

DESVENTURAS CONTEMPORÁNEAS DE LA LIBERTAD DE PESCA EN ALTA MAR¹.

CESÁREO GUTIÉRREZ ESPADA

Catedrático de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales

SUMARIO: I. La libertad de pesca en alta mar. un viejo y respetado principio (...) hasta la década de los sesenta. II. La gran mentira de los ochenta: el Convenio de Naciones Unidas sobre derecho del mar (1982) y la libertad de pesca. III. La crónica, prácticamente, de una muerte anunciada: 1. El Acuerdo de 1995. 2. Los actos unilaterales estatales: A) Chile. B) Argentina. C) Canadá. IV. ¿Alguna enseñanza útil en la sentencia del TSJ (1998) a propósito de la llamada "Guerra del fletán negro" (1995)? V. Conclusión.

"Pero voy a hacerle otra sugerencia. Yo estoy en guerra con los portugueses. *Fuera del límite de las tres millas estaré en aguas internacionales*. Con una patente de corso puedo apoderarme del barco, llevarlo a cualquier puerto y venderlo con su carga (...)

– Dice que a él le tiene sin cuidado lo que pase en el mar entre vosotros y vuestros enemigos. *El mar pertenece a todos (...)*" (Japón, 1600 d. d. C.) (James CLAVELL: *Shógun*, traducción al español del original inglés de 1975, Plaza & Janés, Barcelona, 1987, pág. 348).

I. LA LIBERTAD DE PESCA EN ALTA MAR, UN VIEJO Y RESPETADO PRINCIPIO (...) HASTA LA DÉCADA DE LOS SESENTA.

1. Hace ya muchos, muchos años un pueblo sabio que aun llamando "suyo" al mar (*Mare Nostrum*) supo crear el Derecho, distinguía las "cosas" entre las que son de nadie (*res nullius*) y las que a todos pertenecen (*res communis omnium*). Estas podían ser utilizadas por todos, porque de nadie podían ser propiedad. El mar era, en Derecho

¹Versión escrita y anotada de la ponencia defendida por el autor en la Universidad del Mar. Sección "Derecho del Mar" (Cartagena, 20-24 septiembre), el miércoles 22 de septiembre de 1999.

Romano, una *res communis omnium* por lo que todos tenían derecho a “utilizarlo”, ya a surcar sus azules aguas, a navegar, ya a extraer de él sus frutos, pescando libremente.

El *Mare Nostrum*, tan ferozmente defendido por autores como el holandés GROCIO, venció al *Mare Clausum*. El mar es libre y en él todo Estado, por medio de barcos que enarbolan su pabellón, tiene derecho a navegar y a pescar. Las libertades de navegación y pesca en alta mar se convirtieron en normas no escritas del Derecho internacional, ejerciéndose en toda la alta mar, es decir, en la inmensidad de agua salada que no estaba sometida a la soberanía del Estado ribereño. Estos, en efecto, fueron consolidando su poder, por razones económicas pero sobre todo de defensa y seguridad, sobre una estrecha franja de mar adyacente a sus costas. Sobre el *mar territorial* soberanía estatal, más allá todo el alta mar, *res communis omnium*, libre a la navegación y para la pesca².

2. En abril de 1958, se adoptan en Ginebra como fruto de la primera Conferencia sobre Derecho del Mar cuatro tratados internacionales, los Convenios de Ginebra, dos de los cuales atañen directamente a la pesca: *El Convenio sobre el alta mar* y el relativo *a la pesca y conservación de los recursos vivos del mar*³. Todos ellos fueron debatidos en la Conferencia, tomándose como base el Proyecto de artículos que la Comisión de Derecho Internacional (CDI) de la Organización de Naciones Unidas elaborara a lo largo de tres años y concluyera en 1956⁴.

i) *La Convención de Ginebra sobre alta mar* codifica las normas no escritas (de origen, pues, consuetudinario) existentes sobre el espacio marino denominado, jurídicamente también, como *alta mar*, esto es, “la parte no perteneciente al mar territorial ni a las aguas interiores de un Estado” (art. 1). Si ese régimen jurídico pudiese sintetizarse en una sola palabra esta sería sin duda *libertad*. La Convención de Ginebra, en efecto, declara el alta mar abierto a todas las naciones, a todo Estado, con litoral al mar o sin él, y enumera como “libertades del mar” la libre navegación, el sobrevuelo de sus aguas, el tendido de cables y tuberías submarinas y, por fin llegamos, la libertad de pesca (art. 2.2).

Es decir, más allá del límite en el que acaba el mar territorial de los Estados ribereños, todo Estado, por medio de barcos que enarbolan su pabellón, tiene derecho a pescar sus plateados pobladores. Y puede ser interesante advertir ya (recordar seguramente para muchos de Vds) algo sobre lo que insistiré después: En 1958, y sin existir seguramente una norma general uniforme, la anchura del mar territorial de los Estados no podía, según el Derecho internacional público, exceder como mucho de las

2 Sobre los antecedentes jurídico-internacionales a propósito de la pesca, de su régimen de libertad y de la tendencia hacia su conservación, *vid. ad ex.* CORRAL SUAREZ, M.: *La conservación de los recursos biológicos del mar en el Derecho internacional vigente*, Secretaría de Publicaciones de la Universidad, Valladolid, 1993, págs. 27-38.

3 El primero de 22 de abril, el segundo del 26 (ambos, junto con los otros dos, dedicados, respectivamente al *mar territorial* y *zona contigua* y a la *plataforma continental*, en *BOE* de 27 de diciembre de 1971).

4 “Artículos referentes al Derecho del mar”, en Informe de la CDI a la Asamblea General (doc.: A/3159 y corr.1), *Anuario CDI*, 1956, II, págs. 249 ss (en págs. 250-297).

seis millas marinas (algo menos de doce kilómetros). En la hipótesis, por tanto, de que Lilliput tuviera un mar territorial de seis millas, barcos de Brodbignag, de Paflagonia o de Utopía tenían derecho a pescar, digamos, a seis millas y media de las costas liliputienses, ante, por tanto, si así puedo decirlo, sus lindas y pequeñísimas narices.

ii) Libertad, sí, como Principio-Fuerza, como Eje, del régimen de Ginebra. En este, sin embargo, aparecen ya los primeras síntomas de lo que luego se impondría a sangre y fuego: Una concepción económica de los espacios marinos. Que esto es así lo demuestra la *Convención sobre la plataforma continental*, en la que se crea jurídicamente un concepto nuevo, cuyas primeras aplicaciones se remontan apenas doce años atrás, con las Declaraciones Truman (1945) en los Estados Unidos, la figura de la plataforma continental, sobre la cual se reconocen a los Estados ribereños derechos soberanos para la exploración y/o explotación de los recursos de la plataforma (no vivos, en especial minerales, y aquellas especies vivas sedentarias). Pero que el mar comienza a verse ya como un *réservoir* de recursos naturales también se deduce de lo dispuesto en la cuarta Convención de Ginebra, que se refiere directa y precisamente a *la pesca y conservación de los recursos vivos del mar*.

Esta tiene sus antecedentes en la Conferencia de Roma de 1955, convocada por la Asamblea General de Naciones Unidas, para estudiar los aspectos técnicos y científicos de la conservación de los recursos vivos del mar. En ella, y como la misma CDI reconoce en su Proyecto de artículos, se manifestó “la tendencia de confiar al Estado ribereño el cuidado de vigilar las regiones adyacentes a sus costas y de aplicar en ella medidas de conservación”⁵. A la vista de esta tendencia, la CDI proponía reconocer a los Estados ribereños un interés específico en la conservación de los recursos vivos en zonas de mar (alta mar jurídicamente) adyacentes a su mar territorial. Con base, precisamente, en su *interés específico*, los Estados ribereños, con miras concretas de conservación de las especies y no para otros fines, podrían dictar medidas que supusiesen restricciones evidentes a la libertad de pesca en zonas de alta mar adyacentes a su mar territorial. La CDI, sin embargo, al redactar la parte de su Proyecto que luego se convertiría en el Convenio sobre pesca y conservación de los recursos vivos del mar caminó con pies de plomo, preocupada siempre por respetar al máximo ese viejo principio de que en el alta mar la regla general es que la pesca es libre⁶. Y que la Comisión hizo todo lo posible, aun reconociendo un cierto interés del ribereño en la conservación, en zonas de alta mar adyacentes a su mar territorial, de la pesca, por salvaguardar al máximo posible la libertad de pesca, puede ilustrarse, concretando la idea, en el siguiente dato:

– El Proyecto de la Comisión había previsto, como veremos, que el Estado ribereño pudiera adoptar en el alta mar adyacente a su mar territorial medidas destinadas a la conservación de los recursos vivos incluso unilaterales si las negociaciones con los Estados que habitualmente pescaban especies en esas zonas de alta mar, en orden a fijar

5 Proyecto de artículos..., *Anuario CDI*, 1956, II, pág. 284 (párrafo 11).

6 En este mismo sentido, MESEGUER SÁNCHEZ, J.L.: *Los espacios marítimos en el nuevo Derecho del Mar*, Marcial Pons, Madrid, 1999, pág. 33.

de común acuerdo el contenido de las medidas de conservación, no tenían éxito “dentro de un plazo razonable”⁷.

– En la Conferencia de Ginebra sin embargo, numerosos Estados ribereños, liderados por Méjico⁸, consiguieron hacer triunfar su posición, que consideraba peligrosa para sus derechos ambigüedad tal, y el Convenio, como veremos enseguida, mucho más rotundo, precisa y reduce ese plazo a “seis meses” (enmienda presentada por México y otros diez países, que pasó a figurar en el art. 7.1 del Convenio sobre pesca y conservación de los recursos vivos del mar).

La Convención sobre pesca resultante de la Conferencia de Ginebra limita, sin duda, la libertad de pesca en alta mar al reconocer el “interés especial” del Estado ribereño en el mantenimiento de la productividad de los recursos vivos en el alta mar adyacente en su mar territorial (art. 6.1). En principio, ese interés especial del ribereño debe conjugarse con la libertad de pesca que todos los Estados tienen en alta mar, de ahí que la Convención contemple como salida natural al dilema la negociación entre el ribereño y los Estados que pescan en la zona. Ahora bien, queda claro en la Convención que el ribereño a la postre es quien decidirá el asunto, puesto que, *de una parte*, la Convención prohíbe expresamente a los Estados cuyos nacionales pesquen en zonas de alta mar adyacente al mar territorial del Estado ribereño que adopten medidas de conservación que se opongan a las establecidas por el Estado ribereño (art. 6.4); y, *de otra*, se faculta a este, fracasadas las negociaciones de las que hablé “dentro del plazo de seis meses”, para dictar medidas unilaterales si se ajustan a las condiciones establecidas en el art. 7 de la misma.

En suma, la libertad de pesca en alta mar queda limitada levemente por el hecho de que un ribereño (de acuerdo con él, o sin tal acuerdo en su caso de fracasar las negociaciones) podrá adoptar medidas, que el Estado de pesca tendría que acatar, aún en alta mar, destinadas a mantener la productividad de los espacios: prohibiciones temporales de pesca, limitación de capturas etc. Con todo, estas limitaciones se encuentran rigurosamente controladas por requisitos varios que aminoran su alcance: Las medidas deben tomarse en alta mar, sí, pero en zonas *adyacentes* al mar territorial del Estado ribereño: debe tratarse de medidas claras y directamente conectadas con *la conservación de los recursos vivos*; y en principio, *estas medidas deben ser consensuadas con los Estados de pesca*, y sólo si fracasan las negociaciones podrá el ribereño dictarlas unilateralmente.

Pero, sobre todo, repárese en que el alta mar comienza, en el peor de los casos, más allá de las seis millas marinas contadas desde la línea de base interior del mar territorial: El *interés especial* del ribereño en zonas adyacentes a su mar territorial es, pues, una gota de agua en Todo el Mar del Mundo para pescar libremente.

7 Art. 55 y comentario de su “Artículos referentes al Derecho del Mar”. *Anuario CDI*, 1956, II, pág. 287.

8 Vid. GARCÍA ROBLES, A.: *La Conferencia de Ginebra y la anchura del mar territorial*, México, 1959, págs. 22-23.

En conclusión, el Derecho de Ginebra hace concesiones menores al Estado ribereño, pero son los intereses de los Estados con grandes flotas de pesca a distancia los que, sin duda, priman. Parece, por tanto, acertado afirmar que el viejo principio de la libertad de pesca en alta mar sigue siendo reconocido y básicamente respetado a comienzos de los sesenta.

3. No le duró mucho, sin embargo, ese respeto. Apenas dieciséis años después la situación era ya muy diferente. Cuando a comienzos de los setenta Islandia, seguida de otros muchos Estados, creó una zona exclusiva de pesca del bacalao y el arenque de cincuenta millas, el Gobierno de su Graciosa y Británica majestad, con el Gobierno de la República Federal Alemana a su lado, cuyos pescadores faenaban esas especies en dichas zonas, se dirigieron al TIJ cargados de razón, según creían, se encontraron con una sentencia del mismo, en 1974, en la que el Tribunal afirmaba nada menos:

– *Primero*, que según el Derecho internacional consuetudinario, los Estados tenían soberanía exclusiva a efectos de pesca hasta las doce millas (no ya seis, sino el doble).

– Y, *segundo*, que más allá de ese límite, los Estados ribereños cuya economía dependiera de la pesca de dichas especies, tenían asimismo *derechos preferenciales* de pesca sobre las mismas. Este era el caso de Islandia respecto del bacalao y el arenque. Derechos preferenciales no son derechos exclusivos, ni pueden determinarse unilateralmente por el ribereño, sino que deben compartirse, tras la negociación pertinente, con los Estados de pesca interesados⁹, lo que así ocurrió entre Islandia, el Reino Unido y la República Federal Alemana. En cualquier caso, el resultado de la negociación debe respetar la *preferencia* del Estado ribereño.

Es decir, en 1974 la libertad de pesca aparecía ya notablemente reducida respecto de la situación en 1958. Y sólo se trataba, como enseguida veremos, del principio de una larga (...) zambullida.

II. LA GRAN MENTIRA DE LOS OCHENTA: EL CONVENIO DE NACIONES UNIDAS SOBRE DERECHO DEL MAR (1982) Y LA LIBERTAD DE PESCA.

4. En 1982, tras ocho años de esfuerzo en la III Conferencia sobre Derecho del Mar auspiciada por la ONU, se firma en Montego Bay (Jamaica) el Convenio de Naciones Unidas sobre Derecho del mar, verdadero Código jurídico-internacional sobre los usos del mar que ajustó este Derecho a las nuevas situaciones y que dejó muy atrás el Derecho de Ginebra. La Convención (1982) ha tenido una azarosa andadura, pues hechos varios, que no son del caso ahora, obstaculizaron el consentimiento a sus disposiciones del número requerido de Estados (sesenta) para su entrada en vigor. Finalmente, la nueva versión, llámesela como se la llame, que el Acuerdo de 1994 ha dado de su Parte XI (sobre la Zona Internacional de los Fondos Marinos), ha impulsado

⁹ Sentencia de 25 de julio de 1974. "Asunto de la competencia en materia de pesquerías (fondo)", *CIJ Recueil 1974*, págs. 3 ss., en págs. 29 (párrafo 68), 30-31 (párrafos 69-72) y 32 ss. (párrafos 73 ss).

este proceso; el Convenio de 1982 está en vigor ya y vincula a casi 130 Estados, España entre ellos¹⁰.

El Convenio sobre Derecho del Mar (1982) reitera el principio de libertad de pesca en alta mar. Su artículo 87.1 lo dice claramente: “La alta mar está abierta a todos los Estados, sean ribereños o sin litoral (...)”, y en él los nacionales de todo Estado pueden pescar libremente por medio de barcos que enarbolen su pabellón (art. 116).

5. Sin embargo, el principio se condiciona y limita, tanto en general como respecto de su aplicación en particular a ciertas especies, de tal modo que su reconocimiento, en un marco de conjunto tal como veremos, suena a falso. Tres apartados ilustrarán esta afirmación que acaso, dicha así escuetamente, pudiera parecer rotunda en exceso:

La libertad de pesca en alta mar no es absoluta, sino en términos generales condicionada al respeto de las otras disposiciones de la Convención relativas a la conservación y administración de los recursos vivos del alta mar. Así lo expresa su art. 87.1.e; y el art. 116 lo concreta cuando estipula que el derecho que todo Estado tiene a que sus nacionales pesquen en alta mar queda sujeto al cumplimiento de sus artículos 117 a 120.

Estos imponen a los Estados que ejercen su derecho de pesca en alta mar fundamentalmente dos obligaciones : La de *conservar* los recursos vivos del mar de un lado, y la de *cooperar* con otros Estados para la conservación y administración o gestión de los mismos:

– El deber general de conservación (art. 117) obliga a todo Estado cuyos nacionales pescan en alta mar a adoptar las medidas precisas para asegurar la conservación de los distintas especies, lo que hoy algunos llaman “la explotación o rendimiento sostenible”. El art. 119, por otra parte, especifica los objetivos que esas medidas deben perseguir: Así, el mantenimiento o restablecimiento de las poblaciones de las especies capturadas a niveles que puedan producir ese máximo rendimiento “sostenible”, evitar amenazas para las especies asociadas o dependientes de las que se pesca, con miras a mantener o restablecer sus poblaciones por encima de los niveles en los que su reproducción corra peligro; y todo ello teniendo en cuenta los datos científicos más fiables de los que se disponga. En particular, la Convención (1982) “incita”¹¹ a los Estados a determinar un volumen de “captura(s) permisible(s)” en alta mar (art. 119.1), según las especies; se observará que se trata (esta vez en relación con el mar libre y para todo Estado que en él pesca) de la misma fórmula que la sancionada para la zona económica exclusiva (ZEE en adelante), en la que, empero, la sartén reposa en todísima la longitud de su mango en las firmes manos del Estado ribereño.

– Según el art. 118, la Convención (1982) establece para todos los Estados cuyos

¹⁰ La Convención entró en vigor el 14 de febrero de 1994, contando, a 31 de diciembre de 1997, con 123 Estados partes. Para los textos de Convención (1982) y Acuerdo (1994), BOE de 14 y 13, respectivamente, de febrero de 1997.

¹¹ El término es de PANCRACIO, J.-P.: *Droit international des espaces. Air, mer, fleuves, terre. Cosmos*, A. Colin, París, 1997, pág. 187 (párrafo 659).

nacionales pesquen en alta mar¹² la obligación de *cooperar*, es decir, de celebrar consultas, aportar datos estadísticos sobre capturas (...) y, en definitiva, el deber de negociar las medidas necesarias para llegar a acuerdos que garanticen la conservación y administración de los recursos. Naturalmente, la obligación de los Estados cuyos nacionales pesquen en una misma zona de alta mar o las mismas especies de llegar a acuerdos internacionales en ese sentido, es una obligación *de comportamiento* no de *resultado*, pudiendo, en consecuencia, intentarlo sin éxito y sin que el fracaso (no llegar a la concertación de un tratado) suponga para ellos la violación de norma alguna del Derecho internacional. Como han observado dos internacionalistas argentinos, los Estados no pueden negarse a negociar un acuerdo llegado el caso, pero se observará que el Convenio sobre Derecho del Mar (1982) ni proporciona las pautas para hacer efectiva la cooperación, ni impone la obligación expresa de que se negocie hasta alcanzar el acuerdo, ni prevé, en fin, las consecuencias que se derivarían del fracaso de las citadas negociaciones¹³.

La Convención de Naciones Unidas sobre Derecho del mar (1982) apunta la conveniencia de que la obligación de cooperación a la que acabo de referirme se realice mediante cauces o estructuras permanentes, institucionalizadamente, esto es, por medio de organizaciones internacionales de pesca, ya sean estas mundiales, regionales o subregionales:

– Así, los Estados cuyos nacionales pesquen en alta mar “cooperarán, según procesa, para establecer organizaciones regionales o subregionales de pesca” (art. 118).

– Asimismo, prevé la Convención (1982) que el requerido intercambio de estadísticas (de capturas o esfuerzos de pesca), informaciones científicas y otros datos pertinentes para la conservación de las poblaciones de peces en alta mar, se aportarán e intercambiarán periódicamente por conducto de las organizaciones internacionales competentes –sean subregionales, regionales o mundiales–, cuando proceda, y con la participación de todos los Estados interesados” (art. 119.2).

De este modo, las organizaciones regionales o subregionales son, parece, el medio ideal de cooperación en este asunto, del mismo modo que cuanto mayor sea su institucionalización y mayores sus facultades normativas, escriben con razón REY CARO y MARCIONNI, mejores probabilidades habrá de que se materialice la

12 Y según Rafael CASADO RAIGÓN, esta obligación se extiende también para los Estados ribereños, aunque estos últimos no se mencionen de forma expresa en los arts. 117 a 120 (“El Derecho de pesca en alta mar y sus últimos desarrollos”, *Cursos de Derecho internacional de Vitoria-Gasteiz 1995*, Servicio Editorial de la Universidad de País Vasco-Tecnos, Bilbao-Madrid, 1996, págs. 97-135, en pág. 108).

Al menos, lo que sí parece claro es que esa obligación de cooperación existe para el Estado ribereño en los casos de las especies transzonales, la altamente migratorias y aún las especies anádromas (véanse los arts. 63.2, 64 y 66).

13 REY CARO, E.J.: “La conservación de los recursos vivos de la alta mar y las nuevas tendencias de la legislación en América latina”. Anteproyecto del informe presentado en el XVIII Congreso del IHLADI, *Anuario IHLADI*, 12 (1995), págs. 99-162, en pág. 139; REY CARO, E.J. y MARCIONNI, N.D.: *Evolución de las pesquerías en el Derecho internacional. Una perspectiva argentina*, Editora Marcos Lerner, Córdoba (República Argentina), 1998, págs. 86-87.

cooperación en los términos previstos por la Convención (1982)¹⁴. No parece, con todo hasta el momento al menos, que las Organizaciones regionales existentes hayan sido particularmente eficaces: En unos casos, ello se debe a que son numerosos los Estados con flotas de pesca a distancia que permanecen al margen de las mismas; en otro, porque algunas de las Organizaciones en cuestión han reflejado tradicionalmente los intereses de los Estados ribereños que *explotan* los recursos, pretiriendo la función de *conservación y administración*; y en algunos supuestos, como, por qué no decirlo ya, en el de la Organización de Pesquerías del Atlántico Noroeste (NAFO), es un Estado ribereño (Canadá) el que controla la Organización y supedita su funcionamiento a sus intereses particulares (como a propósito de la “guerra del fletán negro” a la que me refiero *infra* en el apartado 3.2.c)¹⁵. De todos modos, son muy numerosas hoy estas Organizaciones, estando prácticamente cubiertas por ellas todas las zonas de la alta mar. De entre ellas, sólo la Comisión Ballenera Internacional (CBI) tienen un alcance mundial, con área de competencia referida a todas las aguas en las que la ballena es objeto de caza; del resto, la mayoría limita sus competencias a áreas concretas de un mar u océano. Por especies, la mayor parte de las organizaciones internacionales de pesca existentes se ocupa de todos los recursos marinos vivos, aunque de hecho, en la prácticas, algunas centran sus actividades en especies altamente migratorias o en poblaciones transzonales; las demás limitan sus competencias, en el texto de sus tratados constitutivos, a especies altamente migratorias, poblaciones anádromas o mamíferos marinos.

Es decir, la Convención sobre Derecho del Mar de 1982 reconoce a todo Estado la libertad de pesca en alta mar pero simultáneamente modula este principio, con el recordatorio a los Estados de que su libertad se integra en un marco de disposiciones más amplio referido también a “la conservación y gestión” de los recursos vivos del alta mar. Este enfoque revela, en recientes palabras de un internacionalista francés, “hasta qué punto la libertad de pesca en alta mar se concibe en adelante por el Derecho internacional no como el disfrute de un derecho, sino asimismo como el cumplimiento de una función”¹⁶. Es decir, en el ejercicio de su libertad de pesca, los Estados deben conservar y gestionar *pro communitate* los recursos vivos del mar con el fin de asegurar su explotación sostenible y que sigan aquí para beneficio de las generaciones venideras¹⁷.

14 *Op. cit.* (nota 13), págs. 80-81; anteriormente el profesor REY CARO había mantenido, en solitario entonces, estas ideas: “La conservación...” *cit.* (nota 13), págs. 134-135.

15 CASADO RAIGÓN, R.: *La pesca en alta mar*. Junta de Andalucía. Sevilla, 1994, pág. 54; ID.: *Op. cit.* (nota 12), págs. 114-117; YTURRIAGA BARBERÁN, J.A. de: *Ambitos de jurisdicción en la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del mar. Una perspectiva española*, Ministerio de Asuntos Exteriores, Secretaría General Técnica, Madrid, 1996, pág. 359; ID.: *The international regime of fisheries from U.N.C.L.O.S. 1982 to the presential sea*, M. Nijhoff, La Haya-Boston-Londres, 1997, pág. 162; REY CARO y MARCIONNI: *Op. cit.* (nota 13), págs. 87-88.

Sobre las Organizaciones de pesca existentes y sus competencias, REY ANEIRO, A.: “La situación actual de las Organizaciones internacionales de pesquerías en el régimen jurídico de la pesca en alta mar”. *Noticias de la Unión Europea*, nº 161, 1998, págs. 95-105.

16 PANCRACIO: *Op. cit.* (nota 11), pág. 186 (párrafo 658).

17 Sobre el interés general de la *comunidad internacional* en la conservación y gestión de los recursos vivos de la alta mar, que debería articular un equilibrio entre la libertad de pesca y una pesca “responsable”, *vid. ad ex.*

No, la libertad de pesca no es absoluta, sino que ha sido escrupulosamente mitigada por la idea de solidaridad: El párrafo 2 del art. 87 del Convenio (1982) lo compendia con sobriedad: Las libertades del mar “serán ejercidas por todos los Estados teniendo debidamente en cuenta los intereses de otros Estados en su ejercicio de la libertad de la alta mar”.

6. La libertad de pesca en alta mar se ve, además, restringida en concreto en relación con determinadas especies: En unos casos, porque la Convención (1982) excluye abiertamente la posibilidad de capturarlas aun en alta mar; en otros porque su pesca por los nacionales del Estado de pabellón del barco se ve condicionada (en algún supuesto incluso severamente) por los intereses del Estado ribereño. Veámoslo:

i) El Convenio prohíbe indirectamente la pesca en alta mar de las *especies catádromas*. Estas son las que naciendo en alta mar, emigran hacia las aguas dulces en las que cumplen su ciclo vital para volver a morir a mar abierto. Se trata de especies que efectúan un recorrido (*dromos*) hacia abajo (*katá*), de los ríos hacia el mar. Son las anguilas fundamentalmente (las angulas en una de sus fases de crecimiento). No es que las disposiciones del Convenio (1982) reguladoras del régimen del alta mar (arts. 86-120 y, más en concreto, 116-120) se prohíba expresamente en disposición alguna directa la pesca en esa zona de las especies catádromas, pero sí declara (art. 116) que el ejercicio de la libertad de pesca en alta mar por cualquier Estado está sujeto al respeto por estos de los derechos y deberes así como de los intereses del Estado ribereño de conformidad con los arts. 63.2 y 64 a 67. Pues bien, el art. 67 del Convenio (1982), que forma parte de la regulación que se da en ella otro espacio marino, bien conocido por lo demás, la ZEE, se refiere, precisamente, a las especies catádromas, respecto de la que se establece que su pesca sólo es posible en la ZEE, ya del Estado de origen ya de otro Estado; no se plantea siquiera (como sí se hace, por ejemplo, en el art. 66, que regula la pesca de lea *especies anádromas*, en las que el Estado ribereño es asimismo como veremos determinante) la posibilidad de su pesca más allá de la ZEE, con lo que parece clara la exclusión de esta última posibilidad y, en consecuencia, una importante excepción al conocido principio de que en alta mar pesca quien quiere y lo que quiere¹⁸.

ii) La libertad de pesca que todo Estado tiene en alta mar se ve severamente

SOBRINO HEREDIA, J.M.: “La cooperación internacional en la conservación y gestión de los recursos pesqueros del alta mar”, *Cursos Euromediterráneos Bancaja de Derecho Internacional*, vol. II (1998), págs. 429-525, en págs. 504 ss., 508 ss; ID.: “La progresiva reducción del principio de libertad de pesca”, págs. 94-106 (aparecido al corregir estas pruebas en *Cuadernos de Derecho Pesquero*, Fundación Pedro Barrié de la Maza, nº 1, A Coruña, 2000, págs. 76-107).

18 En este mismo sentido, J.L. MESEGUER SÁNCHEZ: “la especialidad de este régimen [de pesca] ‘a partir del límite exterior del la ZEE’ (...) consiste en la alteración, a favor del Estado ribereño responsable, de la libertad de pesca de estas especies en alta mar (...); es decir, supone una ‘territorialización’ de la alta mar respecto de estas especies” (*Op. cit.* en nota 6, págs. 307 y 306); y más rotundamente aún CASADO RAIGÓN: El principio de libertad de pesca “queda totalmente derogado” (*Op. cit.* en nota 15, pág. 29), o “una absoluta excepción a la libertad de pesca en alta mar, aunque no una prolongación de la jurisdicción del ribereño, la constituye el art. 67 (...) ya que su pesca [la de las especies catádromas], sin excepciones, únicamente se realizará en zonas económicas exclusivas” (*Op. cit.* en nota 12, págs. 110-111).

condicionada (supeditada sería, quizás, el término más preciso) a los intereses del Estado ribereño en el caso de las *especies anádromas*, esto es, aquellas que como el salmón, por ejemplo, naciendo en las aguas dulces de los ríos se desplazan de inmediato al mar abierto, en el que viven, para volver a desovar (y morir) haciendo un recorrido (*dromos*) hacia arriba (*aná*), hacia las aguas dulces de los ríos. La pesca en alta mar de estas especies, recordemos de nuevo el art. 116 del Convenio (1982), está sujeta al respeto de los intereses del ribereño de conformidad con los arts. 63.2 y 64 a 67. En el art. 66, el Convenio (1982) se refiere a las especies anádromas, respecto de las cuales determina, primero, que el Estado ribereño en cuyos ríos estas especies nacen o desovan es el principal interesado y responsable de su conservación; y, segundo, que como regla general esas especies sólo pueden ser pescadas (como en el caso de las catádromas) en la ZEE del ribereño. Únicamente hay una excepción a esta regla (excepción, recuérdese, que no se daba en el caso de las especies catádromas): Cuando su aplicación acarrea perturbaciones económicas a un Estado distinto del Estado de origen; en este caso, el ribereño deberá consultar con el Estado interesado para determinar las modalidades y condiciones de la pesca más allá del límite exterior de la ZEE. Esto es, en el supuesto en que un Estado tenga intereses económicos claros en la pesca de estas especies, no queda excluida su pesca por él en alta mar, pero la libertad resulta enormemente distorsionada en la medida en que cuando el ribereño determine las condiciones o modalidades de pesca de las mismas (vga. fijando su “máxima captura permisible”), en consulta, sí, con el Estado interesado, habrá de tener “debidamente en cuenta las exigencias de la conservación de estas poblaciones y las necesidades del Estado de origen en relación a estas especies” (art. 66.3.a): ¿Claro no?: El ribereño manda, incluso en alta mar sobre los salmones de sus ríos. Tiene razón, entonces, Rafael CASADO cuando considera que el art. 66 no sólo implica una limitación (severa añado yo) a la libertad de pesca sino también “una clara prolongación de la jurisdicción del Estado ribereño más allá de su zona económica exclusiva”¹⁹.

Me gustaría advertir en todo caso que para un sector doctrinal las disposiciones del Convenio (1982) sobre las especies anádromas (art. 66), y también sobre las catádromas (art. 67), “difícilmente pueden ser consideradas la expresión de un Derecho consuetudinario”²⁰. Pero la entrada en vigor, por fin, de la Convención así como su previsible aceptación generalizada corren, y lo hacen raudamente, en contra de estas dudas.

7. Por último, la libertad de pesca en alta mar se ve matizada también en el caso de las *especies altamente migratorias* (arts. 116 y 64) y de las llamadas *transzonales* (arts. 116 y 63.2). Examinémoslas por separado:

i) Las *especies altamente migratorias* agrupan a aquellas poblaciones de peces que recorren a lo largo de su ciclo biológico las aguas de muchos Estados y de la alta mar, y

19 CASADO RAIGÓN: *Op. cit.* (nota 12), pág. 110.

20 REY CARO y MARCIONNI: *Op. cit.*, (nota 13), pág. 74.

no siempre del mismo océano: Por su importancia económica destaca el atún²¹, pero pueden citarse también el emperador o pez espada, el tiburón oceánico y los cetáceos (especies, todas estas, que se mencionan en el Anexo I del Convenio de 1982).

Especies así no tienen sino un vínculo meramente accidental con un determinado Estado ribereño por lo que en relación con ellas “la lógica de las 200 millas de zona económica suscita la máxima perplejidad”²². Es comprensible, por tanto, que Estados haya habido que sugieran un régimen especial de cooperación internacional para estas especies, que las “sacaría” del ámbito de la jurisdicción exclusiva sobre los recursos vivos propio de la ZEE; Estados Unidos de América, por ejemplo, lo propuso en el marco de los primeros trabajos preparatorios de los que luego sería la III Conferencia de Naciones Unidas sobre Derecho del Mar²³.

No se hizo así, y la Convención (1982) reguló el tema exigiendo a los Estados ribereños y a todo Estado que pesque especies de esta naturaleza en el alta mar adyacente a una ZEE la obligación de cooperar ya directamente ya por medio de organizaciones internacionales apropiadas para la conservación y utilización óptima de dichas especies en toda la región. Es decir, los Estados no pueden sin más ejercer la libertad de pesca de las especies altamente migratorias en alta mar sino que lo harán según modalidades determinadas de acuerdo con los demás Estados y el Estado ribereño; hay pues limitaciones de este viejo principio también. Se observará que la obligación de cooperación se caracteriza por varias notas: *En primer lugar*, es imperativa (“cooperarán” es el término que utiliza el art. 64); *en segundo lugar* se da una opción a los Estados interesados en llevar a cabo esta obligación ya directamente ya previa la creación de una Organización internacional permanente; *en tercer lugar*, esos Estados interesados son tanto todos aquellos que pesquen las especies en alta mar, más allá pues del límite exterior de la ZEE, como el Estado ribereño; *en cuarto lugar*, la cooperación no solo tiene el objetivo de la conservación sino de la utilización óptima lo que le da una amplitud considerable; y *en quinto y último lugar*, la obligación de cooperar se predica de “toda la región” abarcando por tanto la ZEE como el alta mar. No es que el ribereño

21 Aprovechando que el Pisuerga pasa por Valladolid, podría recordarse que la protección del atún rojo ha sido uno de los componentes básicos para que España creara por RD 1315/1997, de 1 de agosto (BOE del 26) una zona de jurisdicción exclusiva de pesca de hasta 49 millas en el Mar Mediterráneo (vid. los comentarios que sobre la misma ha efectuado BLAZQUEZ PEINADO, D.: “El Real Decreto 1315/1997 de 1 de agosto, por el que se establece una zona de protección pesquera en el Mar Mediterráneo”, *Revista Española de Derecho Internacional*, XLIX (1997), n.º 2, págs. 334-339).

22 Tullio SCOVAZZI: “Il regime giuridico di alcune specie marine migranti”, *Rivista di Diritto Internazionale*, LXVI (1983), n.º 4, págs. 826-843, en pág. 833.

23 Proyecto sobre la anchura del mar territorial, los estrechos y las pesquerías (doc.: A/AC.138/SC.II/L. 4, de 25 de agosto de 1971), art. III.2-C y 3-A (en *Informe de la Comisión de Fondos Marinos*, Naciones Unidas, Nueva York, 1971, págs. 225-226).

Sobre los intereses de los Estados Unidos acerca de estas especies, en particular sobre el atún, vid. *ad ex*. FROMAN, D.: “The 200-mile EEZ: Death knell for the american tuna industry”, *San Diego Law Review*, 13 (1976), págs. 707-741; BURKE, W.T.: “Highly migratory species in the new law of the sea”, *Ocean Development and International Law*, 14 (1984), n.º 3, págs. 273-314.

no tenga derechos soberanos en su ZEE sobre las especies migratorias, que los tiene²⁴, pues a fin de cuentas así lo dice el mismo art. 64.2 (que prevé su aplicación “conjuntamente con las demás disposiciones de esta parte”, es decir, de la ZEE), pero en todo caso esos derechos sobre esas especies en su ZEE deben modularse con la obligación de cooperación, del mismo modo que se modula la libertad de pesca de las mismas por parte de los otros Estados en alta mar; por ejemplo: Si las modalidades de pesca de esas especies (tanto en alta mar como en la ZEE) deben, pues, ser fijadas colectivamente, sólo el Estado ribereño es competente para permitir a barcos con pabellón extranjero la pesca de las mismas en su ZEE.

El art. 64 no concede, pues, derecho preferencial alguno a los Estados ribereños sobre las especies migratorias más allá de su ZEE, pero la libertad de pesca en alta mar debe modularse por el principio de cooperación; asimismo, el art. 64 tampoco concede a cualquier Estado el pescar estas especies en la ZEE del ribereño sin su acuerdo, siguiendo este siendo el soberano de la misma, pero su soberanía se encuentra atemperada por la obligación de cooperación. Dicho de otro modo, el art. 64 ha intentado conciliar los intereses de los Estados ribereños y de los Estados de pesca a distancia sobre las especies que en rigor no son ni de uno ni de otro mediante un llamamiento a la cooperación internacional y la sucinta referencia a las vías a seguir para lograr un marco de cooperación institucionalizada²⁵, pero deja indefinidas las medidas de ordenación de esas especies tanto en la alta mar como en la ZEE, y, sobre todo, diría yo, guarda un ominoso silencio sobre qué ocurre si no se coopera; en suma, ambigüedad pura y dura²⁶.

Puede ser de interés reseñar, por último, que práctica convencional contemporánea (1987, 1990) revela una clara tendencia a que el Estado ribereño controle la pesca de las especies migratorias tanto en su ZEE como en el alta mar adyacente a la misma,

24 En este mismo sentido, por ejemplo, FLEISCHER, C.A.: “The right to 200 mile EEZ or a special fishery zone”. *San Diego Law Review*, vol. 14 (1977), págs. 256 ss.

25 En la actualidad existen varias Organizaciones internacionales regionales de especies altamente migratorias: La Comisión Interamericana del Atún tropical (CIAT, Convenio de Washington de 31 de mayo de 1949), la Comisión Internacional para la Conservación del Atún del Atlántico (ICCAT, Convenio de Río de Janeiro de 14 de mayo de 1966), la Organización del Pacífico Oriental para la pesca del Atún (WIOFO, Convenio de Lima, 21 de julio de 1990), y la Comisión del Atún del Océano Índico Occidental.

26 *Vid. ad ex.* MUNRO, Gordon R.: “Extended jurisdiction and management of Pacific highly migratory species”, *Ocean Development and International Law*, vol. 21 (1990), págs. 293 ss.; REY CARO y MARCIONNI: *Op. cit.* (nota 13), págs. 82-83.

José Luis MESEGUER SÁNCHEZ, en un intento (preciso y riguroso como es) de sacudirse la incómoda sensación de no saber a qué carta quedarse, afirmó en su día que en este punto las disposiciones del Convenio sobre Derecho del mar de 1982 se fundan en dos principios: De un lado, el que consagra los derechos soberanos del ribereño sobre dichas especies en su ZEE, y, de otro, el que consagra una imperativa obligación de cooperación entre todos los Estados interesados: hacer prevalecer uno u otro implicaría, según el jurista cartagenero, escupir sobre la tumba (las expresiones son mías) del alma misma del régimen especial consagrado para las especies altamente migratorias en el art. 64. “caracterizado por la reunión de ambos elementos, de manera que cada uno de ellos represente el límite del otro” (“La cooperación internacional para la ordenación del atún en el Océano Atlántico”, *Ensayos en memoria de Jean Carroz. El Derecho y el Mar*, FAO, Roma, 1987, págs. 121-138, en pág. 134).

tendencia que “roe”, más allá de lo dispuesto en la Convención de 1982, la libertad de pesca de las citadas especies en alta mar²⁷.

ii) La Convención (1982) matiza o limita también la libertad de pesca en alta mar de las denominadas especies *transzonales*, casi, me atrevería a decir, en homenaje a Henry JAMES, “con una vuelta de tuerca” más que lo previsto para las especies altamente migratorias. Las poblaciones de peces transzonales son aquellas que en su ciclo biológico se encuentran a caballo entre la ZEE que acaba en las doscientas millas y está sometida a la soberanía económica exclusiva del Estado ribereño, y el alta mar en la que rige la libertad de pesca; como el fletán, que originó en 1995 un serio conflicto entre Canadá y España de un lado y Canadá y la Unión Europea en su conjunto de otro.

En la III Conferencia sobre Derecho del mar algunos Estados con amplios y abiertos litorales y, por tanto, con generosas ZEE, deseaban que el Convenio (1982) declarara el *interés especial* (o los *derechos preferenciales* si se prefiere) del Estado ribereño en la conservación de los espacios transzonales en zonas de alta mar adyacentes a su ZEE; en la misma fase final de la Conferencia, ocho de esos Estados presentaron una enmienda formal a lo que luego sería el art. 63.2 del Convenio (1982) en la que se pretendía asumir ese interés especial del ribereño en la conservación y administración de las especies transzonales en alta mar, y que sólo en última instancia estos, a petición expresa del Presidente de la Conferencia, aceptaron no someter a votación²⁸. La doctrina del *interés especial* o de los *derechos preferenciales* del ribereño sobre estas especies ha sido defendida doctrinalmente²⁹, sin que en principio parezca aberrante: A fin de cuentas, podría pensarse, ¿no se reconoció ya la figura del *interés especial* del ribereño nada menos que en 1958 sobre los recursos vivos del alta mar, permitiéndosele incluso la

27 El Tratado de pesca de 2 de abril de 1987 (Port Moresby), concertado por Estados Unidos con diversos Estados insulares del Pacífico (dieciséis nada menos: Australia, islas Cook, islas Marshall, islas Salomón, Fiji, Kiribati, Micronesia, Nauru, Nueva Zelanda, Niue, Palao, Papúa-Nueva Guinea, Samoa Occidental, Tonga, Tuvalu, Vanuatu), se crea una Zona (definida por coordenadas geográficas) que comprende tanto la ZEE como partes del Alta Mar; Estados Unidos de hecho parece renunciar a la libertad de pesca de esas especies en alta mar, dado que acepta un sistema único de licencias del Estado ribereño para la pesca en toda la “zona del tratado” (*Naciones Unidas. Boletín de Derecho del mar*, nº 10, pág. 26). Sobre el mismo *vid. ad ex.* TREVES, T.: “Codification du Droit international et pratique des Etats dans le Droit de la mer”, *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* (en adelante *Recueil des Cours*), 223 (1990-IV), págs. 9-302, en págs. 230 ss.

Asimismo, el Convenio de Lima de 21 de julio de 1990, que creó la Organización del Pacífico Oriental para la Pesca del Atún prevé, a su vez, un sistema de licencias aplicables a la pesca en partes de alta mar, que otorga la facultad decisiva en la materia a los Estados ribereños (*vid. ad ex.* PULVENIS, J.-F.: “Vers une emprise des Etats riverains sur la haute mer au titre des grands migrants?”. *Le régime international de la pêche du thon dans le Pacifique oriental*”, *Annuaire Français de Droit International*, XLV (1989), págs. 791-806).

28 Enmienda de Australia, Cabo Verde, Filipinas, Islandia, Santo Tomé y Príncipe, Senegal y Sierra Leona. doc.: A/Conf. 62/L. 114, de 13 abril 1982 (*Documentos oficiales de la tercera Conferencia de Naciones Unidas sobre Derecho del Mar*, Naciones Unidas, Nueva York, 1984, vol. XVI, pág. 232).

29 *Ad ex.* ORREGO VICUÑA, F.: “De Vitoria a las nuevas políticas de conservación y aprovechamiento de los recursos vivos del mar”, *La Escuela de Salamanca y el Derecho internacional en América*, Asociación de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales, Salamanca, 1993, págs. 139-153, en págs. 147 ss; LUCCHINI, L.: “La loi canadienne du 12 mai 1994: La logique extrême de la théorie du droit préférentiel de l'Etat côtier en haute mer au titre des stocks chevauchants”, *Annuaire Français de Droit International*, XL (1994), págs. 864-875.

adopción de medidas unilaterales? (*supra* párrafo 2); ¿por qué ahora no vamos a hacer lo propio, precisamente cuando la tendencia a la “territorialización” de los espacios marinos es la regla?. Sí, sin duda, pero entre ambas situaciones hay una importantísima diferencia que no deberíamos olvidar: En 1958, el ribereño sólo tenía una franja de soberanía (económica también) de como máximo seis millas, es decir, sobre su mar territorial, pero en 1982, la Convención reconoce jurisdicción exclusiva en materia de exploración y explotación de los recursos ¡hasta las doscientas millas!, sobre su ZEE; ¿no hay diferencia entonces?.

De reconocerse ese *interés especial* del ribereño, dos concreciones básicas de alcance serían deducibles: De un lado, las medidas de conservación que se adopten en alta mar entre todos los Estados interesados a propósito de las especies transzonales deberían ser conformes con las del Estado ribereño en su ZEE a propósito de esas mismas especies; y, de otro, de no llegarse a un acuerdo, el ribereño podría imponer en alta mar medidas unilaterales sobre la conservación de las mismas.

La Convención (1982) finalmente no reconoce interés preferente o especial alguno del Estado ribereño sobre las especies transzonales en el alta mar adyacente a la ZEE, pero impone a todos los Estados que pesquen en alta mar las mismas y al Estado ribereño a “procurar” cooperar en orden a dictar las medidas de conservación de las mismas (art. 63.2); repárese en que los términos son exhortatorios no imperativos (como ocurría respecto de las especies migratorias)³⁰; *procurar* una cooperación es, al menos, según mi criterio, intentarla, aunque eso no implique el que la negociación tenga forzosamente que tener éxito; un sector doctrinal liga esta exigencia de abrir negociaciones con el principio de buena fe que la Convención (1982) consagra expresamente en su art. 300³¹. El art. 63.2, como en el art. 64 ya comentado, explicita asimismo la vía directa o a través de Organizaciones internacionales las opciones en las que la cooperación puede articularse.

Es importante recalcar la absoluta igualdad con que los arts. 116 y 63.2 del Convenio (1982) consideran al Estado ribereño y a los Estados de pesca en alta mar. En modo alguno se deduce del art. 63.2 un *interés preferente* del Estado ribereño que llevara por ejemplo a que en el ejercicio de su derecho de pesca en alta mar, los Estados terceros tuvieran que respetar las medidas de conservación que sobre las especies transzonales hubiere dictado unilateralmente en su ZEE el Estado ribereño³². En ningún caso, y únicamente una incitación a la cooperación (ya directa ya por medio de organizaciones internacionales) en pie de igualdad y dirigida tanto a los ribereños como a los Estados que pescan en alta mar las especies en cuestión, es todo el jugo que puede extraerse del art. 63.2 citado. La Convención (1982), en concreto, calla como un muerto sobre el

30 ORREGO VICUÑA, F.: “La zone économique exclusive: Régime et nature juridique dans le Droit international”, *Recueil des Cours*, 199 (1986-IV), págs. 9-170, en págs. 61-62.

31 *Ad ex.* YTURRIAGA BARBERÁN: *Ámbitos...* cit. (nota 15), pág. 127; *ID.*: *The international...* cit. (nota 15), pág. 160.

32 MESEGUER SÁNCHEZ, J.L.: “Le régime juridique de l’exploitation de stocks communs de poissons au-delà des 200 milles”, *Annuaire Français de Droit International*, XXVIII (1982), págs. 885-899, en pág. 899.

régimen a aplicar si la cooperación no fructificara: Llegado a asunto tal, ¿no sería lo más lógico pensar que el Estado ribereño mandará sobre las especies transzonales en su ZEE, pero que más allá y en relación con las mismas el Estado del pabellón del barco pesquero es la ley?

Problema distinto, mucho me temo, que comienza a haber práctica (rechazada es verdad por los Estados de pesca de altura, contraatacan algunos autores)³³, actos unilaterales y convenios internacionales tanto de carácter bilateral como multilateral, que va calando psicológicamente en el espíritu de los intérpretes y estudiosos en un sentido favorable al Estado ribereño: Aparte de los datos que se mencionan *infra* (apartado III), puede recordarse aquí que en los citados acuerdos de Port Moresby (1987) entre Estados Unidos y varios Estados insulares del Pacífico, o en el Convenio de Lima (1990) que creó la Organización del Pacífico Occidental para la Pesca del Atún, o en un acuerdo bilateral soviético-estadounidense de 1988, se reconoce el interés especial del ribereño sobre las especies transzonales en zonas de alta mar adyacentes a su ZEE. Y, sobre todo, equivocado o no, si el Acuerdo de 1995 al que me referiré enseguida se consolida, la Convención (1982), en particular su art. 63.2. dirá lo que en dicho Acuerdo “interpretativo de la misma” se dice que la Convención de 1982 establece (...), es decir, derechos preferentes del Estado ribereño en alta mar para la conservación (y aún más) de las especies a caballo entre su ZEE y allende ella (¿no escribió PIRANDELLO “Así es si así os parece?”).

8. En suma, el Convenio (1982), que da con una mano (cuando ratifica que en alta mar hay libertad de pesca) lo que quita con otra (cuando *reglamenta* esa libertad con obligaciones concretas para quienes la disfrutan, *excluye* esta en el caso de especies determinadas y la *limita* respecto de otras).

Pero que este principio resulta, dice el recio refrán patrio, “tras cornudo apaleado” puede comprenderse meridianamente cuando reparamos en la reflexión siguiente: Según la Convención de 1982, en alta mar hay libertad de pesca; ¿pero a qué ha quedado reducido el alta mar?: Al agua marina más allá (...) de las doscientas millas de ZEE; ¿y hay especies más allá de las doscientas millas?: Pocas; pues bien, estas pocas se excluyen de la libertad de pesca (las catádromas) o casi (las anádromas), o esta libertad se limita (migratorias y transzonales) clarísimamente por la obligación de cooperación.

Item más: El Convenio (1982), precisamente en esta cuestión crucial, no da suficiente seguridades jurídicas³⁴, pues las disposiciones relativas a las especies migratorias y transzonales son insuficientes y ambiguas. Todos estábamos de acuerdo en la conveniencia de precisarlas y concretarlas, en el entendido de que estos nuevos desarrollos debían ser compatibles con el Convenio-madre y el principio de equilibrio

³³ Por ejemplo, MESEGUER SÁNCHEZ cit. (nota 32), pág. 891; TREVES: “Codification ...” cit. (nota 27), págs. 230 ss.

³⁴ Daniel VIGNES ha destacado que en tres cuestiones fundamentales la Convención de 1982 no ofrece seguridad bastante: Una de las que cita se refiere, precisamente, a los problemas de la pesca en alta mar (“La Convention sur le Droit de la Mer repond-elle à l’attente?”). *Studia Diplomatica*, 1994, n° 6, págs. 29 ss. en 50 ss.).

entre Estados ribereños y libertades de pesca en alta mar. No ha sido así, como veremos.

III. LA CRÓNICA, PRÁCTICAMENTE, DE UNA MUERTE ANUNCIADA.

9. El fracaso que algunos Estados ribereños, liderados por Argentina y Canadá, tuvieron en la III Conferencia, al no conseguir que el Convenio (1982) de ella resultante recogiera el derecho *preferente* de esos Estados en la conservación y gestión de especies como las transzonales o migratorias en el alta mar adyacente a su ZEE, lejos de desanimarlos les impulsó, motivados, por lo demás, por la imprecisión y parquedad con que en el Convenio sobre Derecho del Mar se regula esta cuestión (arts. 63 y 64), a intentarlo en otros frentes. En dos, diría yo:

– *De una parte*, luchando por conseguir un tratado internacional multilateral que desarrollara esas disposiciones, siguiendo un enfoque similar al Acuerdo de 1994 sobre la Parte XI del Convenio de 1982; el modelo era perfecto para armonizarlo con sus intereses reales: Re–interpretar, por medio de un nuevo tratado, los arts. 63 y 64 de modo favorable a sus tesis de siempre.

– *De otra*, provocando el inicio, con la realización de actos unilaterales en este sentido, de un proceso (análogo al que originara en su día las “zonas exclusivas de pesca” y a la larga la misma “ZEE”) generador de normas generales no escritas que reconociesen el *interés especial* del ribereño sobre el alta mar más allá de sus doscientas millas de ZEE.

Ambos intentos ya se han llevado a cabo: El primero con el Acuerdo de 1995 al que me refiero enseguida; el segundo, con la adopción de leyes y normas reglamentarias por Chile, Argentina y Canadá en la misma línea. Uno y otro fenómeno relatan “la crónica de [esa] muerte anunciada” de la que escribió GARCÍA MÁRQUEZ. Y si en estos momentos fuese yo una walkiria de las del siglo V después de Cristo y tuviera que señalar con mi lanza al guerrero digno de servir al Dios Wotan, lo que al parecer y por magia no explicada era funesto para él, pues perecía en la batalla ineluctablemente, lo haría sin dudar, puesto que de “muerte anunciada” he hablado, sobre el viejo principio de la libertad de pesca en alta mar.

3.1. EL ACUERDO DE 1995 SOBRE LAS ESPECIES MIGRATORIAS Y TRANSZONALES

10. Canadá, adoptado el Convenio sobre Derecho del mar (1982), trabajó infatigablemente en cuanto foros internacionales tuvo posibilidad de hacerlo para hacer triunfar sus ideas al respecto. El más importante de ellos fue la Conferencia de Río de Janeiro, auspiciada por la ONU, sobre Medio Ambiente y Desarrollo (junio-agosto 1992). En el Informe final de la misma se dedicó un Capítulo (sobre “la protección de los océanos y mares de todo tipo (...) y de las zonas costeras, y protección, utilización racional y desarrollo de sus recursos vivos”) en el que figuraba un texto de compromiso entre las posiciones de Canadá y otros Estados, que sugerían la convocatoria de una Conferencia *para revisar* entre otros el art. 63 del Convenio sobre Derecho del Mar de

1982, y los que, espoleados por España entre otros, se oponían a alterar una coma del *statu quo* contenido en ese Convenio. El texto adoptado pedía la rápida convocatoria, bajo los auspicios de la ONU, de una Conferencia internacional con el fin de adoptar medidas para el cumplimiento efectivo de las disposiciones del Convenio (1982) sobre las especies transzonales y migratorias, así como mejorar la cooperación entre los Estados, en el entendido de que esas medidas serían enteramente compatibles con las estipuladas en aquél³⁵.

La Asamblea General de Naciones Unidas convocó en 1992 esa Conferencia, con un mandato preciso: Identificar y valorar los problemas existentes respecto de la conservación y gestión de las poblaciones de peces transzonales y altamente migratorias; examinar las medidas posibles para mejorar la cooperación pesquera entre los Estados; y formular, en fin, las recomendaciones adecuadas³⁶.

La Conferencia inició sus sesiones en abril de 1993, reuniéndose varias veces al año desde entonces hasta concluir su sexto período de sesiones el 4 de agosto de 1995³⁷ con la adopción del *Acuerdo a los fines de la aplicación de las disposiciones del Convenio de Naciones Unidas sobre Derecho del Mar de 10 de diciembre de 1982 relativos a la conservación y gestión de los stocks de peces cuyo desplazamiento se efectúa tanto en el interior como fuera de la ZEE (stocks a caballo) y de las poblaciones altamente migratorias*³⁸.

11. Sus disposiciones fundamentales son las siguientes:

– Principio de *gestión común* a fin de asegurar la conservación a largo plazo de esas poblaciones de peces (art. 5).

– Principio de *explotación duradera* de dichas poblaciones (art. 5).

– *Principio de precaución o cautela* en la explotación de las poblaciones transzonales y migratorias (art. 6), a fin de llevar a cabo una “pesca responsable” (Preámbulo) de las mismas.

– Principio de *compatibilidad* entre las medidas de conservación y gestión de las poblaciones de peces adoptadas para la alta mar y las decididas por los Estados ribereños para su ZEE; resulta así una obligación de cooperación entre los Estados ribereños y los de pesca en alta mar para consensuar las medidas en cuestión (art. 7).

– *Obligación para el Estado del pabellón* de los barcos que faenan esas especies en alta mar de ejercer un control estricto y eficaz sobre sus navíos.

12. Aunque en su título mismo, y también en su texto (por ejemplo, art. 4), amén

35 Informe de la Conferencia, párrafo 17.49, letra e (Doc.: A/Conf.151/26/Rev. 1, 13 agosto 1992, vol. I, pág. 124).

36 Res. 47/192, 22 diciembre 1992.

37 Sobre los debates y problemas de estas seis sesiones, *ad ex.*, YTURRIAGA BARBERÁN: *Ámbitos...* cit. (nota 15), págs. 379-90; ID.: *The international...* cit. (nota 15), págs. 186 ss.; REY CARO y MARCIONNI: *Op. cit.* (nota 13), págs. 99-112.

38 Su texto en español en, por ejemplo, PUEYO LOSA, J. y PONTE IGLESIAS, M^a.T.: *Derecho internacional público. Organización internacional. Unión Europea. Recopilación de instrumentos jurídicos fundamentales*, Torculo Edicions, Santiago de Compostela, 1998, págs. 513-531.

de haber sido este el mandato de la Conferencia en la que se adoptó, se estipula que las disposiciones del Acuerdo son para “aplicar” las del Convenio de 1982, con lo que resultarían puramente “interpretativas” y “compatibles” con este, a nadie que no quiera naturalmente ser “el peor ciego”, puede escapársele que eso no ha sido así. El Acuerdo (1995) contradice claramente en algunas cuestiones al Convenio sobre Derecho del Mar (1982)³⁹. Veámoslo:

Este ofrece, en primer lugar, un tratamiento unitario (en claro deslizamiento, además, hacia los intereses del Estado ribereño) de las especies altamente migratorias y las transzonales (arts. 5 y ss. y 8 ss.), cuando en la Convención sobre Derecho del Mar (1982) no es así, pues se recordará que la obligación de cooperación que este impone a todo Estado (ribereño o no) para la *conservación* y óptima *administración* de las especies migratorias es imperativa (art. 64), y no lo es, sin embargo (ni tampoco se refiere a la *administración*), en el de las transzonales (art. 63.2).

Asimismo, concede competencias en alta mar para el control de sus disposiciones a *cualquier Estado*, sea o no el del pabellón del buque sospechoso, incluso en cierto supuesto al *Estado del puerto* (arts. 21-23), cuando, sabido es de sobra, según el Derecho del mar y según el Convenio de 1982 sólo el *Estado del pabellón* ejerce jurisdicción exclusiva sobre sus barcos. Se ha escrito, con razón, que el art. 23, al facultar al Estado ribereño en calidad de *Estado del puerto*, a tomar ciertas medidas “sintoniza con ciertas legislaciones pesqueras de Estados ‘expansionistas’ (...)”, y con él se otorga a dichos Estados una especie de “derechos de vigilancia”⁴⁰ sobre las flotas de pesca extranejas más allá de sus respectivas ZEE. De hecho, el art. 21.17 del Acuerdo autoriza a cualquier Estado la inspección en alta mar de todo buque pesquero que carece de nacionalidad. Más aún, el Acuerdo de 1995 (art. 22.1.f) autoriza expresamente al Estado que realiza la inspección al uso de la fuerza “en la medida en que sea necesario para garantizar la seguridad de los inspectores y cuando se obstaculice a los inspectores en el cumplimiento de sus funciones”, precisando incluso que “el grado de fuerza empleado no excederá al que razonablemente exijan las circunstancias”⁴¹.

39 Se trata, esta, por lo demás, de una opinión mayoritaria sin duda en la doctrina: Por ejemplo, CASADO RAIGÓN sostiene que “desborda lo que supone la aplicación (...) para ser calificado en algunos aspectos de cambio o revisión del mismo” (*op. cit.* en nota 12, pág. 105); YTURRIAGA afirma que dicho Acuerdo (1995) “contiene numerosas disposiciones *praeter legem* (...) e incluso algunas que pueden ser consideradas como *contra legem*” (*Ámbitos...* cit. en nota 15, pág. 386; ID.: *The international...* cit. en nota 15 también, pág. 221); PANCRACIO ha visto en él “una cierta adaptación de las disposiciones del Convenio (...) relativas a la libertad de pesca en alta mar” (*op. cit.* en nota 11, pág. 188, párrafo 662); MESEGUER SÁNCHEZ es de los más duros: de “modificación sustancial” del Convenio de 1982 habla, o que el Acuerdo de 1995, afirma, aplica a este “un prisma deformante” (*op. cit.* en nota 6, pág. 300).

40 SOBRINO HEREDIA: *Op. cit.* (nota 17), pág. 462; ID.: “La progresiva reducción...” cit. (nota 17), pág. 86.

41 Las precisiones sobre el uso de la fuerza armada han sido las más criticadas por la mayoría de la doctrina, pudiendo servirnos de botón de muestra los comentarios de CASADO RAIGÓN (*op. cit.* En nota 12, pág. 131), internacionalista a la postre tan español como el pesquero *Estai* tiroteado por Canadá (promotor y gran vencedor en el texto adoptado en 1995) en marzo del citado año: “No es admisible una disposición como esta que anuncia una policía más que montada del Estado (...) gendarme (...) en alta mar. Además de estar en clara contradicción con la Convención de 1982 y con el Derecho internacional general, concede al Estado gendarme una gran discrecionalidad

El Acuerdo (1995), su Parte III en concreto (arts. 8-16), en la que se regulan los mecanismos de “cooperación internacional” respecto de las especies migratorias y transzonales, sólo se aplica en alta mar. cuando en el Convenio sobre Derecho del mar de 1982 se estipulaba esta cooperación, al menos en el caso de las especies altamente migratorias (art. 64), tanto para el alta mar como para la ZEE del Estado ribereño.

El Acuerdo (1995), en fin y sobre todo, extiende subrepticamente, en clara desviación del Convenio de 1982, la jurisdicción de los Estados ribereños sobre los grandes migradores y los peces transzonales más allá de las doscientas millas de ZEE, así como sobre los buques que allí (en alta mar) pescaban bajo pabellón extranjero. Así, el juego combinado de los principios de *precaución* o *cautela* (art. 6) y de *compatibilidad* (art. 7) somete de hecho la pesca de esas especies en alta mar a las medidas al efecto tomadas por el Estado ribereño. Pero leamos su texto, para que sea él el que hable y no yo; el art. 7 del Acuerdo obliga a los Estados interesados en la pesca en alta mar a “*tener en cuenta* las medidas de conservación y ordenación adoptadas y aplicadas, de conformidad con el art. 61 de la misma [referido este a la ZEE], respecto de las mismas poblaciones por los Estados ribereños en las zonas que se encuentran bajo su jurisdicción nacional”; y, por si había dudas, esos Estados que pescan en alta mar “se asegurarán de que las medidas establecidas para la alta mar con respecto a tales poblaciones *no menoscaben dichas medidas*” (art. 7.2.a; las cursivas son mías).

El Acuerdo (1995), además, parece insuflado de un mecanismo revolucionario no poco sorprendente, lo que le lleva a incluir disposiciones poco usuales en el marco del Derecho de los Tratados: Así, por ejemplo, en su art. 33, el Acuerdo faculta a sus Estados partes a adoptar medidas para disuadir a los buques de aquellos otros que no han sabido “convertirse”, y se han negado a vincularse o a aprobar leyes y reglamentos compatibles con sus disposiciones, a realizar actividades que menoscaben la aplicación eficaz del Acuerdo de 1995. ¿Medidas?, ¿qué medidas?, ¿medidas (¡Bondad Divina!) contra Estados que son *terceros* en un tratado⁴².; ¿acaso nos hemos vuelto todos locos, Mister TOBIN?⁴³.

13. Si el Acuerdo de 1995 se consolida y resulta generalizadamente aceptado, la Convención de 1982, en particular sus arts. 63 y 64 pasarán a decir lo que en ningún caso decían pero que según el Acuerdo (1995) sí dicen; y ello será tan inevitable como al

tanto para decidir cuando ha de emplearse la fuerza (...) como para apreciar qué grado de fuerza ha de emplearse”.

Más recientemente, J.M. SOBRINO (*op. cit.* en nota 17, pág. 460) se refiere a esta disposición como “absolutamente criticable”; D.: “La progresiva reducción...” cit. (nota 17), pág. 85.

42 Art. 33.2: “Los Estados partes tomarán, de conformidad con el presente Acuerdo y el Derecho internacional, medidas para disuadir a los buques que enarbolan el pabellón de Estados no partes de realizar actividades que comprometan la aplicación eficaz del presente Acuerdo”.

Esta disposición, “uno de los puntos más delicados y conflictivos” del Acuerdo como, con su delicadeza habitual, la denomina REY CARO (REY CARO y MARCIONNI: *Op. cit.* en nota 13, pág. 123), y seguramente es verdad de la buena, “suena a intimidación, casi a amenaza o ultimátum” (CASADO RAIGÓN: *Op. cit.* en nota 12, pág. 123).

43 El Sr. TOBIN al que aludo es, claro, el combativo Ministro de Canadá encargado de estos temas; el mismo que cuando se le preguntó por un periodista quien había vencido con el Acuerdo de 1995, contestó (seguramente con cara de tiburón del Mississippi) que “el pez” había sido el único ganador en esta Conferencia.

pobre SÍSIFO le resultaba impedir el descenso pendiente abajo, una y otra vez, de la roca maldita.

Y lo peor de todo es que, con su adopción, el Acuerdo de 1995 está indicándonos la dirección del viento y aún el aviso de lo que todavía queda por venir, puesto que su art. 44 parece sugerir que lo que en él se dispone no es el “Programa máximo” y que los Estados que quieran ir más lejos pueden hacerlo por medio de su modificación o suspensión *inter se*.

La dirección del viento, decía; ¿hacia donde sopla éste?: Antes (1991, 1994) y después del Acuerdo de 1995 (1996, 1997, 1998) algunos Estados, con sus actos jurídicos unilaterales, nos lo han enseñado, el viento sopla desde la tierra y la ZEE hacia mar abierto, hacia el alta mar (...).

3.2. LOS ACTOS NILATERALES ESTATALES (CHILE, ARGENTINA, CANADÁ)

A) Chile.

14. El 6 de septiembre de 1991, Chile adopta una ley⁴⁴ por la que se faculta al Gobierno a “establecer normas de conservación y manejo sobre aquellas poblaciones comunes o especies asociadas existentes en la zona económica y a regular el desembarque de capturas derivadas de estas, cuando estas se hayan obtenido contraviniendo dichas normas”. La ley permite además a las autoridades chilenas a “prohibir el desembarque, abastecimiento y cualquier tipo de servicios directos o indirectos a embarcaciones en puertos de la República y en toda zona económica exclusiva y mar territorial, cuando existan antecedentes que hagan presumir fundamentalmente que la actividad pesquera extractiva que realicen las naves afecta a los recursos pesqueros o su explotación por naves nacionales en la zona económica exclusiva” (art. 124).

Esta norma completa la Ley general de pesca y acuicultura, adoptada un mes antes⁴⁵, y en la que el Gobierno chileno introducía el concepto de *mar presencial*, acuñado por el comandante en jefe de la Armada chilena el Almirante MARTÍNEZ BUSCH un año antes (art. 3.25). La ley de agosto no vuelve a mencionar el concepto después, pero en su art. 1 se establece que quedarán sometidas a sus disposiciones la preservación de los recursos biológicos y toda actividad pesquera extractiva de acuicultura, investigación y deportiva que se realice en aguas terrestres, interiores, mar territorial o ZEE y en áreas adyacentes a esta última sobre las que exista o pueda existir jurisdicción nacional de acuerdo con las leyes y tratados internacionales (...).

Es decir, Chile se reserva el derecho de dictar leyes que regulen la conservación de los recursos en zonas adyacentes a su ZEE. En principio, ello no haría sino aplicar lo que el art. 117 del Convenio (1982) estipula, al imponer a todo Estado que pesque en alta mar

44 Ley 19.080, *Diario Oficial de la República de Chile* de 6 de septiembre de 1991, págs. 4 ss.

45 Ley 19. 079, de 28 de agosto de 1991, *Diario Oficial de la República de Chile*, 21 enero 1992.

medidas en relación con sus respectivos nacionales de conservación de los recursos vivos del alta mar; el problema con el Convenio de 1982 surgiría si Chile pretendiese imponer esas medidas en alta mar a barcos con pabellón extranjero⁴⁷. Y, desde luego, eso es, creo yo, en lo que se piensa: Recuérdese que la ley de 6 de septiembre de 1991 se aplica, en virtud de su ya citado art. 124, a las capturas que barcos extranjeros realicen en alta mar adyacente a la ZEE chilena respecto de las especies transzonales o asociadas.

Es cierto que hasta el momento Chile no ha ido más allá de afirmar con carácter general su derecho a estar presente (mar “presencial”) en el alta mar adyacente a su ZEE ante lo que otros puedan hacer respecto de los recursos, y se observará que Chile no ha adoptado aún medida alguna concreta *que suponga hacer efectiva su jurisdicción más allá de su ZEE*, sólo, eso sí, ejercer *su jurisdicción en su propio territorio, en sus puertos*, lo cual en principio puede hacer; y digo *en principio* porque el ejercicio de su jurisdicción en sus puertos está, sin embargo, conectado y se refiere a capturas en alta mar, en mar, pues, libre. En este sentido, las sutiles e inteligentes medidas que impone el art. 124 de la ley de 6 de septiembre de 1991 no son *per se* contrarias al Derecho internacional, pues el ribereño es libre o no de autorizar el acceso a sus puertos de los buques con pabellón extranjero, pero pueden ser muy eficaces para cumplir el objetivo de Chile, puesto que “dada la lejanía de las aguas en cuestión y la verosímil necesidad de los buques que faenan en ella de servirse de los servicios de los puertos chilenos (...) el temor a estas sanciones pueden disuadir a los pesqueros extranjeros del incumplimiento de las normas chilenas sobre conservación de los recursos vivos del mar”⁴⁸.

15. La figura del *mar presencial* encuentra su razón de ser en que Chile ventea (por la dificultad de llegar a un acuerdo entre Estados ribereños y Estados de pesca, por la existencia de Organizaciones regionales de pesca claramente controladas por uno de sus Estados miembros, por una práctica internacional convencional que comienza...) una expansión de la jurisdicción del ribereño sobre las especies transzonales y migratorias incluso más allá de su ZEE, y quiere estar preparado, con la cobertura jurídica interna suficiente, para coger en su día al toro por los cuernos. Que esto es así se observa por las ideas tanto de quien lanzó el concepto como de un autor que ha contribuido a articularlo jurídicamente en Derecho internacional:

46 Por eso, si bien puedo coincidir con DUVAUCHELLE en que el “mar presencial” está amparado en el “embrión de soberanía proporcionada por el art. 117 que faculta [que obliga diría yo incluso] a los Estados ribereños a instar el establecimiento de regulaciones destinadas a la conservación y captura de las especies vivas que se desplazan entre el alta mar y la zona continua” (DUVAUCHELLE RODRÍGUEZ, M.: “La propuesta del Mar presencial, su vinculación con la Convención del Mar. sus perspectivas y una evaluación de sus actuales resultados en el mundo académico”, *Anuario IHLADI*, 12 [1995], págs. 187-202, en pág. 192), debo recordar al autor que eso sólo se refiere a sus nacionales y que el art. 117 no menciona el término *capturas*.

47 PASTOR RIDRUEJO, J.A.: “La jurisdicción rampante de los Estados ribereños sobre la pesca en alta mar”, *Hacia un nuevo orden internacional y europeo. Estudios en homenaje al profesor Díez de Velasco*, Tecnos, Madrid, 1993, págs. 521-527, en págs. 525-526.

48 “El mar presencial. Actualidad, desafíos y futuro”, *Mes del Mar*, Viña del Mar, 1991, págs. 12-13, 40 (también, con el mismo título, en *Revista de Marina de Chile*, n° 3, 1991, pág. 231).

– El Almirante Jorge MARTÍNEZ BUSCH proponía esta figura (que definió como “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 de Arica”) como una respuesta al peligro de que una vez en vigor el Convenio sobre Derecho del Mar de 1982, el vacío de poder que cree sea rápidamente colmado por las grandes potencias marítimas, por lo que si Chile quiere mantener su lugar en un futuro orden internacional debe actuar, y hacerlo ya, para llenar con su presencia el vacío de poder que se cree en el Pacífico Suroriental; el mar presencial es el medio que permitirá a Chile lograr estos objetivos⁴⁸.

– También el internacionalista chileno ORREGO VICUÑA ha dejado claro que el mar presencial podría implicar la expansión de la jurisdicción chilena más allá de su ZEE si los acuerdos con los Estados de pesca no son posibles o no resultan efectivos⁴⁹. Y, en todo caso, sea un eslabón más de una amplia cadena; Orrego afirma que el concepto de mar presencial abre nuevas fronteras a su desarrollo a la luz de las realidades cambiantes en la administración de los recursos marinos. Cabe, por tanto, esperar que se produzca, en un futuro inmediato, cambios en el régimen jurídico de la pesca en alta mar y que el concepto de mar presencial acabe por convertirse en norma consuetudinaria; el Estado ribereño actúa en nombre de la comunidad internacional cuando esta no garantiza la adecuada conservación de los recursos de la alta mar⁵⁰.

16. En suma, la legislación chilena existente, pese a su autocontención hasta el momento, permite la aplicación de normas chilenas en temas de conservación y gestión de los especies transzonales en zonas de alta mar adyacentes a su ZEE, y aún en otras materias⁵¹, llegado el caso; y esto no es conforme hoy por hoy con el art. 63.2 de la Convención de 1982. Por eso el mar presencial, en mi opinión, es más un “precedente peligroso” que un “concepto inocuo”⁵². Sobre todo, si tenemos en cuenta su “enorme” amplitud⁵³, sus límites “extremadamente amplios”⁵⁴: DALTON lo ha cifrado en

49 Expresamente en este sentido en *op. cit.* (nota 29), págs. 144-145.

50 ORREGO VICUÑA, F.: “Towards an effective management of high sea fisheries and the settlement of the pending issues of the Law of the Sea”, *Ocean Development and International Law*, 24 (1993), n° 1, págs. 81 ss (en págs. 88-89); *vid.* también su “The ‘Preential Sea’: Defining under international law coastal State’s special interests in high sea fisheries and other activities”, *German Yearbook of International Law*, 1992, págs. 264-92.

51 La ley 19.300 de 1994 (*Diario Oficial de la República de Chile*, de 9 de marzo de 1994) sobre Protección del Medio Ambiente incluye el mar presencial entre los espacios en los que las autoridades chilenas pueden efectuar programas de control de la calidad medioambiental (art. 33).

52 DALTON, J.G.: “The chilean ‘mar presencial’: A harmless concept or a dangerous precedent?”, *The International Journal of Marine and Coastal Law*, 8 (1993), n° 3, págs. 397 ss.

Tullio SCOVAZZI se ha preguntado en este sentido: “¿Se llegará gradualmente al aumento y multiplicación de sus competencias?. ¿Se llegará, si otros Estados siguen el ejemplo de Chile, al reparto de todos los espacios marinos que estén en ‘zonas de influencia’ de los Estados ribereños?” (*Elementos del Derecho internacional del mar*, Tecnos, Madrid, 1995, pág. 32 [traducción del original italiano, Milán, Giuffrè, 1994, de V. Bou Franch]).

53 CLINGAN, TH.A. (Jr.): “Mar presencial (The presential sea): Dejà vu all over again?: A response to Francisco Orrego Vicuña”, *Ocean Development and International Law*, 24 (1993), n° 1, págs. 93 ss (en pág. 94).

54 SCOVAZZI, T.: *Op. cit.* (nota 52), pág. 32.

¡diecinueve millones novecientos sesenta y siete mil trescientos treinta y siete (19.967.337) kilómetros cuadrados⁵⁵.

B) Argentina.

17. También en 1991 Argentina procedió, como Chile, a dotarse de una legislación nacional, más directa, más franca, que la chilena en que, pura y simplemente, declara que sus normas “normas nacionales sobre conservación de los recursos se aplicarán más allá de las doscientas millas sobre las especies de carácter migratorio o sobre aquellos que intervienen en la cadena trófica de las especies de la zona económica exclusiva argentina” (ley 23.968, de 15 de agosto de 1991, art. 5)⁵⁶.

La expansión de la jurisdicción argentina a zonas de alta mar es clara y, en consecuencia, contraria al Derecho internacional general y a la Convención sobre Derecho del Mar (1982).

18. En 1998⁵⁷, Argentina adopta un viejo proyecto de ley⁵⁸ en el que se establece la capacidad argentina para dictar leyes sobre medidas de conservación en la ZEE “y en el área adyacente a ella sobre los recursos transzonales y altamente migratorios” (art. 4), en la que se indica que “el ámbito de aplicación de esta ley comprende (...) d) la regulación de la pesca en la zona adyacente a la zona económica exclusiva respecto de los recursos migratorios, o que pertenezca a una misma población o a poblaciones de especies asociadas a las de la zona económica exclusiva” (art. 5), y, en fin, en la que se afirma, como Canadá, Chile o Perú afirmaron reiteradamente en la Conferencia de Naciones Unidas que adoptara el Acuerdo de 1995, que Argentina tiene derechos preferenciales sobre la conservación y administración de las especies migratorias, transzonales y asociadas en zonas de alta mar adyacentes a su ZEE⁵⁹.

Se observará, en fin, que la ley argentina se atribuye esos derechos no sólo sobre las especies transzonales y migratorias sino también sobre las asociadas a ellas (arts. 4, párrafo segundo, art. 5.d ...), cuando en el Convenio sobre Derecho del mar (1982) ni su art. 63 ni el 64 hace referencia alguna a ellas, sino sólo, como MESEGUER SÁNCHEZ ha apuntado, en el art. 119, disposición esta que va dirigida a los Estados de pesca de esas especies en alta mar y no al Estado ribereño⁶⁰.

⁵⁵ *Op. cit.* (nota 52), pág. 397.

⁵⁶ *Boletín Oficial de la República Argentina*, 5 diciembre 1991. Sobre esta ley *vid.* REY CARO, E.J.: “Los espacios marinos argentinos en la ley 23.968”, *Anuario Argentino de Derecho Internacional*, IV (1990-91), págs. 239 ss.

⁵⁷ *Boletín Oficial de la República Argentina*, 12 enero 1998 (reproducida también como anexo en REY CARO y MARCIONNI: *op. cit.* en nota 13, págs. 217-237).

⁵⁸ Proyecto de ley sobre régimen federal de pesca, Cámara de Diputados Argentina, trámite parlamentario n° 162, 20 diciembre 1991, pág. 4590.

⁵⁹ “Con el fin de proteger los derechos preferentes que le corresponden a la Nación en su condición de Estado ribereño (...)” (art. 22, párrafo primero).

⁶⁰ *Op. cit.* (nota 6), pág. 252.

C) *Canadá.*

19. No bastándole el recurso a la vía internacional (Acuerdo de 1995), Canadá modificó en 1994 su Ley de Pesca (*Coastal fisheries protection Act*) con un objetivo muy concreto: Prohibir la pesca de las especies transzonales a ciertos barcos extranjeros en la zona sujeta a la *reglamentación* de la Organización de Pesquerías del Atlántico Noroccidental (NAFO) en infracción de ciertas medidas de conservación y gestión. En tratado constitutivo de dicha Organización distingue dos zonas: La llamada *zona de la Convención*, que comprende todas las aguas enmarcadas por los límites geográficos de la Organización incluidas las situadas en las doscientas millas de los Estados partes, y otra, denominada *zona de reglamentación*, que comprende únicamente las aguas de alta mar situadas fuera de las doscientas millas⁶¹.

El texto de las enmiendas de 1994 autorizaba, *inter alia*, al Gobierno canadiense a “adoptar disposiciones sobre los buques pesqueros extranjeros y las poblaciones transzonales, a las que se aplicarán la prohibición, y las medidas de conservación y administración que deberán observar los buques en cuestión”⁶². Las enmiendas de 12 de mayo de 1994 entraron en vigor el 15 del mismo mes, según decreto del Gobernador General de Canadá⁶³.

Obsérvese que, según las enmiendas, la prohibición a ciertos buques extranjeros de faenar no se fundamenta en las recomendaciones de los distintos órganos de la Organización, sino de las propias normas canadienses⁶⁴.

20. Las enmiendas de Canadá resultan contrarias al Derecho internacional en varios extremos, siendo los más importantes los siguientes:

– La prohibición de la pesca en alta mar (*zona de reglamentación* NAFO) a barcos extranjeros en casos de contravención de sus medias de conservación y ordenación (art. 5).

– Autorizar a sus funcionarios a visitar, inspeccionar y registrar cualquier barco de pesca extranjero en zona NAFO sin necesidad de orden expresa al efecto. Así como reconocer la competencia de todo juez canadiense para autorizar la detención, visita, registro, investigación y hasta incautación de un buque extranjero por contravenciones en zona NAFO de su legislación pesquera como si el delito hubiese sido cometido en su circunscripción, con lo que la acción judicial contra dichos buques podría iniciarse en cualquier circunscripción territorial de Canadá (arts. 7 y 18). La legislación canadiense, asimismo, considera como autor de un delito a quien infrinja la prohibición de pesca, y

61 Convenio sobre la futura cooperación multilateral en las pesquerías del Atlántico Noroeste (*BOE* 27 septiembre 1983).

62 Nota explicativa de la ley C-8 de 12 de mayo de 1994 sobre modificación de la ley de protección de las pesquerías costeras, Cámara de los Comunes de Canadá, doc. 7292, de 9 mayo 1994.

63 Texto en *Boletín de Derecho del Mar* de Naciones Unidas, n° 28, octubre 1994, págs. 11 ss.64 Sobre la compleja estructura orgánica de la NAFO *vid. ad ex.* MESEGUER SÁNCHEZ, J.L.: “Acuerdos bi y multilaterales de pesca suscritos por España: Naturaleza y problemas”, *La pesca española ante el reto del futuro*, Situación, Banco de Bilbao, 1984, n° 4, págs. 77-91, en pág. 90 sobre todo.

presume que cualquier acto en zona NAFO, que se considere por Canadá como delito, ha sido perpetrado en su territorio.

– Autoriza a sus funcionarios a utilizar la fuerza para neutralizar la actividad de un buque de pesca extranjero y detener a su patrón (arts. 7-8). Teniendo en cuenta que, ni siquiera en su ZEE, la Convención de 1982 parece contemplar el uso de la fuerza como una de las medidas que el ribereño puede adoptar contra barcos extranjeros que no respetan sus leyes y reglamentos (art. 73; *vid. sin embargo infra* parágrafo 28), estas disposiciones previstas para su aplicación en alta mar han sido muy, muy criticadas. El reglamento de aplicación para la protección de las pesquerías costeras de 25 de mayo de 1994 precisa esta cuestión detalladamente, al indicar que antes de proceder al uso de la fuerza, el Oficial deberá considerar todos los medios menos violentos que sería razonable utilizar para arrestar el buque pesquero extranjero, incluso la subida a bordo de dicho oficial, y estar convencido de que ninguno de estos medios tendrá éxito para arrestar al buque de pesca extranjero (art. 19.4). El sistema de advertencia que debe utilizarse antes de emplear la fuerza a la que alude el art. 19.3 del reglamento consiste en disparar un tiro o una serie de disparos próximos al buque de pesca extranjero aunque a una distancia que no suponga peligro (art. 19.5).

El citado Reglamento de 25 de mayo de 1994 identifica también como buques a los que se aplicará a los que carezcan de pabellón y a los que utilicen uno de complacencia. Según se explicó, el objetivo de dichas medidas no eran tanto los barcos con pabellón de Estdos miembros de las Comunidades Europeas que allí faenaban (y que al parecer cumplían las disposiciones NAFO) cuanto pesqueros de países no miembros de la Organización y con pabellón de complacencia (Honduras, Panamá, Belice y Sierra Leona) que “arrasaban” la zona.

21. Dos días antes de enmendar en 1994 su Ley de Pesca⁶⁵, Canadá retiró la declaración de aceptación de la competencia del TIJ ex art. 36.2 de su Estatuto para sustituirla por otra de nueva planta en la que se excluía de la jurisdicción del mismo las “controversias derivadas de las medidas de conservación y administración adoptadas por Canadá con respecto a los buques que pescan en la zona sujeta a la reglamentación de la NAFO, tal y como se define en el Convenio sobre la futura cooperación multilateral sobre las pesquerías en el Atlántico Noroccidental, 1978, así como la aplicación de tales medidas”⁶⁶.

Es interesante observar que rápidamente la Comisión de la Unión Europea, en nombre de la misma y de sus Estados miembros, protestó por considerar que tanto la ley como el reglamento canadiense confieren al Gobierno de este país poderes de intervención sobre buques extranjeros con actividad pesquera en alta mar, lo que constituye un

⁶⁵ Prueba palpable, escribe YTURRIAGA BARBERÁN, de que el Gobierno canadiense no estaba tan seguro de lo bien fundada en Derecho de su decisión (*Ámbitos...* cit. en nota 15, pág. 403; ID.: *The international...* cit. en nota 15, pág. 239).

⁶⁶ Párrafo 2-d de la declaración de Canadá (en sentencia de 4 de diciembre de 1998 del TIJ, *asunto sobre la competencia en materia de pesquerías (España c. Canadá)*, párrafo 14).

acto unilateral de sometimiento a la soberanía canadiense de una parte de alta mar inaceptable⁶⁷.

22. En 1995, Canadá, en el marco de la NAFO, consiguió una reducción muy importante de la máxima captura permisible del fletán negro para 1995. La distribución que de la misma se hizo, a costa de una importantísima disminución de las cuotas de las Comunidades Europeas, supuso un notable incremento para los demás miembros de la Organización (Canadá, por ejemplo, vio incrementada su cuota en un 300% respecto de la media de los años anteriores)⁶⁸. Las Comunidades Europeas como es natural se negaron a aceptar esa cuota y establecieron su propia cuota con un reparto interno para sus Estados miembros, comunicándolo el 3 de marzo de 1995 al Gobierno de Canadá. En el mismo día, éste ordenó la inclusión en su Reglamento de 25 de mayo de 1994, por el que se autorizaba el apresamiento de los barcos extranjeros, de los pesqueros españoles y portugueses que faenaban en la *zona de reglamentación NAFO*, y decidió una moratoria unilateral de la pesca del fletán durante sesenta días⁶⁹. El Consejo de la Unión rechazó la moratoria y reiteró su oposición a la ley canadiense.

El 9 de mayo de 1995 Canadá apresó en alta mar (a 245 millas) al pesquero español *Estai*, tras haber disparado cuatro salvas de fuego real contra el mismo.

El día 10 la Comisión remitió una Nota verbal al Ministerio de Asuntos Exteriores de Canadá manifestando que “el apresamiento de un barco en aguas internacionales por un Estado distinto al del pabellón y bajo cuya jurisdicción se encuentra, es un acto ilegal tanto en aplicación del Convenio NAFO como del Derecho consuetudinario internacional, y no puede justificarse en modo alguno (...)”⁷⁰. Canadá ignoró estas protestas, iniciando un proceso contra el *Estai* y su capitán y siguió acosando y tratando de apresar a otros pesqueros españoles: Así, el 26 de marzo a los buques *Verdel* y *Magic-IV*⁷¹. El Consejo de la Unión, debido al veto de Gran Bretaña, no se pronunció, pero la Comisión volvió a protestar, rebatiendo punto por punto las presuntas ilegalidades de las que Canadá había acusado al *Estai*⁷² y reiterando la ilegalidad canadiense.

23. El Gobierno español directamente⁷³, el mismo día del apresamiento del *Estai*, el 9 de marzo de 1995, ya convocó y protestó ante el Embajador de Canadá y envió a dicha Embajada el día siguiente una Nota verbal en la que el Gobierno español afirmaba:

67 Nota verbal de la Comisión al Ministerio de AAEE de Canadá de 13 de junio de 1994 (en *Mémoire du Royaume d'Espagne dans l'affaire de la compétence en matière de pêcheries*, La Haya, 1995, anexo I, págs. 303-304).

68 Cuadro muy revelador en YTURRIAGA BARBERÁN: *Ámbitos...* (nota 15), pág. 404; ID.: *The international...* cit. (nota 15), pág. 241.

69 Sección 21.2, párrafos *b* a *d* y tabla IV enmendadas del reglamento de 1994 por el de 3 de marzo de 1995 (en sentencia de 4 diciembre 1998, asuntos de la competencia en materia de pesquerías (España v. Canadá), párrafo 18).

70 En sentencia de 4 diciembre 1978 del TIJ cit. (nota 66), párrafo 20.

71 *Ad ex. El Mundo*, de 27 marzo 1995.

72 CE, doc.: IP/95/313, de 29 de marzo; la respuesta de la Comisión a la Nota de Canadá del 24, se basaba en los argumentos que la Comisaria BONINO habría ya manifestado a Canadá (*Mémoire...* cit. en nota 67, pág. 522).

73 En su nota verbal de 10 de marzo, la Comisión de la Unión Europea indicaba ya que “esta sería violación del derecho internacional va más allá de una cuestión de conservación pesquera. El apresamiento es un acto ilícito contra la soberanía de un Estado miembro de la Comunidad Europea” (en s. de 1998 del TIJ cit. en nota 66, párrafo 20).

“al llevar a cabo la operación de abordaje, las autoridades canadienses violaron la norma universalmente aceptada del Derecho consuetudinario internacional codificada en el art. 92 y conexos de la Convención de 1982 sobre Derecho del Mar, según el cual los barcos en alta mar están sujetos a jurisdicción exclusiva del Estado del pabellón (...). El Gobierno español considera que el acto ilícito cometido por buques de la armada canadiense (...) viola la disposición establecida por la Convención NAFO de la que Canadá es parte”⁷⁴.

Asimismo, el 28 de marzo de 1995 el Gobierno español presentó ante el TIJ una demanda contra Canadá, acusando a este país de violar las normas y principios siguientes del Derecho internacional en vigor:

- 1) Jurisdicción exclusiva del Estado del pabellón sobre sus buques en alta mar.
- 2) Libertad de navegación en alta mar.
- 3) Libertad de pesca.
- 4) prohibición de someter partes de alta mar a la soberanía de un Estado.
- 5) prohibición del derecho de persecución en alta mar.
- 6) No imposición de sanciones privativas de libertad en los procesos por infracciones pesqueras.
- 7) Cooperación entre los Estados para la conservación de los recursos vivos de la alta mar.
- 8) Prohibición del uso, o amenaza, de la fuerza armada.
- 9) Obligación de recurrir a los medios pacíficos de arreglo de controversias.
- 10) No invocación del Derecho interno para eludir el cumplimiento de obligaciones internacionales.
- 11) Respeto de la buena fe en el cumplimiento de las obligaciones contraídas⁷⁵.

El TIJ la admitió a trámite pero finalmente se declaró incompetente en su sentencia de 4 de diciembre de 1998 (*asunto sobre la competencia en materia de pesquerías, España c. Canadá*). Si como YTURRIAGA esperaba la ley canadiense quedaba (tras el acuerdo al que llegaron Canadá y la Unión Europea) “tocada de aleta” y era de esperar que “el TIJ le de el requerido golpe de gracia, si acepta su competencia...”⁷⁶, esto ya no será posible.

24. El 16 de abril de 1995, Canadá y la Unión Europea llegaron a un acuerdo, que firmaron el 20. En él ambas partes se entendían sobre las cuotas de capturas comunitarias sobre el fletán negro, y Canadá se comprometía a suprimir de su Reglamento la inclusión de los barcos españoles y portugueses, así como a acordar que la reinserción entre los buques “proscritos” de cualquier barco comunitario se consideraría una infracción del acuerdo⁷⁷. El Ejecutivo canadiense apoyó, además, el sobreseimiento de la causa contra

74 S. de 4 diciembre 1998 del TIJ cit. (nota 66), párrafo 20.

75 Sobre la demanda española *vid. ad ex.* Díez HOCHTLEITNER, J.: “Demanda de España contra Canadá ante la Corte Internacional de Justicia”, *Revista Española de Derecho Internacional*, XLVII (1995), nº 1, págs. 287-309.

76 YTURRIAGA BARBERÁN: *Ámbitos...* cit. (nota 15), pág. 413; ID.: *The international...* cit. (nota 15), pág. 257.

77 Acuerdo constituido en forma de Minuta Acordada, un Canje de Cartas, un Canje de Notas y los Anexos a ellas entre la Comunidad Europea y Canadá sobre pesquerías en el marco del Convenio NAFO, parte C (“Otros problemas conexos”) de la Minuta Acordada (sentencia de 4 diciembre 1998 del TIJ cit. en nota 66, párrafo 21).

el *Estai* y se devolvió la fianza depositada así como las capturas intervenidas. El 1 de mayo de 1995 Canadá enmendó su Reglamento eliminando a España y Portugal del Cuadro IV de su sección 21. Más aún, a fines de 1996 (el 14 de diciembre) Canadá se comprometió, mediante una nueva enmienda de sus normas reglamentarias, a no aplicar sus leyes marítimas a los pesqueros comunitarios con criterios extraterritoriales; con ello obtuvo que España levantara su veto a la firma de la Unión Europea con Canadá de una Declaración transatlántica similar a la que a fines de 1995 se firmó con los Estados Unidos.

De señalarse igualmente que el reglamento comunitario que desarrolló las disposiciones del Acuerdo entre la Comunidad Europea y Canadá fue recurrido el 16 de octubre de 1999 ante el Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades por un grupo de armadores gallegos; el Consejo de la Unión interpuso una excepción de inadmisibilidad, pero el Tribunal se decantó por unir la excepción al estudio del fondo del asunto⁷⁸. Este, según apunta el antiguo Letrado del TJ durante ocho años e internacionalista gallego J.M. SOBRINO, generó un procedimiento, pleno de “incidentes y anécdotas procesales poco comunes en el pretorio comunitario”, sin concluir⁷⁹.

25. Pero, y este sigue siendo el gran problema, la ley canadiense no se deroga sino que sigue vigente, y Canadá sigue manteniendo su plena legalidad. En su Parte D, el Acuerdo entre Canadá y la Unión Europea estipula que tanto esta como Canadá “mantienen sus respectivas posiciones sobre la conformidad de las enmiendas de 25 de mayo de 1994 (...), y reglamentos subsecuentes, con el Derecho consuetudinario internacional y el Convenio NAFO”⁸⁰.

La práctica avala lo bien fundado de tales temores: Enmiendas legislativas posteriores que Canadá introdujo, tanto para tener en cuenta el Acuerdo de 1995 con la Comunidad Europea como el Acuerdo, también de 1995, sobre poblaciones transzonales y migratorias, en diversos textos (la ley de protección de las pesquerías ya citada, la ley de pesca, la ley de marina mercante), en 1996 y 1997, revelan la decisión canadiense de seguir en sus trece. En este sentido, ha recordado MESEGUER SÁNCHEZ, muy recientemente, “el aumento de las facultades subjetivas que [en estas nuevas enmiendas] se otorga a los ‘oficiales de protección’, pues pueden proceder a la detención de una persona sin mandato previo o de un buque de pesca extranjero con la sola creencia de que han cometido una infracción de la ley”⁸¹.

Más aún, a medios de comunicación bien recientes⁸² han llegado incluso las denuncias de que la aprobación por el Senado de Canadá de una nueva ley “con elementos muchos más extraterritoriales” que las enmiendas de 1994, ha dejado sin base el reglamento adoptado en 1996 por el que Canadá renunció a aplicar su jurisdicción

78 Areacova S.A. y otros, T-194/95. Autos de 25 de junio de 1996 y 29 de mayo de 1997.

79 SOBRINO HEREDIA: *Op. cit.* (nota 17), pág. 475 (nota 75 de la misma).

80 Parte D (“Disposiciones generales”), apartado 1 de la Minuta Acordada (s. de 4 diciembre 1998 del TJJ cit. en nota 66, párrafo 21).

81 *Op. cit.* (nota 6), págs. 258-259.

82 Prensa nacional de finales de mayo, por ejemplo ABC, domingo 30 de mayo de 1999, pág. 78.

sobre los barcos comunitarios que operaban en aguas NAFO. De cara a la Cumbre bilateral Unión Europea- Canadá (junio 1999), el Gobierno español amenaza con impedir la misma si no se aclara este punto. El comisario europeo responsable de las relaciones con Canadá, León Brittan, exigió del Gobierno de este país que respetase el reglamento enmendado, pero solo obtuvo “declaraciones políticas insuficientes”.

26. Pero no siendo, desde luego, bueno el fondo, lo más grave de Canadá han sido las formas: No construcciones jurídicas sino la fuerza, *armorum vis*, o, con palabras de Juan Antonio DE YTURRIAGA, no “ingeniosas teorías (...) sino “la diplomacia de la cañonera”⁸³.

IV. ¿ALGUNA ENSEÑANZA ÚTIL DE LA SENTENCIA DEL TIJ (1998) A PROPÓSITO DE LA “GUERRA DEL FLETÁN”?

27. Ya sabemos que en su sentencia de 4 de diciembre de 1998, el TIJ, por doce votos contra cinco (los quince magistrados más los dos jueces *ad hoc*), consideró que carecía de jurisdicción para conocer del asunto⁸⁴. ¿La razón?: Los hechos planteados por la demanda de España se referían a materias que entraban de lleno en el tipo de controversias que Canadá excluyó de la jurisdicción del Tribunal⁸⁵. Como se recordará, este país aceptó en 1994 la competencia de la Corte, con base en la figura de la cláusula opcional del art. 36.2 de su Estatuto, sobre todo tipo de controversias con (entre otras) la excepción siguiente:

“controversias derivadas o relativas a las medidas de conservación y administración tomadas por Canadá respecto barcos que pescan en la zona de regulación NAFO, tal y como se define en el Convenio sobre futura cooperación multilateral en las pesquerías del Atlántico Noroccidental, 1979, y la aplicación de dichas medidas”.

El TIJ, tras asegurarse de que el tema objeto de la demanda de España constituía una controversia con Canadá a propósito de las “medidas de conservación y administración tomadas por Canadá”, que las medidas en la práctica de Canadá eran de ese tipo⁸⁶, y que las disposiciones adoptadas en la legislación canadiense sobre el uso de la fuerza empleable en el caso son “medidas de aplicación”⁸⁷, se pronunció por su incompetencia.

28. El TIJ, pues, no entró en el asunto; Encontrar algo útil, pues, sobre este asunto en su sentencia parece difícil. Y, sin embargo, a mí me parece que algo hay. España pretendió ante el Tribunal que el uso de la fuerza *in actu*, y asimismo, su aceptación en

83 YTURRIAGA BARBERÁN, J.A. de: “Canada’s presencial sea *de facto*”, *L.O.S. Lieder*, 6 (1995), nº 5, págs. 1-2; ID.: “Canada’s non compliance with international law in the arrest of the spanish vessel *Estai* in the high seas”, *L.O.S. Lieder*, 6 (1995), nº 6, págs. 5-7; ID.: “Los mares presenciales: Del dicho al hecho no hay tanto trecho”, *Anuario IHLADI*, 12 (1995), págs. 389-439, en pág. 437.

84 Sentencia citada (nota 66), párrafo 89.

85 Sentencia cit. (nota 66), párrafo 87.

86 Sentencia cit. (nota 66), párrafos 70-71 y 73.

87 Sentencia cit. (nota 66), párrafo 84.

la letra de la legislación canadiense, van más allá de la reserva de este país, que es ilegal, y las reservas deben ser interpretadas consistentemente con la legalidad, luego la reserva no puede referirse al uso de la fuerza con la frase en ella utilizada de “y la aplicación de tales medidas”⁸⁸. El tribunal lo rechazó. El TIJ, viene a decir, que el uso de la fuerza y su regulación son claramente medidas “de aplicación”⁸⁹ y están incluidas en la reserva; pero es más, en varios pasajes de su sentencia el Tribunal da a entender que el uso de la fuerza (“abordaje, inspección, apresamiento y *uso mínimo de la fuerza* a estos efectos...”) ⁹⁰ previsto en el art. 8 de la Ley y el art. 19 del Reglamento canadiense son usuales, normales y hasta razonables:

- “Tales disposiciones son de naturaleza y tipo similar a las encontradas en la legislación de varios países relativas a la conservación y administración de pesquerías, así como también en el art. 22.1.f del Acuerdo de Naciones Unidas sobre poblaciones transzonales de 1995” (con referencia a la sección 8.1 de la ley canadiense)⁹¹.
- “Estas limitaciones también colocan al uso de la fuerza que se autoriza en la categoría familiar en conexión con medidas de conservación y administración” ⁹².
- “El abordaje, inspección, apresamiento y el mínimo uso de fuerza a estos fines son aspectos todos que entran en el concepto de aplicación, conservación y de administración de acuerdo con una interpretación ‘razonable y natural’ de concepto tal”⁹³.

Si esta interpretación es correcta, me parece jugar en apoyo de quien sostiene que la Convención sobre Derecho del Mar de 1982 no prohíbe el uso de la fuerza a los ribereños en defensa de sus derechos pesqueros, siempre que se trate de un uso razonable; y desde luego parece sugerir que por su “volumen” la fuerza empleada en el caso (otra cosa sería el de su empleo en alta mar) no habría habido violación del Derecho internacional como España alegaba.

29. Por lo demás, no me atreveré yo a sostener que la decisión del Tribunal de no entrar a valorar si las medidas canadienses eran conformes o no con el Derecho internacional vigente vaya a propiciar (al ofrecer una vía de escape procesal) las pretensiones expansionistas de otros Estados, pero a lo que sí me atrevo es a contestar rotundamente a la interrogante que se ha planteado doctrinalmente de si no abrirá una carrera por parte de dichos Estados para incorporar a sus declaraciones de aceptación de la jurisdicción del TIJ reservas similares a las de Canadá⁹⁴: Pues sí, sin duda es más que probable.

88 Sentencia cit., párrafo 78.

89 Sentencia cit., párrafos 79, 81 ss.

90 Sentencia cit., párrafo 84.

91 Sentencia cit., párrafo 81.

92 Sentencia cit., párrafo 82.

93 Sentencia cit., párrafo 84.

94 Por ejemplo, SOBRINO HEREDIA: *Op. cit.* (nota 17), pág. 480; ID.: “La progresiva reducción...” cit. (nota 17), pág. 93.

V. CONCLUSIÓN.

30. La Convención de Naciones Unidas sobre Derecho del mar limita severamente un viejo y durante muchos, muchos años respetado principio: El de libertad de pesca en alta mar; ¿o no?:

- Excluye la pesca en alta mar de las especies catádromas;
- y casi hace lo propio en el supuesto de las anádromas;
- no suprime la libertad de pesca en alta mar de las especies altamente migratorias y transzonales, pero la limita por la obligación de cooperación que impone a todo “Estado pescador” y a todo Estado ribereño.

El ataque más brutal sin embargo a la libertad de pesca se realiza no directamente sino por la vía de reducir el alta mar: La pesca hasta las doscientas millas es del ribereño, porque sólo a partir de las doscientas millas es alta mar. Y si quedaran dudas sobre cual es la determinación de los redactores de la Convención (1982), debe advertirse que más allá de las doscientas millas apenas hay especies “utilizables”; pues bien, incluso en relación con estas el principio de libre pesca se excluye o casi, o se limita y condiciona.

31. Los desarrollos posteriores a la Convención de 1982, tanto a nivel internacional como respecto de los actos unilaterales de algunos Estados, reflejan una clarísima tendencia a reconocer al Estado ribereño intereses especiales o derechos preferenciales sobre las especies transzonales y migratorias también en alta mar.

Y lo más triste de todo es que los Estados ribereños, que enarbolan el principio de la conservación y remachan una y otra vez que la pesca de esas especies en alta mar puede hacer inútiles sus medidas de conservación ordenación en sus ZEE, mienten⁹⁵. Es cierto que el mar está sobreexplotado, pero las capturas transzonales y migratorias *en alta mar* suponen algo más del cinco por ciento tan sólo del total de las capturas marítimas mundiales; la inmensa mayoría de estas en relación con las especies citadas tuvieron lugar precisamente *en las ZEE*⁹⁶.

32. En todo caso, derechos preferenciales del ribereño sobre esas especies en alta mar, si es que la cosa solo queda en esto, no son derechos absolutos o exclusivos, y esto debe quedar bien claro. Cuando en 1974 el TIJ decidió que Islandia tenía ciertos derechos preferenciales sobre la pesca del bacalao y el arenque más allá de las doce millas, precisó que tales derechos estaban limitados por dos notas:

- De una parte, solo los Estados ribereños que dependían económicamente de la

⁹⁵ La síntesis de esta actitud del ribereño figura perfectamente descrita en una afirmación de dos internacionistas argentinos: “En caso de colisión entre los derechos de explotación y las obligaciones de conservación y administración, la Convención [se refiere a la de 1982] ha privilegiado la conservación” (REY CARO y MARCIONNI: *op. cit.* en nota 13, pág. 86).

⁹⁶ Para el nivel alcanzado por la explotación a mediados casi de los noventa de las diversas especies transzonales y altamente migratorias: *Examen de la situación mundial de las especies altamente migratorias y las poblaciones transzonales*, doc. n° 337, FAO, Roma 1994; véase también los datos de *El estado mundial de la pesca y la acuicultura*, FAO, Roma, 1995, págs. 13 ss.

pesca en cuestión los tenían (ese era el caso de Islandia).

– De otra, afirmaba: “Que el Estado ribereño pueda reclamar derechos preferenciales no significaba que sea libre de establecer unilateral y discrecionalmente, la extensión de tales derechos. El calificar de preferentes los derechos del Estado ribereño, sólo implica que tales derechos tienen una cierta prioridad, pero no que puedan suprimir los derechos concurrentes de otros Estados, en particular de un Estado que (...) pesca desde hace muchos años en las aguas en cuestión, de manera que esta actividad pesquera reviste importancia para la economía del país interesado. El Estado ribereño debe tener en cuenta la posición de tales Estados, particularmente cuando estos han generado una dependencia económica de las mismas zonas de pesca”⁹⁷.

Estas ideas, que se refieren a la *captura* de especies, ¿acaso no pueden servir también para las medidas del ribereño en orden a la *conservación* y *gestión* de los recursos pesqueros?.

33. El principio de libertad de pesca en alta mar fue fusilado al amanecer del Convenio de 1982 sobre Derecho del mar, y las recientes tendencias (Acuerdo de 1995, actos unilaterales como los de Chile, Argentina y Canadá) le darán el llamado y maldita la que tiene) tiro de gracia.

Como la ballena azul o los bebés de foca peletera, los Estados de pesca a distancia se extinguirán quizás, porque el Derecho internacional del mar niega a los pescadores el pan y la sal y los peces de los pocos bancos pesqueros que aún quedan en alta mar⁹⁸.

En suma, la libertad de pesca es hoy una hermosísima idea pulcramente empaquetada en el baúl de los recuerdos o, como mi compañero que lo fue en la Universidad de Murcia y, sin embargo amigo, José Luis MESEGUER prefiere decir: “(...) ha quedado reducida a la categoría de reliquia jurídicas histórica”⁹⁹.

34. Permitan a quién esto escribe el que llore por él, porque es, sí, un internacionalista, pero también español, es decir, nacional de un país de pesca a distancia; y porque en definitiva el concepto de libre pesca en un mar libre nos trae el aroma de tiempos mejores y tierras vírgenes, cuando todos eramos jóvenes y teníamos hambre y sed de aventuras (...), a bordo, quizás, de esos navíos “de gallardas arboladuras” barojianas.

Descanse, pues, en paz.

97 Sentencia de 24 de julio de 1974 cit., loc. cit. (nota 9), págs. 28-29 (párrafo 62).

98 YTURRIAGA BARBERÁN: “Los mares presenciales...” cit. (nota 82), pág. 423; ID.: *Ámbitos...* cit. (nota 15), pág. 399.

99 *Op. cit.* (nota 6), pág. 260.