

## ESTADO DE DERECHO FUERA DEL ESTADO, PARADOJA Y DESAFÍO

Gabriel Román Lazarovich\*

### Resumen

*Los océanos representan cerca del 70% de la superficie terrestre y en ellos la actividad humana se incrementa vertiginosamente, impulsada por el desarrollo económico y facilitada por la tecnología, extendiéndose allende los límites soberanos y más allá de zonas con derechos de explotación de Estados ribereños, lo que afecta a todo el ecosistema marino, incluyendo extensos espacios que son patrimonio común de la humanidad. Para un correcto uso de los océanos se propone implementar una condición equivalente al concepto de Estado de derecho, la que requiere del concurso e interoperabilidad jurídica de fuerzas navales y marítimas de Estados regionales interesados.*

**Palabras clave:** Derecho marítimo, Convemar, océanos, geopolítica, pesca.

El concepto de Estado de derecho está referido a una realidad o condición deseable dentro de los propios límites geográficos del Estado. Las alarmas de la prensa y de los barómetros sociales, nacionales y extranjeros, saltan bulliciosamente cuando en un Estado se sobrepasan sistemáticamente los márgenes del derecho y de la institucionalidad establecida, generándose diversas fuerzas tendientes a recuperar el pretendido Estado de derecho.

Debido a que nuestro planeta es mucho más que un conglomerado de Estados dispersos e interrelacionados, y a que existe una enorme zona geográfica que no pertenece a ningún Estado en particular, sino a todos, se presenta una gigantesca interrogante, a la cual todavía no se le ha dado la atención necesaria desde el punto de vista de la actividad estatal fuera del propio Estado, particularmente en los espacios oceánicos donde éste tiene derechos, intereses, responsabilidades y compromisos.

La interrogante es si se puede establecer un concepto equivalente al de Estado de derecho en aquellas partes del orbe donde no hay Estado, y cómo debe entenderse allí la interacción entre usuarios y representantes de una ley que, mirando el bien común global, debe regular la actividad humana en los océanos.

Dichos representantes deben ser, obviamente, unidades navales y marítimas investidas por algún tipo de reconocimiento internacional para operar, fiscalizar, ejercer la función policial y, eventualmente, aplicar el uso legítimo de la fuerza correspondiente.

Para poder obtener la mejor contribución de las fuerzas navales y marítimas en dicho escenario, a ese deseable Estado de derecho fuera del Estado, se requiere, especialmente, de una plena interoperabilidad para actuar en un marco internacional que integre el esfuerzo cooperativo y coordinado de facciones navales y marítimas de los Estados ribereños que han de velar por el

\* Capitán de navío. Magíster en Ciencias Navales y Marítimas. (groman@armada.cl).

uso legítimo de ese bien planetario, tan extenso y tan delicado, como es el océano, a fin de que puedan operar con la mayor flexibilidad, sinergia, complementariedad, eficacia y eficiencia posibles para garantizar que en ese espacio se respeten los derechos esenciales de la humanidad y disuadir o enfrentar aquellos esfuerzos libertinos por actuar al margen de consideraciones de legitimidad de cualquier tipo y en perjuicio de terceros.

### ¿Qué es el Estado de derecho?

En la definición de Estado de derecho existen divergencias importantes, ya que para algunos autores todo Estado lo es de derecho, puesto que se rige por normas jurídicas, cualquiera sea la autoridad de que dimanen, con tal que tenga la posibilidad de hacer cumplir sus determinaciones dentro del orden interno. Sin embargo, de acuerdo con las definiciones más ampliamente aceptadas, corresponde a la organización política de la vida social sujeta a procedimientos regulados por ley, en el cual los actos del Estado están limitados estrictamente por un marco jurídico supremo y guiados por el principio de legalidad y por el respeto absoluto de los derechos fundamentales.

Dentro de este Estado de derecho el comportamiento estatal no puede ser discrecional, ya que sus actos están sometidos a una constitución política, marco que no debe rebasar. El Estado de derecho mencionado posee los siguientes atributos:

- **Imperio de la ley:** Tanto gobernantes y gobernados deben, inexcusablemente, respetar la ley.
- **Division del poder público:** Este mecanismo pretende evitar el uso indiscriminado del poder, estableciendo sistemas de fiscalización y control entre los respectivos poderes.
- **Derechos fundamentales:** Se debe reconocer un conjunto de derechos fundamentales y deberes de los ciudadanos.
- **Sistema de responsabilidades.** Aplicable a todos los servidores públicos, pudiéndose demandar sus errores.
- **Control jurisdiccional de la legislación.** Debe haber un ente, independiente de los órganos del poder público, que controle la

posibilidad de vulneración de la Constitución política.

- **El órgano judicial debe respetar estrictamente el debido proceso:** Conjunto de etapas con el objetivo de que los derechos subjetivos de la parte denunciada, acusada, imputada, procesada y, eventualmente, sentenciada no sean desconocidos; y obtener de los órganos judiciales un proceso justo, pronto y transparente.

### Modelo de Estado de derecho aplicable en espacios marítimos

Es evidente que el Estado de derecho solo existe propiamente dentro de los límites geográficos del Estado, lo que excluye en muchos aspectos la Zona Económica Exclusiva (ZEE) y totalmente la alta mar; sin embargo, es menester avanzar en la implementación de alguna solución eficaz al uso ilegal y contrario al bien común que, por décadas, se ha hecho en los océanos y mares, sobreexplotándose irresponsablemente sus recursos renovables, contaminando sus aguas o usándolas como laboratorio para ensayos radioactivos o de consecuencias peligrosas, para la piratería, el terrorismo o el tráfico ilícito de drogas, o para evadir las leyes y exigencias sociales propias de un Estado civilizado.

Si es posible establecer un concepto equivalente al de Estado de derecho en las aguas internacionales, de inmediato surge otra interrogante: ¿Cómo podríamos implementarlo eficazmente?

Tal vez es una quimera pensar actualmente en un plan de consenso internacional para gozar de dicho Estado, especialmente porque las principales potencias mundiales procuran mantener la mayor libertad de acción posible, pero más temprano que tarde deberemos fijar un horizonte para perfeccionar su implementación, porque no podemos, como humanidad, permitirnos que cualquiera incumpla las leyes o viole gratuitamente los derechos de otros en casi tres cuartas partes de un planeta que nos pertenece a todos. No hacerlo, es tan absurdo como permitir que cualquier persona pueda, arbitraria e impunemente, quemar los árboles centenarios de un parque público.

Aplicaremos los conceptos del Estado de derecho antes identificados para revisar si se adaptan a la situación marítima internacional actual:

■ **¿Existe un imperio de la ley?**

En los espacios marítimos sí existe una ley, que tiene un carácter casi universal y es conocida como la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (CONVEMAR o CNUDM). Esta ley no ha sido reconocida o no ha sido ratificada por todos los Estados del mundo, tampoco lo ha sido por todos los Estados de América; sin embargo, goza de un carácter más universal que cualquiera otra en el mundo, por lo que es considerada uno de los tratados multilaterales más importantes de la historia desde la aprobación de la Carta de las Naciones Unidas, siendo calificada como la Constitución de los océanos. La convención ha sido ratificada por los congresos de muchos países, y ha sido firmada por 167 Estados. La abrumadora aprobación internacional de la Convemar, le confiere una contundente legitimidad.

Pese a que el marco normativo del derecho del mar es exiguo y no aborda numerosos ámbitos del ordenamiento requerido en los espacios oceánicos, se le reconoce como un valioso instrumento que ha puesto la piedra fundamental sobre la cual se puede cimentar un tejido legal suficientemente amplio en relación al mar, sin pretender ir en desmedro de la valorada libertad que brindan los océanos.

Para los efectos del presente análisis, se utilizará solamente los espacios marítimos definidos por la Convemar que son actualmente habitables por el ser humano, quien es el sujeto de derechos y obligaciones, por ello no se incluirá la zona ni la plataforma continental.

- **Aguas Interiores y Mar Territorial:** Dentro de las aguas interiores y el mar territorial rige plenamente la Constitución y las leyes del Estado ribereño, que es soberano en estos espacios marítimos. Debido a esto, el buen cumplimiento de la ley dependerá de si en éste existe Estado de derecho.
- **Zona Contigua y ZEE:** En la zona contigua, la jurisdicción del Estado se reduce a materias aduaneras, sanitarias, fiscales y migratorias. También rigen allí aquellas normas válidas en toda la ZEE, cuyos Estados ribereños ejercen jurisdicción sobre la exploración,

explotación, conservación y ordenación de los recursos, tanto de las aguas como del lecho y del subsuelo del mar.

- **Alta mar:** En este espacio marítimo la Convemar consagra, tanto para los Estados ribereños como para los que no lo son, la libertad de navegación, la libertad de sobrevuelo, la libertad de tender cables y tuberías submarinos, la libertad de construir islas artificiales y otras instalaciones permitidas por el derecho internacional, la libertad de pesca y la libertad de investigación científica. Por otra parte, se establece que la alta mar será utilizada exclusivamente con fines pacíficos (Art. 88) y que ningún Estado podrá pretender legítimamente someter cualquier parte de la alta mar a su soberanía.

De acuerdo con la Convemar, las autoridades marítimas del Estado ribereño pueden perseguir en alta mar, con legitimidad internacional, a un buque con bandera de otro Estado, en el caso de que haya motivos fundados de que ese buque extranjero haya cometido una infracción a las leyes y reglamentos del Estado ribereño (Art. 111).

■ **Acuerdo de Nueva York**

Complementando a la Convemar, existen otras convenciones o acuerdos que permiten soluciones a problemas que pueden requerir un trato legal específico, como es el manejo de la explotación de algunos recursos y de ciertos delitos. Uno de los más emblemáticos es el Acuerdo de Nueva York, del 4 de agosto de 1995, relativo a la conservación y ordenación de las poblaciones de peces transzonales y las poblaciones de peces altamente migratorios (UNFSA, según su sigla en inglés), suscrito por más de 80 países, en el cual se da acceso a los países miembros del acuerdo a actuar combinadamente (Art. 21 establece la cooperación regional y subregional en la ejecución) y a practicar detenciones, abordajes e inspecciones de naves, autorizándose, en casos calificados y restringidos, el uso de la fuerza. (Art. 22 que establece procedimientos de visita e inspección).

Tanto la Convemar como el UNFSA recogen inequívocamente que el principio de cooperación internacional, con relación a la pesca de

altura, debiera llevarse a cabo a través de las organizaciones regionales de pesca, aspecto que se ha ido implementando progresivamente; sin embargo, éstas aún carecen de la amplitud y poder suficientes para ser plenamente eficaces en su cometido. Cabe señalar, que los acuerdos mencionados implican mayores obligaciones a los signatarios, que han comenzado a cumplirlas rigurosamente –tal vez con el espíritu de dar un buen ejemplo-, sacrificando sus propias oportunidades de corto plazo en pos del necesario ordenamiento regional o global en esta materia, que brindará un mejor escenario futuro para todos.

Evidentemente la pesca lleva cierto adelanto o, mejor dicho, menos atraso que otras necesidades de regulación en los océanos, pero como sea que se extienda el marco jurídico en alta mar, para que los garantes que representan la fuerza al servicio de la ley puedan ser eficaces, deberán contar con la capacidad de operar e inter-operar con las armadas y los guardacostas o servicios marítimos de los Estados ribereños involucrados.

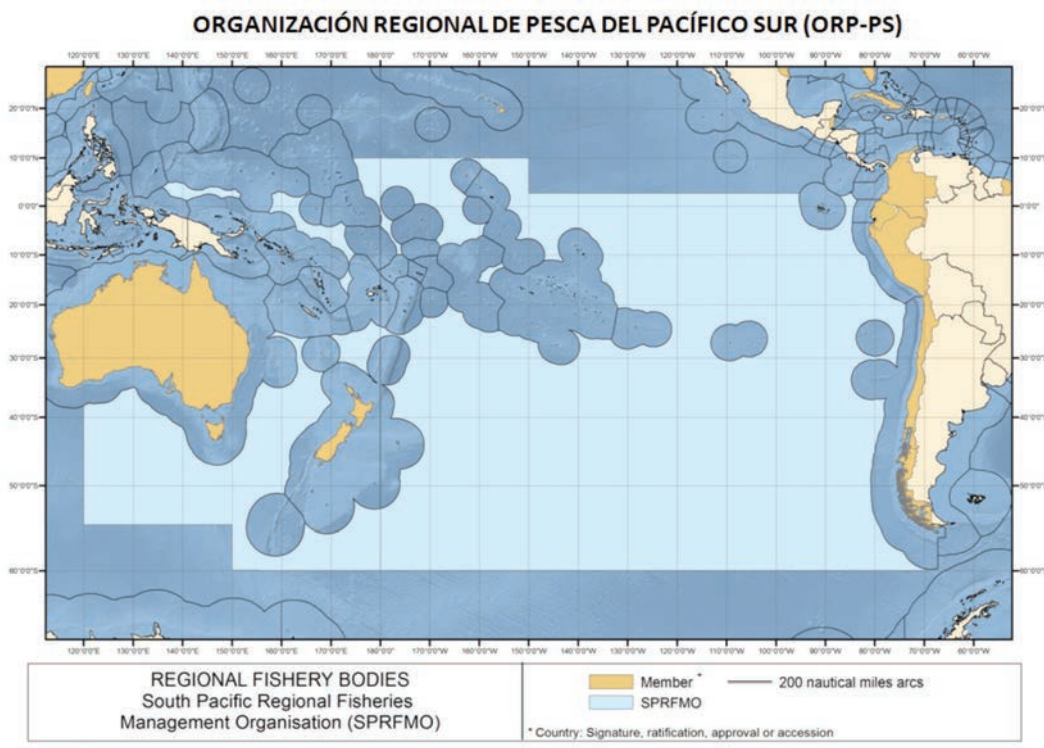
## ■ División del poder público

Físicamente no es posible tener una división de poderes presentes en los espacios marítimos; sin embargo, puede entenderse que dicha división se logra virtualmente mediante la siguiente estructura:

### ➤ Poder ejecutivo

Solo podrían ejercer poder legítimo y tomar decisiones *in situ*, afectando algunas libertades consagradas por la Convemar en los espacios marinos, aquellos buques de guerra o aeronaves militares, o buques o aeronaves que lleven signos claros y sean identificables como buques o aeronaves al servicio del gobierno de un Estado ribereño y autorizados a tal fin.

Dicha autoridad se ejerce en virtud de la Convemar, para los casos expresamente señalados, entre los que se incluye la infracción de las leyes y reglamentos del Estado ribereño, cuyos buques y aeronaves pueden perseguir el delito en alta mar, haciendo uso del derecho de persecución.



■ Estados miembros y área de la ORP-PS (SPRFMO por su sigla en inglés).

➤ **Poder legislativo**

Existen dos ámbitos complementarios. El primero corresponde al conjunto de representantes de los Estados partes de la Convemar, quienes le dieron vida y actualmente elaboran y aprueban sus enmiendas (Art. 314).

El segundo se refiere a los poderes legislativos de los Estados correspondientes a los territorios marítimos jurisdiccionales y a los Estados del pabellón que enarbolan los buques en el océano. Podemos asumir que, al menos, una gran mayoría de los Estados, internacionalmente reconocidos, gozan de un poder legislativo en forma, que va actualizando o adecuando las leyes internas relativas a la actividad marítima, y a través de cual se ratifican los acuerdos internacionales respecto del uso del mar.

➤ **Poder judicial**

En aguas jurisdiccionales de un Estado, el poder judicial corresponde al del mismo Estado ribereño. En alta mar, los buques que navegan bajo el pabellón de un solo Estado estarán sometidos a la jurisdicción exclusiva del Estado del referido pabellón (Art. 92). Sin embargo, hay algunas disposiciones especiales que deben ser conocidas, como el caso en que un Estado aprese un buque pirata o en poder de piratas, en que son los tribunales del Estado aprehensor los que pueden resolver las penas sobre las personas y las medidas sobre los buques y bienes (Art. 105).

De acuerdo con el artículo 279 de la Convemar, para la solución de controversias en cuanto a la interpretación o aplicación de dicha convención, los Estados partes se obligan a resolverlas por medios pacíficos, incluyendo la negociación y la conciliación, entre otros procedimientos. Si no es posible llegar a una solución voluntaria y de consenso por los litigantes, se aplicarán procedimientos necesarios conducentes a decisiones obligatorias, para ello bastará la petición de cualquiera de las partes en controversia a la corte o tribunal que sea competente, según lo cual podrá administrar la justicia el Tribunal Internacional del Derecho del Mar, la Corte Internacional de Justicia, un tribunal arbitral acordado por las partes en controversia (Anexo VII de la Convemar) o un tribunal arbitral especial (Anexo VIII).

El Tribunal Internacional del Derecho del Mar es un órgano judicial con sede en Hamburgo,

Alemania, y a él se le atribuye competencia para resolver cualquier controversia relativa a la interpretación y aplicación de la Convención, o a la aplicación de un acuerdo internacional vinculado a Convemar.

■ **Derechos fundamentales**

El reconocimiento de los derechos fundamentales y deberes de los ciudadanos está debidamente reconocido por las Naciones Unidas y, obviamente, por la Convemar. Asimismo, estos derechos son reconocidos por el derecho interno de una gran mayoría de los Estados del mundo y por las fuerzas y unidades navales y marítimas, en general, que enarbolan el correspondiente pabellón. Se puede señalar que el reconocimiento de estos derechos está universalmente consolidado, y es particularmente respetado en el ámbito regional americano.

■ **Sistema de responsabilidades**

Aunque muchas de las obligaciones o responsabilidades establecidas en la Convemar suponen la buena fe y la voluntariedad, igualmente establece algunos mecanismos que permiten exigir o demandar el cumplimiento de ciertas responsabilidades estatales en los diversos espacios marítimos. En el derecho interno de los Estados se producen, obviamente, diferencias importantes en cuanto a las responsabilidades civiles y penales de quienes incumplen las leyes o violan el derecho en los diversos espacios o ámbitos marítimos. Ningún Estado tiene normas exactamente iguales a otro, y cada uno aplica sus propias orientaciones, rigurosidad y procedimientos; sin embargo, observando el mundo del año 2018, se puede establecer que hay una tendencia general por normar con criterio universalista, esto incluye las responsabilidades legales de personas y organizaciones usuarias o vinculadas al mar, de las autoridades y representantes correspondientes, quienes pueden ser objeto de demandas y, cada vez más, están siendo inducidos a actuar bajo cánones de probidad y transparencia.

■ **Control jurisdiccional de la legislación**

La posibilidad de vulneración al interior de la Convemar, por carecer de control de su legislación por parte de un ente independiente, está mitigada por su propia estructura universalmente diversa, por la misma conformación del Tribunal

Internacional del Derecho del Mar (Anexo VI), debido a que está compuesto por 21 miembros independientes de distintos Estados partes; por su arbitraje (Anexo VII) y por su sistema de arbitraje especial (Anexo VIII).

En cuanto al derecho interno de los Estados ribereños o usuarios del mar, la capacidad de control externo de su legislación relativa al mar dependerá de sus propias necesidades y de los avances que cada uno haya logrado en esta medida, no pudiéndose garantizar un nivel determinado, por lo que se debe estudiar caso a caso.

■ **El órgano judicial debe respetar estrictamente el debido proceso**

Este aspecto se refiere fundamentalmente al proceso penal, que puede afectar a usuarios y autoridades acusadas o involucradas en actividades de carácter ilícito en los diversos espacios marítimos. Cabe señalar que importantes proporciones de dichos procesos son llevadas a cabo por los Estados del pabellón de las naves cuyas personas deben enfrentar la justicia, por lo que garantizar un riguroso respeto de su buen desarrollo dependerá de cada país y debe ser evaluado caso a caso.

Habiendo revisado cada uno de los factores que se asocian al Estado de derecho y asimilado a lo que ocurre en aguas donde no hay soberanía de un Estado, podemos concluir que es posible establecer una condición análoga a la de un Estado de derecho, pero ella no se obtendría de forma automática, sino con un gran esfuerzo colectivo de los Estados de la región involucrada, con una fuerza naval-marítima dotada de gran movilidad (autonomía, agilidad y *seakeeping*), buenas capacidades de investigación, toma de pruebas y registros, y movida por la firme voluntad de hacer prevalecer el derecho en su área de responsabilidad.

Dicha condición también está necesariamente vinculada a que el Estado responsable de aplicar la ley lo haga debidamente bajo condiciones estrictamente legales, es decir, que sus buques de guerra o de servicios de guardacostas, y aeronaves militares o marítimas, y su poder judicial actúen bajo el principio de legalidad, cumpliendo las normas y obligaciones establecidas por la Constitución del Mar o Convemar; respetando

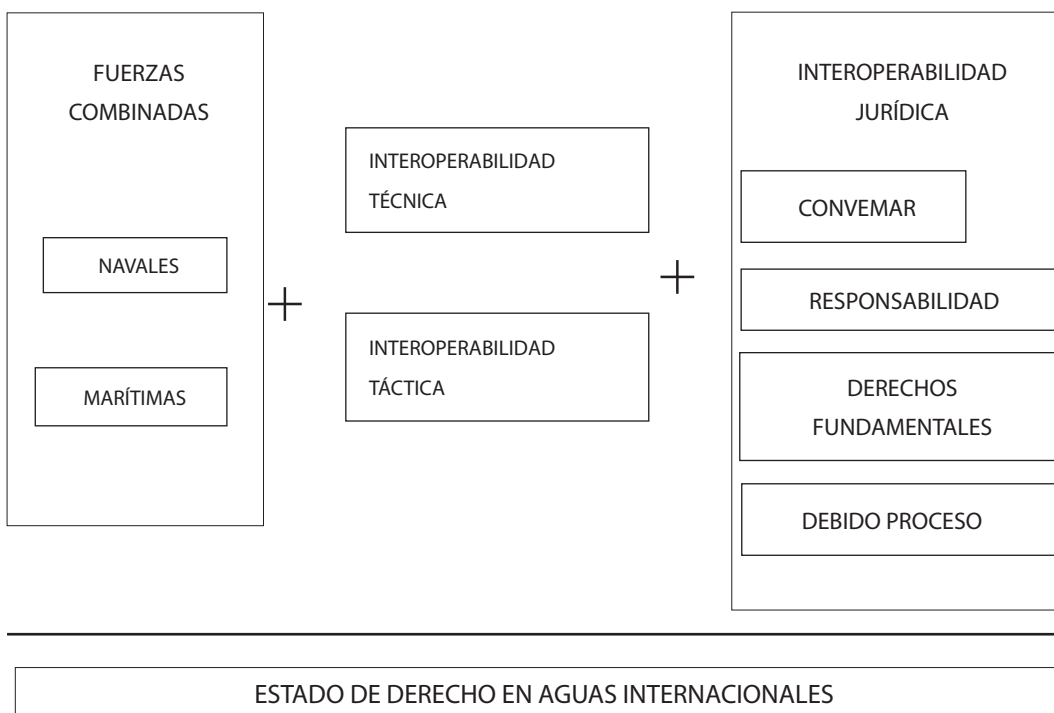
los derechos fundamentales del ser humano y garantizando el debido proceso en sus sistemas penales.

Para conseguir el estado jurídico deseado, si es posible, no basta con tener la terminología correcta, el marco legal adecuado y el conocimiento necesario del escenario; se requiere también de voluntad política y capacidad operacional para darle validez. Entonces comienza el desafío de la cooperación internacional y de la interoperabilidad; no puede ser de otra manera, porque es absolutamente necesario aunar esfuerzos si se pretende algún estándar de ordenamiento en un espacio tan extenso como el mar, donde la mayoría de los Estados ribereños apenas pueden realizar patrullajes cercanos, algunos sobrevuelos u observaciones esporádicas, pero con muchas limitaciones. Asimismo, la internacionalización de la solución mediante fuerzas combinadas contribuye a disuadir posibles abusos del fiscalizador y favorece la probidad y transparencia de la autoridad presente en el mar.

Atendiendo lo antes señalado, volvemos al tema inicial llevando la interrogante un paso más adelante: ¿Es una aspiración regional o mundial la obtención de dicha condición? o ¿Conviene promover un concepto equivalente al de Estado de derecho en los espacios marítimos internacionales?

Si la respuesta es negativa, continuaremos centrando nuestros afanes en la interoperabilidad táctica y técnica, pero actuando bajo el imperio de la fuerza o de resoluciones que resulten discrecionales para cualquiera de los usuarios del espacio marítimo e inclusive para las autoridades que deben asistir, someter o fiscalizar a quienes se encuentren en el mar, según sea la naturaleza de la operación.

Si la respuesta es positiva, tendremos que incorporar la justicia en el proceso. Indudablemente, la capa más profunda de cualquier interoperabilidad es el fundamento legal que sustenta la misión llevada a cabo por las partes integrantes de una fuerza naval y marítima combinada; por ello se requerirá que todos los Estados involucrados realicen un reconocimiento expreso de la Convemar y de sus acuerdos complementarios. Por cierto que la interoperabilidad técnica y táctica también serán



imprescindibles para obtener eficacia y eficiencia en establecer algo equivalente a un Estado de derecho en una región marítima internacional, pero el mayor aporte a esta condición dependerá esencialmente de la interoperabilidad jurídica, que se sustenta en un principio de legalidad común, en la responsabilidad penal de las fuerzas, en el reconocimiento de los derechos fundamentales y en que se cumpla el debido proceso a los que violen el Derecho del mar.

## Conclusiones

Considerando que nuestra región ha sido impulsora del derecho del mar y que sus integrantes tenemos muchos intereses marítimos comunes, no resulta descaminado pensar en unir esfuerzos para que la actividad en nuestros océanos regionales sea plenamente respetuosa de la Convemar y, a la vez, que ningún usuario vulnere los derechos de nuestros países.

Para dicho propósito la opción de interoperar entre nuestras armadas y guardacostas puede ser muy útil, siempre que se cuente con medios navales y marítimos (buques y aeronaves), dotados con personal entrenado y conscientes de la importancia de extender un legítimo

ordenamiento jurídico más allá de los propios límites del Estado.

La vastedad de los océanos y la creciente actividad que desarrollan en ellos diversos tipos de naves o plataformas habitadas, evidencian que los medios de un Estado ribereño suelen ser insuficientes para velar por el ordenamiento jurídico en zonas de su interés y no pueden perseguir -cinemática ni judicialmente- a unidades o flotas extranjeras, más veloces y persistentes, y revestidas del poder de un Estado mucho más poderoso.

Una solución parcial del problema se puede lograr con la interoperabilidad en el marco de la Convemar, aprovechando las mejores capacidades de cada Estado americano y de otros Estados que comparten la necesidad de velar por la regulación eficaz en nuestro entorno oceánico, para vigilar, asistir, fiscalizar, dar auxilio, prevenir o poner a disposición de la justicia a quienes violen los acuerdos internacionales o el derecho interno de los Estados ribereños.

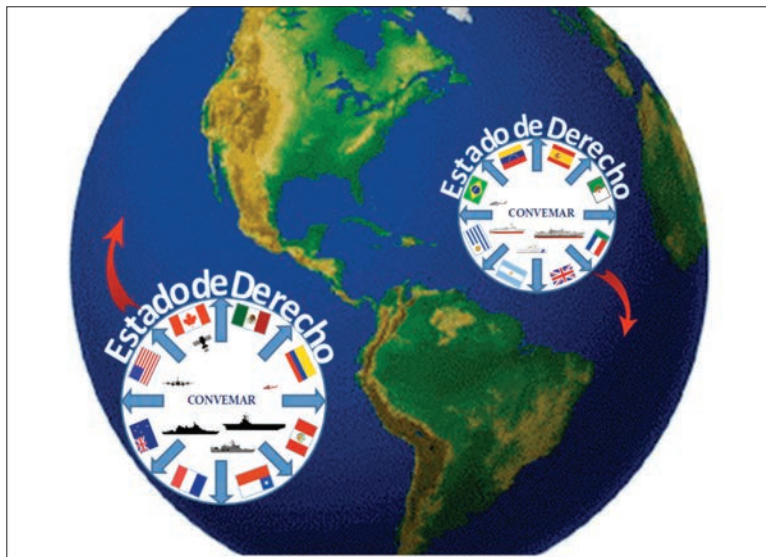
Sin duda el tema presentado puede ser controversial, y es preciso señalar que, bajo ningún pretexto, se pretende ejercer soberanía en aguas internacionales donde hay amplias libertades que deben ser garantizadas, pero es evidente que

hay asuntos poco atendidos en nuestro mundo, y es necesario perfeccionar las regulaciones de la actividad humana en aquellos espacios comunes o de nadie, según se les quiera llamar.

Como humanidad debemos hacer una autocrítica, por cierto tardía, debido a que nuestra atención se concentró, por muchos siglos, solo en los continentes y desatendimos los océanos. Hoy existe mayor conciencia de las incontables posibilidades de abusar del mar y de su delicada fragilidad. Realmente es urgente contribuir al desarrollo de una geopolítica global de los océanos, la cual no puede realizarse como una

competencia de suma cero, sino representando a todos los accionistas de este gran bien compartido por la humanidad.

Afortunadamente se dispone de un derecho del mar ampliamente reconocido y que tiene un efecto civilizador extraordinario en los espacios marítimos. No podemos pretender que la Convemar erradique el delito y las malas prácticas de nuestros océanos, pero es un gran paso que debe complementarse con educación, integración regional y otros acuerdos multilaterales que cada vez más requerirán de mayor interoperabilidad.



■ Modelo de interoperabilidad para en Estado de derecho.

\* \* \*