### III. EL CONCEPTO EN LA NORMATIVA LEGAL CHILENA

1. El concepto de mar presencial se encuentra incorporado a nuestra normativa en los siguientes cuerpos legales.

a) Artículo 1º, letra a, de la Ley N° 19.080, que modificó el Artículo 2º, de la Ley N° 18.892 “Ley General de Pesca y Acuicultura”.

Esta norma se encuentra actualmente contenida en el D.F.L. 430 de 1991, que fijó el texto refundido de la Ley General de Pesca y Acuicultura, Artículo 2 N° 25, que expresa: “Mar presencial: es aquella parte de la alta mar, existente para la comunidad internacional, entre el límite de nuestra zona económica exclusiva continental y el meridiano que, pasando por el borde occidental de la plataforma continental de la Isla de Pascua, se prolonga desde el paralelo del hito N° 1 de la línea fronteriza internacional que separa Chile y Perú, hasta el Polo Sur”.

b) Artículo 1º, letra f, de la Ley N° 19.080, que modificó la Ley N° 18.892 “Ley General de Pesca y Acuicultura”.

Esta norma se encuentra contenida en el D.F.L. 430 de 1991, que fijó el texto refundido de la Ley General de Pesca y Acuicultura, Artículo 172, que expresa:

“Corresponderá a la Armada nacional y a la Subsecretaría llevar una relación de las actividades pesqueras que se realicen en el área definida como mar presencial, en virtud de los tratados y acuerdos básicos internacionales que se realicen o se hayan realizado al respecto”.

c) Artículo 43, inciso final, del D.F.L. 430 de 1991, que fijó el texto refundido de la Ley General de Pesca y Acuicultura, que expresa:

“Las embarcaciones pesqueras chilenas, cuya tripulación esté formada al menos en un 85% por nacionales y que realicen faenas pesqueras extractivas exclusivamente en la alta mar o en el mar presencial, estarán exentas del pago de patente única pesquera”.

d) Ley 19.300 sobre las bases generales del medioambiente, publicada en el Diario Oficial 34.810 del 9 de marzo de 1994, en su Art. 33 establece que: “Los organismos competentes del Estado desarrollarán programas de medición y control de la calidad ambiental del aire, agua y suelo para los efectos de velar por el derecho a vivir en un medioambiente libre de contaminación.

Estos programas serán regionalizados. Respecto de la zona económica exclusiva y del mar presencial de Chile se compilarán los antecedentes sobre estas materias”.

2. El Servicio Hidrográfico y Oceanográfico de la Armada publicó la Carta Náutica N° 22, documento oficial del Estado, en donde señala los límites del mar presencial, y lo define, declarándose dicha Carta Náutica como material didáctico de la educación chilena por Oficio Ministerio de Educación N° 05/00459 de fecha 24 de abril de 1992.

3. Este mismo servicio estableció en el reverso de la Carta Náutica N° 15, un glosario en donde se define el mar presencial acompañado de otros términos jurídicos de uso fre-

cuenta tales como: aguas interiores, líneas de bases, etc., incluyendo el del territorio oceánico que resume la realidad geográfica que dio vida al término en forma particular para Chile.

4. Por decreto del Ministerio de Relaciones Exteriores Nº 1.393, publicado en el Diario Oficial Nº 35.919 del 18 de noviembre de 1997, el supremo Gobierno promulgó la Convención de las Naciones Unidas sobre el derecho del mar y sus anexos y el acuerdo relativo a la aplicación de la parte XI de dicha Convención y su anexo. Este decreto coloca en vigencia como ley de la República la convención del mar. Al respecto, deseo hacer dos comentarios en cuanto a esta ley:

a) Como legislación interna, reafirma el concepto de mar presencial incorporado a las leyes ya comentadas, porque la Convención establece claramente que desde el momento de su promulgación, ella reconoce todas las disposiciones del Estado, tanto internas como externas, relativas al mar que hayan sido dispuestas con anterioridad a su vigencia, y

b) El considerando Nº 5 de la declaración que acompaña a esta promulgación establece claramente la voluntad del Estado de Chile de acoger el concepto del mar presencial, cuando se refiere a la conservación de los recursos que se encuentran en su zona económica exclusiva y en el área de alta mar adyacente a ella. Agrega que “Chile se reserva el ejercicio de los derechos que le corresponden conforme al artículo 116 y otras disposiciones de la Convención de las Naciones Unidas sobre el derecho del mar, como asimismo de los demás que le franquea el derecho internacional”.

5. Para terminar esta parte de la exposición quisiera agregar lo que a mi juicio es de la mayor importancia por los efectos jurídicos que se pueden derivar para nuestra vida económica y para nuestro desarrollo. Me refiero a que el fijar un límite y un nombre a un espacio de la alta mar, permite establecer en ella beneficios y obligaciones para todos nuestros compatriotas que desarrollan actividades en dicha área, de manera que, al desaparecer la amplitud del concepto de alta mar, la normativa que se pueda establecer a futuro se aplique en un espacio geográfico determinado y no en un espacio global como el que encierra el concepto de la alta mar. Por ejemplo, para ser aplicable en forma práctica el Art. 43 del D.F.L. Nº 430, que fijó el texto refundido de la Ley General de Pesca y Acuicultura en el sentido de exceptuar del pago de patente única pesquera, la aprobación de la obligatoriedad de tener equipos poseedores de satélites como lo indica la ley Nº 19.521 hará factible que este beneficio sea aprovechado por un mayor número de empresarios pesqueros.

#### IV. EL IMPACTO EN LA COMUNIDAD INTERNACIONAL

1. Desde el momento en que fue expuesto a la opinión pública este concepto, atrajo la atención internacional de los estudiosos del derecho internacional marítimo, tanto en Europa como en los Estados Unidos de América, dando origen a una numerosa cantidad de artículos aparecidos en diferentes revistas y libros especializados en el tema.

A guisa de ejemplo señalaré algunos de estos trabajos:



a) El mar presencial: Definiendo los intereses especiales en la pesca de alta mar de los estados costeros. Autor: Francisco Orrego Vicuña. Publicado en *German Yearbook of International Law*, volumen 35, 1992.

b) Hacia un manejo eficaz de la pesca en alta mar y la solución de problemas pendientes del derecho del mar. Autor: Francisco Orrego Vicuña. 22-26 junio 1991. Publicado en *The ocean development and international law, The Journal of Marine Affairs*, volumen 24, N° 1, enero-marzo 1993.

c) Mar presencial: ¿Nuevamente algo ya visto? Una respuesta a Francisco Orrego Vicuña. Autor: Thomas A. Clingan Jr. Publicado en *The ocean development and international law, The Journal of Marine Affairs*, volumen 24, N° 1, enero-marzo 1993.

d) La proposición chilena del mar presencial: Implicancias para las especies que nadan entre aguas y la Ley Internacional de Pesca. Autores: Christopher C. Joyner y Peter N. Decola. Publicado en *The ocean development and international law, The Journal of Marine Affairs*, volumen 24, N° 1, enero-marzo 1993.

e) El mar presencial chileno: ¿Un concepto inofensivo o un peligroso precedente? Autora: Jane Gilliland Dalton, primavera 1991. Publicado en *The international Journal of Marine and Coastal Law*, volumen 8 N° 3, agosto 1993.

f) El régimen de la pesca de alta mar: ¿En un punto de no retorno? Autora: Barbara Kwiatkowska. Publicado en *The international Journal of Marine and Coastal Law*, volumen 8, N° 3, agosto 1993.

Hacer un comentario sobre el contenido de estos artículos requeriría mucho tiempo y escaparía al ámbito de esta exposición.

2. Sin embargo, dado lo reciente de su publicación, me permito transcribir algunos párrafos del último trabajo aparecido en Estados Unidos, titulado "Chile, mar presencial y la ley del mar", de los autores James L. Zackrisson y del capitán de corbeta reserva naval de los Estados Unidos de América, Sr. James E. Meason, publicado en la *Revista de la Academia de Guerra Naval de la Armada de los Estados Unidos*, correspondientes al verano de 1997, volumen L, N° 3, cuyos párrafos más significativos para esta conferencia, y que transcribo a continuación, son los siguientes:

a) "El fundamento legal del mar presencial está en una particular interpretación del artículo 116 de la Losc. Sus proponentes sostienen que debe haber coherencia entre las medidas de conservación aplicadas en la zona económica exclusiva y en la alta mar adyacente. Por lo tanto, consideran la cita que hace el Art. 116 del Art. 63 (2), como una condición adjunta a la libertad de pesca en la alta mar; es decir, que si es que las flotas pesqueras extranjeras han de disfrutar del derecho a pescar en una parte determinada de la alta mar, que afecta a la zona económica exclusiva de un Estado costero, deben acomodarse a los intereses del Estado costero, tal como aparece estipulado en el Art. 63 (2) (y también en el 64 (1)). Según argumentan los proponentes del mar presencial, la imposibilidad de hacerlo, puede descalificar a las flotas extranjeras privándolas del derecho a pescar en dicha área de alta mar.

b) Los defensores del mar presencial argumentan que es el Art. 56 (que otorga a los Estados costeros "derechos soberanos" en su zona económica exclusiva), visto a la luz de

los requerimientos de conservación del Art. 63 (2) para las especies transzonales y 64 (1) para las especies migratorias, el que confiere a los Estados costeros esta capacidad para imponer condiciones a la libertad de pescar en la alta mar adyacente. Según lo que piensan, dicha capacidad se desprende del postulado de que no puede permitirse que la pesca en la alta mar frustre los esfuerzos de conservación y administración de los Estados costeros. De un modo similar, argumentan que el Art. 73 (1) puede aplicarse a la pesca en la alta mar, cuando las disposiciones para el cumplimiento para el Estado de la bandera son o inexistentes o inefectivas. Básicamente, los proponentes del mar presencial sostienen que los Estados costeros están facultados, no sólo para emprender una acción unilateral de cumplimiento en su respectiva zona económica exclusiva, sino también para promulgar reglamentos aplicables a la pesca en la alta mar, al menos en ausencia de otro acuerdo previo.

c) Sin embargo, históricamente el derecho del mar ha abrazado, en lugar de rechazar, las formas innovadoras de tratar los problemas. Su desarrollo durante el transcurso de los siglos refleja una maduración gradual, incorporando principios de igualdad entre los Estados y un delicado equilibrio de libertades en la alta mar frente a los intereses de los Estados en vías de desarrollo. Desde 1958, el derecho del mar ha reconocido formalmente el derecho de todos los Estados a comprometerse en actividades de pesca en la alta mar; no obstante, la libertad de pesca en la alta mar nunca ha sido una libertad desatada. El Art. 2 de la Convención de la alta mar de 1958 requería, por ejemplo, que fuese ejercida con "consideración razonable" de los intereses de otros Estados. También la Convención de 1982, al autorizar a los Estados a que establecieran la zona económica exclusiva de 200 millas, redujo significativamente el área en que los pescadores podían ejercer realmente esta libertad.

Complicando este panorama están las agudas diferencias que existen acerca de la interpretación y aplicación de los artículos de la LOSC relacionados con las especies transzonales y altamente migratorias. La prohibición del Art. 89 a que se someta la alta mar a la soberanía de algún Estado es discutiblemente la más clara enunciación de la inviolabilidad de la alta mar. Los auspiciadores del mar presencial replican que actuar como buen pastor de los recursos marinos, cada vez más escasos y frágiles no somete a la alta mar a la soberanía del Estado costero; insisten en que no hay ninguna restricción implicada o contemplada en cuanto a las libertades de navegación, sobrevuelo, investigación científica o tendido de cables y oleoductos de la LOSC.

d) Por cierto, si uno llevase el concepto a su extremo lógico –extendiendo dichos límites desde las líneas bases territoriales de una nación hasta que estén colindando con el reclamador siguiente (en el caso de Chile, Nueva Zelandia)– las naciones sin litoral se verían efectivamente eliminadas del negocio de la pesca y ninguna nación podría enviar sus flotas pesqueras a otras partes del mundo. Pero el postulado de Naciones Unidas de que los recursos oceánicos son "la herencia de la humanidad" constituye una protección frente a dicha perspectiva. De modo que, también en el caso actual, están los hechos de que Chile ha vinculado el mar presencial a sus posesiones y reclamaciones territoriales específicas, y que argumenta en pro del concepto basándose en la justicia y equidad para todas las naciones.

En todo caso, tal como se ha enfatizado antes, "soberanía" y "derechos soberanos" no son sinónimos. Lo último implica una aplicación restringida de las autoridades de un

Estado, tal como lo demuestran varias limitaciones jurídicas del Art. 73 de la LOSC. En consecuencia, cualquier argumento (sobre la base del mar presencial) en cuanto a que los Estados costeros desean ejercer “soberanía” sobre la alta mar, ya sea de facto o de jure, parece carecer de mérito.

Sin embargo, hay una crítica más sustancial que emerge de la codificación de la libertad de la alta mar en el Art. 87 de la Convención de 1982. No confiere ningún derecho a los Estados costeros, por el contrario, establece libertades absolutas y condicionales y requiere de las naciones que otorguen “debida consideración” a los intereses de otros, sin someter a los Estados pesqueros de aguas distantes a ningún requerimiento especial. En respuesta, los auspiciadores del mar presencial apelan a los Arts. 116-120, cuyas estipulaciones acerca de negociación marina y medidas de cooperación condicionan, específicamente, según su punto de vista, el derecho a pescar en la alta mar. Se ha replicado que, si bien el Art. 116, que rige la pesca en la alta mar, reconoce “ciertos derechos, deberes e intereses del Estado costero aplicables en la zona económica exclusiva... no extiende la jurisdicción de los Estados costeros a la alta mar”. Esencialmente, la contraargumentación teórica es una aseveración de la interpretación sobre la cual descansa la totalidad del concepto del mar presencial –que el derecho a pescar en la alta mar es condicional, no absoluto– en particular los Arts. 63 (2) y 64 (1) de la LOSC, que hacen que la pesca de las especies transzonales y altamente migratorias esté sujeta a la aprobación del Estado costero. Ciertamente, si bien el grado en que los Arts. 116 y 87 califican la libertad para pescar, sigue no estando claro la sujeción que el primero hace de la pesca en la alta mar a los “intereses” de los Estados costeros en su zona económica exclusiva sugiere que la cláusula de “debida consideración” opera sustancialmente a favor de dichos estados, o por lo menos que el argumento de “no hay derechos especiales” es un argumento débil. Más aún, en la práctica, los chilenos sostienen que la estipulación de “debida consideración” es inefectiva para llevar a las flotas pesqueras de aguas distantes a la mesa de negociaciones, al igual que el estándar de “consideración razonable” de la Convención Sobre la Alta Mar de 1958 resultó inadecuada, este comentario es en sí otro argumento para el mar presencial.

e) Finalmente, los autores vinculan el mar presencial con el Acuerdo de Nueva York en orden a que Chile, o ratifica este acuerdo internacional de 1995 y en tal caso habría contribuido una vez más al progreso del derecho internacional marítimo, o se excluye del mismo, actitud que evidenciaría que la motivación real de la tesis del mar presencial sería sólo retórica nacionalista, fruto de una mera motivación geopolítica de dicho país para expandirse hacia el Pacífico. Desde luego no concuerdo con esto ya que la perspectiva señalada evidencia una retórica totalitaria en virtud de la cual o se aceptan sus puntos de vista o se es satanizado atribuyéndose motivaciones geopolíticas destinadas a expandirse hacia el Pacífico, violentando las normas del derecho internacional marítimo. Aquí hay una absoluta carencia de lógica en la pretensión de dichos articulistas en orden de atar a Chile con el acuerdo de 1995 para que demuestre, una vez más, sus buenos propósitos en orden al progreso del derecho internacional del mar.

3. Para completar esta visión del impacto que ha tenido en la comunidad internacional el concepto del mar presencial, me ha parecido interesante agregar un comentario en torno a la permanente preocupación que se ha generado en la comunidad económica

Europea por este concepto y su aplicación en la práctica. Es así, que se han cursado ciertas notas diplomáticas de consulta en algunos casos y de reclamos en otros frente a este planteamiento por considerarlo que afectará directamente a los intereses de los países miembros de dicha comunidad. Dentro de esta óptica, he creído conveniente transcribir el título de un libro aparecido recientemente en Holanda, escrito por el embajador, Sr. José A. de Yturriaga, representante permanente de España a las Naciones Unidas en Viena, a mediados del presente año y que además está incorporado a la biblioteca del Congreso de los Estados Unidos y su título en inglés es "The International Regime of Fisheries. From Unclos 1982 to the Presential Sea", correspondiente a la serie "Publications on Ocean Development", volumen 30, como parte de una biblioteca dedicada a una serie de estudios sobre los aspectos internacionales, legales, institucionales y políticos del desarrollo de los océanos. El embajador Yturriaga plantea dos ideas muy novedosas al respecto: 1º, que el concepto del mar presencial marca un límite separando dos tiempos en torno a los esfuerzos internacionales que se han hecho para ir a una legislación internacional común sobre todos los aspectos relacionados con el mar y sus usos políticos, económicos, científicos y militares; y lo 2º, que este mismo concepto es el punto de partida de un nuevo desarrollo jurídico que probablemente pueda terminar en una cuarta conferencia del mar. En el libro que él escribió, este tema lo plantea en el capítulo IV con el título "Más allá de la conferencia del mar: Desarrollos recientes", estableciendo que hay tres campos en donde la Convención de la Ley del Mar de 1982 no plantea una seguridad legal suficiente, siendo ellos; los fondos marinos que se encuentran más allá de las jurisdicciones nacionales, la navegación a través del mar territorial particularmente en el paso inocente de los buques de guerra y las pesquerías en las altas mares. Agregando que de acuerdo a lo que expresa Rafael Casado en los cursos de derecho internacional de la universidad del país vasco sobre el derecho de la pesca en alta mar y sus últimos desarrollos, se puede hablar en propiedad de que existe una codificación incierta y no terminada con relación a los artículos 63-2, 64 al 67, 87 y 116 al 120, los que no han sido discutidos en detalle. La libertad de pesca fue aceptada en la alta mar como una contrapartida al establecimiento de la zona económica exclusiva, pero debido a las ambigüedades, este problema, a pocos años de haberse adoptado la Convención, ha vuelto a aparecer.

El embajador Yturriaga establece que el mar presencial no es un concepto sino que es una doctrina y desarrolla esta idea es el punto 3º del capítulo IV mencionado, bajo el título "Teoría y práctica de las pescas en las altas mares". Esta doctrina la conecta además con dos recientes conflictos: uno, el conflicto entre Canadá y la Comunidad Europea a raíz de la decisión canadiense de redactar y publicar una legislación en la cual se establecieron ciertos derechos de Canadá sobre la pesca que se hace fuera de las 200 millas, derechos que afectaban un área regulada por la Organización Pesquera del Atlántico Noroccidental (NAFO), ocurrida a partir de mayo de 1994, y dos, la disputa entre Canadá y España a raíz de la captura y retención del buque pesquero español "Estai". El comentario más curioso que hace el autor es de que, al contrario de países como Chile que han elaborado ingeniosas teorías como la doctrina del mar presencial para justificar la extensión de su jurisdicción más allá de sus zonas económica exclusiva, Canadá no se preocupó acerca de los tecnicismos legales y recurrió a la diplomacia de los cañoneros. Es decir, lisa y llanamente, hizo uso de la fuerza.

## V. CONCLUSIONES

1. El concepto del mar presencial tiene existencia legal en nuestra normativa interna. Este concepto legal se ha traducido en una disposición que hace atractiva la pesca en el área que define el mar presencial, lo que se verá facilitado por lo dispuesto en la Ley N° 19.521, publicada en el Diario Oficial N° 35.595 de fecha 23 de octubre de 1997, con relación al uso obligatorio de los posicionadores satelitales en los buques pesqueros que señalaran permanentemente su posición para indicar si están dentro de la zona económica exclusiva, en la alta mar y, lógicamente por ende, en el espacio señalado como mar presencial por la Ley de Pesca y Acuicultura.

2. La definición geográfica del mar presencial chileno permite crear ahora una legislación que favorezca en forma más clara todas las actividades productivas y de investigación, como también de control y vigilancia que permitan cautelar el interés nacional en este espacio. Esta legislación deberá ser preparada en conjunto con todos los grupos interesados en dicha explotación. Especial importancia tendrá a futuro el manejo de esta normativa dentro del marco del acuerdo relativo a la aplicación de la parte XI de la Convención del Mar y su anexo.

3. Para la comunidad internacional, el concepto de doctrina va a concluir en algún momento en la necesidad de convocar a una cuarta convención aclaratoria y de perfeccionamiento de la Ley del mar actualmente en vigencia. Sostengo que Chile debe prepararse para esto, creando un grupo de trabajo altamente especializado y que funcione en forma permanente, pues la dinámica de los acontecimientos va más rápida que las posibles soluciones a los conflictos que ella genera.

4. El derecho internacional marítimo es esencialmente dinámico. La codificación de lo que va constituyendo el derecho consuetudinario requiere de un accionar diario y permanente en los espacios de interés nacional. La dinámica en el uso de los espacios, la incorporación de normas imaginativas a nuestra legislación interna, más la aplicación del concepto en las relaciones internacionales, permitirá producir el convencimiento necesario para buscar mejores soluciones a los problemas que plantea la alta mar, especialmente en las pesquerías que en ella se encuentran. La solución aportada por la Convención de Nueva York es la típica solución de compromiso en donde todas las partes ceden para no quedar en conflicto sin que ninguna quede realmente satisfecha con lo acordado. La disminución de los derechos de soberanía en las 200 millas, representa, a mi juicio, un retroceso grave en los avances que se habían realizado en la Convención del Mar de 1982.

5. Es posible concluir con una definición universal del mar presencial, pudiendo enunciarse ésta como sigue: "Se denomina mar presencial a la zona contigua que existe entre el límite de las 200 millas de zona económica exclusiva y la alta mar adyacente en donde el Estado ribereño tiene intereses especiales que atañen a su desarrollo y seguridad. En ella el Estado ribereño podría ejercer derechos de soberanía bajo el concepto de soberanía de subsistencia".

6. La delimitación geográfica del mar presencial chileno señalado en la ley, abre además una insospechada proyección en caso que el tratado antártico sea objeto a futuro de una transformación o de un cambio, situación que no es de extrañar que ocurra. Así, esta

delimitación ha incorporado como área de interés nacional prioritaria una porción del territorio antártico no antes incorporada a nuestra legislación. Si bien es cierto, en ella se habla de “parte de la alta mar”, al señalar que esta delimitación termina en el Polo Sur, está incorporando todos los espacios marítimos que se encuentran bajo el hielo antártico y que de acuerdo al Tratado son aguas internacionales. Indirectamente se está sugiriendo una corrección a la Declaración del año 1941 sobre el casquete polar antártico chileno que no fue considerado en su época, al no agregar la prolongación del meridiano de la Isla de Pascua como límite oeste de nuestro cuadrante.