



UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
CENTRO DE DERECHO AMBIENTAL
DEPARTAMENTO DERECHO ECONÓMICO

**ANALISIS DEL PRINCIPIO DEL DESARROLLO
SUSTENTABLE Y DEL PRINCIPIO PRECAUTORIO
CON ESPECIAL REFERENCIA A LA REGULACION
PESQUERA INTERNACIONAL Y NACIONAL**

**Memoria de Prueba para optar al Grado de Licenciado en Ciencias
Jurídicas y Sociales**

**VIOLETA MARÍN NOVOA
SYLVIA MONRROY ALVEAL**

Profesor Guía: Dominique Hervé Espejo

**Santiago, Chile
Julio 2003**

TABLA DE CONTENIDO

	Página
INTRODUCCION	6
 CAPITULO PRIMERO	
EL PRINCIPIO DE DESARROLLO SUSTENTABLE	10
1.1 Aproximaciones al Concepto de Desarrollo Sustentable	10
1.1.1 Las facetas de la sustentabilidad	10
1.1.2 Medio ambiente y desarrollo	12
1.2 Origen y Evolución del concepto de Desarrollo Sustentable	14
1.2.1 Evolución de la percepción de la Comunidad Internacional respecto de los temas de desarrollo y medio ambiente	14
- Metas para la humanidad del Club de Roma (1968)	14
- La Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano	15
- Después de Estocolmo: la ONU	16
- La Comisión Brandt	17
- La Comisión Brundtland	18
- La Cumbre de la Tierra	20
- La Agenda 21	20
- Comisión para el Desarrollo Sustentable	21
1.3 Concepto de Desarrollo Sustentable	24
1.3.1 Enfoque ecológico	24
1.3.2 Enfoque económico	25
1.3.3 Enfoque de la economía ecológica	26
1.3.4 UICN	27
1.3.5 Comisión Brundtland	28
1.3.6 FAO	28
1.3.7 Declaración de Río (1992)	30
1.3.8 Convención sobre la Diversidad Biológica	30
1.3.9 Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático	31
1.3.10 Declaración de Malmö (Suecia, 2000)	32
1.3.11 Ley General de Bases del Medio Ambiente N° 19.300	33

CAPITULO SEGUNDO

EL PRINCIPIO PRECAUTORIO	39
2.1 Aproximación Al Principio Precautorio	39
2.1.1 Una primera definición	40
2.1.2 Origen del principio precautorio	42
2.1.3 Principio precautorio y principio preventivo	45
2.1.4 Antecedentes del principio precautorio	46
2.2 Dimensiones del concepto	52
2.2.1 El principio precautorio y la incertidumbre científica	53
2.2.2 El principio precautorio y la carga de la prueba	55
2.2.3 El principio precautorio se aplica como método proactivo	57
2.2.4 El principio precautorio y el daño ambiental	59
2.2.5 El principio precautorio incorpora una variable de costos en su aplicación	64

CAPITULO TERCERO

RECEPCIÓN EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL DE LOS PRINCIPIOS DEL DESARROLLO SUSTENTABLE Y PRECAUTORIO EN MATERIA DE REGULACIÓN PESQUERA

3.1 Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (1982)	67
3.1.1 Orígenes y antecedentes	67
3.1.2 Contenido y aplicación de los principios	68
- Parte V: Zona Económica Exclusiva	69
- Parte VII: Alta Mar	73
- Parte XI: La Zona	74
- Parte XII: Protección y Preservación del Medio Marino	76
3.2 Agenda 21, Capítulo 17 “Protección de los océanos y de los mares de todo tipo, incluidos los mares cerrados y semicerrados, y de las zonas costeras, y protección, utilización racional y desarrollo de los recursos vivos”	80
3.2.1 Orígenes y antecedentes	80
3.2.2 Contenido y aplicación de los principios	81
- Ordenación integrada y desarrollo sostenible de las zonas costeras y las zonas marinas, entre ellas las zonas económicas exclusivas	81

- Protección del medio marino	84
- Aprovechamiento sostenible y conservación de los recursos vivos de alta mar	85
- Aprovechamiento sostenible y conservación de los recursos marinos vivos sujetos a la jurisdicción nacional	86
3.3 Acuerdo sobre la Aplicación de las disposiciones de la CONVEMAR relativas a la Conservación y Ordenación de las Poblaciones de Peces Transzonales y Poblaciones de Peces Altamente Migratorios	87
3.3.1 Orígenes y antecedentes	87
3.2.2 Contenido y aplicación de los principios	88
3.4 Código de Conducta para la Pesca Responsable	93
3.4.1 Orígenes y antecedentes	93
3.4.2 Contenido y aplicación de los principios	95
3.5 Acuerdo Marco para la Conservación de los Recursos Vivos Marinos en la Alta Mar del Pacífico Sudeste	99
3.5.1 Orígenes y antecedentes	99
3.5.2 Contenido y aplicación de los principios	100

CAPITULO CUARTO

LEGISLACIÓN PESQUERA NACIONAL	104
4.1 Reseña Histórica de la Normativa sobre Pesca en Chile	104
- Reglamento de 22 de febrero de 1811 sobre Comercio y Navegación	104
- Ley de 18 de octubre de 1832	105
- Decreto de 8 de agosto 1849	105
- Código Civil aprobado mediante la ley de 14 de diciembre de 1855	105
- DFL N° 34 de 1931	106
4.2 Ley General de Pesca y Acuicultura, Ley N° 18.892 de 1989	107
4.2.1 Modificaciones introducidas a la Ley N° 18.892	107
4.2.2 Ley N° 19.079 de 6 de septiembre de 1991	108
4.2.3 Ley N° 19.080 de 6 de septiembre de 1991	110
4.3 D.S N° 430, 28 de septiembre de 1991 que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N° 18.892	111
- Régimen General de Acceso	115
- Régimen de Pesquería en Plena Explotación	116

- Régimen de Pesquería en Recuperación	120
- Régimen de Pesquería en Desarrollo Incipiente	122
4.4 Ley N° 19.713 de 25 de enero de 2001 que “Establece como Medida de Administración el Límite Máximo de Captura por Armador a las Principales Pesquerías Industriales Nacionales y la Regularización del Registro Pesquero Nacional”	127
4.5 Ley N° 19.849 de 26 de diciembre de 2002 “Prorroga la vigencia de la Ley N° 19.713, establece un nuevo nivel de patente pesquera industrial e introduce modificaciones a la Ley General de Pesca”	129
4.6 Proyectos que modifican la Ley General de Pesca y Acuicultura	133
4.6.1 Mensaje enviado por el Ejecutivo que modifica la Ley General de Pesca y Acuicultura, en lo relativo a los Principios de Conservación, Medidas de Administración, Planes de Manejo, Desconcentración Funcional, Límite Máximo de Captura por Armador, Pesca Artesanal e Institución del Sector Pesquero	133
4.6.1.1 Contenido del Proyecto	135
4.6.2 Mociones presentadas por el Poder Legislativo que modifican la Ley de Pesca	140
- Boletín N° 1313-03, agrega a los artículos 50 y 152 de la Ley N° 18.892, con la finalidad de garantizar el acceso a los recursos pesqueros en zonas contiguas a los pescadores artesanales	140
- Boletín N° 1792-03, Modifica la Ley de Pesca y Acuicultura, prohíbe la pesca de arrastre por parte de pescadores artesanales	142
- Boletín N° 2753-03, Modifica la Ley N° 18.892 con la finalidad de prohibir o regular, en su caso, la importación o cultivo de especies hidrobiológicas genéticamente modificadas	143
 CONCLUSIONES	 146
 BIBLIOGRAFÍA	 156

INTRODUCCION

En la presente memoria se abordará el tema del “Análisis del Principio de Desarrollo Sustentable y del Principio Precautorio con especial referencia a la Regulación Pesquera Internacional y Nacional”.

El planteamiento central de este trabajo está destinado a determinar de qué manera se recogen en la normativa pesquera, tanto nacional como internacional, el Principio del Desarrollo Sustentable y el Principio Precautorio. Si bien se trata de dos principios medioambientales que han tenido un desarrollo independiente, lo que se busca es vincularlos en torno al tema de la regulación pesquera.

El primer capítulo analizará el tema del desarrollo sustentable, en el cual trataremos las diferentes aproximaciones que existen a dicho concepto a fin de formarnos un criterio amplio de este principio; a continuación se revisará su origen y evolución, lo cual a nuestro parecer resulta de vital importancia para comprender cómo este principio fue evolucionando dentro del ámbito y doctrina internacional a través de las diferentes entidades y grupos que se formaron para estudiarlo y darle forma. Finalmente, entraremos de lleno a tratar de conceptualizar el principio mediante el análisis de diversos enfoques y diversas materias a las cuales se ha aplicado el concepto.

La búsqueda del desarrollo sustentable no se opone al desarrollo, sino que a través de éste se determinan las condiciones que permitan un desarrollo armónico con el cuidado global del planeta y sus problemas ambientales. Ello significa definir las responsabilidades de las naciones: las desarrolladas, a transferir tecnologías apropiadas, las menos desarrolladas a actuar de manera responsable frente a la diversidad que poseen. La urgencia del tema radica en

la necesidad de comprender que los ecosistemas aún existentes en el planeta, los que el hombre no ha modificado, deberán ser utilizados. Lo importante es entender que la utilización de ellos debe realizarse de manera tal de permitir su regeneración natural, regeneración que en muchas partes del planeta ya no es posible.

En el capítulo segundo será abordado el tema del principio precautorio, el cual se ha convertido en un tema central en las discusiones internacionales sobre comercio, ambiente y salud humana. En primer lugar, nos referiremos a su origen, evolución y antecedentes para llegar a establecer las dimensiones que están implícitas en el concepto del principio precautorio. Es necesario precisar que nos encontramos frente a un concepto de reciente elaboración doctrinal, en comparación con el concepto del desarrollo sustentable, el cual no ha sido definido en términos exactos sino más bien estaría integrado por ciertos elementos que le dan identidad como por ejemplo, anticipación preventiva, proporcionalidad, deber de cuidado. Producto de lo anterior, nos ha parecido apropiado relacionar el principio precautorio con otros conceptos tales como, incertidumbre científica, carga de la prueba, daño ambiental y costos económicos, con el objeto de acotar tanto el concepto del principio precautorio como su aplicación.

El capítulo tercero estará destinado a la Recepción de los principios de Desarrollo Sustentable y Precautorio en el ámbito internacional referidos específicamente a la regulación pesquera. Con este objeto se analizarán no sólo los diferentes acuerdos y tratados de relevancia para el estudio de la recepción internacional, sino además, serán abordadas algunas instancias que han contribuido a la adopción y desarrollo de estos principios medioambientales. El estudio de cada uno de estos instrumentos jurídicos internacionales estará enfocado a dos aspectos; en el primero se abordará

brevemente la génesis histórica de éstos y en un segundo aspecto se entrará a analizar el contenido poniendo énfasis en aquellas partes de la regulación pesquera que a nuestro juicio resulta ser más atingente al planteamiento central de esta memoria.

Por último, el capítulo cuarto estará referido a la recepción de los principios de Desarrollo Sustentable y Precautorio en la legislación pesquera nacional, introduciéndonos en el tema a través de una reseña histórica de las normas que han regulado al sector desde los albores de la República (1811) hasta llegar a la Ley General de Pesca y Acuicultura, Ley N° 18.892, refundida, coordinada y sistematizada por el Decreto Supremo N° 430 de 1991 del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción. En esta parte, nos centraremos en determinar de qué manera los dos principios en estudio han sido asimilados en lo que respecta a la administración, conservación y acceso a los recursos pesqueros nacionales; con este objeto se analizará el D.S N°430 en lo relativo a sus Disposiciones Generales (Título I); Administración de Pesquerías (Título II); Regímenes de Acceso a la Actividad Pesquera Extractiva Industrial (Título III) y a la Pesca Artesanal (Título IV). Además, se incluirá el estudio de la Ley N° 19.713 (publicada en el Diario Oficial el 25 de enero de 2001), la cual tiene el carácter de complementaria respecto del D.S N°430 que viene a establecer una nueva medida de administración denominada Límite Máximo de Captura por Armador, la que rige sólo para el sector pesquero industrial. Para terminar el estudio de la legislación pesquera nacional se tratará la Ley N° 19.849 (publicada en el Diario Oficial de 26 de diciembre de 2002) la cual modifica a la Ley N° 19.713 fundamentalmente en lo que respecta a prorrogar su vigencia por 10 años, dado que originalmente esta ley tenía el carácter de transitoria y su duración se extendía hasta el 31 de diciembre de 2002. Además la Ley N° 19.849 introduce modificaciones al D.S N° 430. Finalmente para concluir este capítulo consideraremos los principales

proyectos de ley que se encuentran en actual tramitación en el Congreso Nacional y que según nuestra opinión tienen importancia puesto que a partir de las medidas que en ellos se proponen se estaría implementando la adopción de los principios en estudio.

De esta manera, los dos primeros capítulos de este estudio tendrán como objeto conceptualizar los principios del Desarrollo Sustentable y Precautorio para a partir de ellos entrar en los capítulos siguientes a abordar la recepción de estos principios en lo que respecta a la regulación pesquera en el ámbito internacional y nacional. Finalmente esbozaremos las principales debilidades que a nuestro juicio experimenta la normativa que regula al sector pesquero, a objeto de señalar las posibles orientaciones que debiera seguir la legislación internacional y nacional para entregar una adecuada implementación de los principios en estudio que aseguren la preservación de los recursos marinos, los que forman parte de la riqueza principal de los Estados.

CAPITULO PRIMERO

EL PRINCIPIO DE DESARROLLO SUSTENTABLE

1.1 Aproximaciones al Concepto de Desarrollo Sustentable.¹

1.1.1 Las facetas de la sustentabilidad

El concepto de sustentabilidad, en lo que dice relación con los recursos y el medio ambiente, es profusamente utilizado por un amplio espectro de individuos y organizaciones. El término aparece en declaraciones de política de gobierno, en publicaciones de agencias internacionales para el desarrollo, en la literatura profesional y en los medios populares de comunicación.

La sustentabilidad se usa invariablemente para describir un objetivo al que, por lo menos superficialmente, todos desean llegar. Lo atractivo del concepto se basa en el sentido común: en la idea de que no queremos avanzar un paso para tener que retroceder dos. Sin embargo, se le han dado al concepto definiciones tan amplias que lo dejan expuesto a interpretaciones muy distintas que suelen llevar a equívocos.

Las definiciones de sustentabilidad abarcan desde algunas variantes muy restringidas y precisas hasta un concepto más amplio. O’Riordan, en 1988, señalaba: “ **La sustentabilidad parece ser aceptada como un término**

¹ Dixon J. y Fallon L. “El concepto de sustentabilidad: orígenes, alcances y utilidad en la formulación de políticas”, En “Desarrollo y Medio Ambiente”, CIEPLAN, 1991, pág. 50.

mediador, diseñado para tender un puente entre los desarrollistas y los ambientalistas” y agrega que “ ambos grupos usan el concepto como justificación de las acciones que se proponen llevar a cabo; los desarrollistas buscan explotar las ambigüedades que dan a la sustentabilidad su poder de resistencia; en forma similar, los ambientalistas abusan de la sustentabilidad al demandar medidas de seguridad e inversiones compensatorias que no siempre son económicamente eficientes o socialmente justas.

Etimológicamente, la palabra sustentar viene del latín **sustenerere**, que significa sostener o mantener en alto. En el contexto de los recursos y del medio ambiente, **sustentar** significaría entonces literalmente “ mantener o prolongar el uso productivo de los recursos”. Esto implica, entre otras cosas, que existen restricciones físicas y de otra índole al uso productivo de los recursos.

Según el planteamiento de los autores, J. Dixon y L. Fallon², es posible distinguir dos usos para el concepto de sustentabilidad:

- Como concepto puramente físico para un recurso individual: Sustentabilidad y recursos. Encontramos una primera definición de sustentabilidad en el contexto de una clase especial de recursos biológicamente renovables, tales como los recursos pesqueros y forestales, para definir los límites físicos de la explotación. La sustentabilidad significa la utilización de no más del incremento anual de los recursos, con lo que se evita reducir el stock físico. El concepto es comparable entonces a la idea de utilizar los intereses devengados por una cuenta de ahorro, sin tocar el monto del capital invertido para que siga generando intereses en el futuro.

² Ibídem, pág. 51.

- Como concepto físico para un grupo de recursos o ecosistema: Sustentabilidad y ecosistemas. El concepto de sustentabilidad puede también aplicarse a un sistema de recursos más amplio, al que generalmente se denomina ecosistema. En este contexto la sustentabilidad se evalúa en gran medida en términos físicos, aunque más que concentrarse en un componente individual se produce una atención explícita a una cantidad de componentes del ecosistema. Como resultado de las interacciones que se producen en el sistema puede que aquello que podría haberse considerado como manejo sustentable para un recurso individual resulte, en la práctica insostenible para el todo.

1.1.2 Medio ambiente y desarrollo³

En el ámbito general, el término medio ambiente comprende todas las influencias externas, naturales y provocadas por el hombre que influyen y hasta pueden poner en peligro la vida de un individuo, una comunidad y aún los ecosistemas que mantienen la vida en el planeta y que son esenciales para la salud y la supervivencia.

Las preocupaciones mundiales acerca de la vinculación entre el desarrollo y el medio ambiente son relativamente nuevas; no obstante, existen diversos antecedentes que tuvieron alguna influencia sobre acontecimientos posteriores que llevaron a la comunidad internacional a interesarse primero en los temas ambientales, luego en las interrelaciones que éstos tienen con el desarrollo en general y con el desarrollo económico en particular, así como la capacidad del planeta para sustentar la vida en el futuro.

³ González, Arturo; “Desarrollo y Medio Ambiente: ¿hacia el desarrollo sustentable?”, En Revista Mexicana de Política Exterior N° 53, 1998, pág. 163.

En el pasado, las concentraciones humanas tuvieron dimensiones relativamente menores por lo que los daños sobre los recursos naturales y el medio ambiente fueron también limitados y a veces sólo tuvieron una expresión local o regional. Sin embargo, no se discute que los pasados doscientos años de expansión acelerada del desarrollo económico de occidente provocaron graves aunque graduales daños ambientales, proceso que se aceleró en las últimas cinco o seis décadas. Este deterioro, a parte de que cada vez fue más agudo y hasta peligroso alcanza hoy en día niveles globales, puesto que afecta a todas las naciones y sociedades del mundo.

De esta manera, no es posible desvincular el desarrollo general y el desarrollo económico en particular de los daños ambientales generados en las distintas regiones del mundo donde se ha llevado a cabo la expansión de la civilización. En este sentido, los mejores momentos de dicha evolución, como fue el caso de la revolución industrial, siempre estuvieron acompañados de tasas de desarrollo que se mantuvieron durante periodos relativamente largos, es decir se trató de un desarrollo sostenido y autogenerador de mayor desarrollo.

A manera de conclusión, se infiere que es necesario establecer los puentes teóricos y prácticos entre el desarrollo y el medio ambiente para deslindar apropiadamente las dimensiones y la dinámica de cada fenómeno a fin de llegar a conclusiones válidas y adecuadas de esa estrecha relación.

1.2 Origen y Evolución del concepto de Desarrollo Sustentable.

1.2.1 Evolución de la percepción de la Comunidad Internacional respecto de los temas de desarrollo y medio ambiente⁴

Aunque la atención de la comunidad internacional hacia los problemas medioambientales y su vinculación con el desarrollo se inició, prácticamente con la reunión de Estocolmo (1972), sólo a fines de la década de los años ochenta, con la publicación del informe **“Nuestro Futuro Común”** (1987), se institucionalizaría el binomio desarrollo – medio ambiente. A continuación se señalarán las distintas etapas que marcan esta evolución en el ámbito internacional.

- Metas para la humanidad del Club de Roma (1968)

Dirigido por el empresario italiano Aurelio Pecei y el científico escocés Alexander King, se reunió a un buen número de economistas y expertos con la finalidad de buscar la comprensión global y las soluciones a los problemas del mundo y a las interrelaciones dinámicas entre la producción industrial, la población, el deterioro ambiental y el aprovechamiento de los recursos. No todos enfocaron los temas de la misma forma, tampoco fue posible obtener algún tipo de consenso; sin embargo, gracias a la problemática expresada por los contribuyentes de países específicos se conoce la percepción que se tenía en esos años sobre el desarrollo y su vinculación con el medio ambiente. Por ejemplo, al revisar las metas propuestas por Japón, resulta claro que el desarrollo económico constituía una de sus preocupaciones, el Japón de esos años fijaba como una de sus metas la conservación de la naturaleza y la preservación de la herencia cultural a fin de asegurar una “vida decente” que requiere agua y aire limpios, paisajes naturales y cultura tradicional.

⁴ Ibídem; pág. 169-185.

En América Latina, las metas de la mayoría de los países de la región consistían en integrar al desarrollo a las clases sociales marginadas, desarrollar la mejor utilización de los recursos naturales y humanos, diversificar sus industrias, mejorar los sistemas de educación y ampliar la base nacional del ahorro. En ninguno de los planteamientos regionales o individuales de los países de América Latina se hacía referencia a la conservación del medio ambiente. Claramente la meta de los países latinoamericanos era el desarrollo económico – social.

- La Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano.

En 1972, la ONU convocó a la Conferencia sobre el Medio Humano en Estocolmo la cual estuvo fuertemente influida por la contaminación regional. Durante este evento, los representantes de todos los países elaboraron una serie de principios, en los cuales se introdujo, a nivel internacional, la vinculación entre el desarrollo económico y el medio ambiente humano. En el Preámbulo de la Declaración se aprobó la idea de que *“la protección y mejoramiento del medio humano es una cuestión fundamental que afecta al bienestar de los pueblos y al desarrollo económico del mundo entero, un deseo urgente de los pueblos de todo el mundo y un deber de todos los gobiernos.”*; con lo que se estableció una relación apropiada entre desarrollo económico y medio ambiente. Si se revisa la declaración, no se encuentra una referencia al término de desarrollo sustentable, sólo la compleja vinculación que existe entre desarrollo económico y medio ambiente.

La necesidad de preservar el medio ambiente humano para la actual y

las futuras generaciones quedó puesto de manifiesto en los Principios 1 y 2 de esta Declaración⁵. Del análisis del texto de la Declaración se desprende que en ella se anticipó el concepto de desarrollo con medio ambiente sustentable.

- Después de Estocolmo: la ONU.

En las metas globales que propuso la Organización de las Naciones Unidas, aparece con mayor claridad el tema del medio ambiente. En ese entonces dicha entidad mencionaba, por ejemplo, que “hasta la conferencia de Estocolmo, el medio ambiente, la ecología y la contaminación se consideraban por la mayoría como una curiosidad de occidente”, lo que refleja el estado que guardaba el avance en el tratamiento y conocimiento de las soluciones que se requerían para resolver la degradación del medio ambiente.

Desde el punto de vista de las metas recomendables por la ONU y tomando en cuenta la creación del Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA), de 1972, no se propuso prácticamente ninguna meta concreta, salvo la esperanza de que este nuevo organismo intergubernamental las definiera en un futuro próximo, luego del establecimiento del sistema de vigilancia ambiental, lo que podría dar lugar a la negociación de tratados obligatorios. En la parte II del informe del Club de Roma se mencionaba que las “nuevas metas deseables para la humanidad son de naturaleza global, aunque requieren de decisiones locales. El íntimo vínculo entre lo global y lo local es la nueva realidad que enfrenta la humanidad”. De esta manera se introdujo la idea de la globalidad para los problemas de la

⁵ Estos Principios señalan que: “*El hombre tiene el derecho fundamental a la libertad, la igualdad y el disfrute de condiciones de vida adecuadas en un medio de calidad tal que le permita llevar una vida digna y gozar de bienestar, y tiene la solemne obligación de proteger y mejorar el medio para las generaciones presentes y futuras (...)*”, y que: “*Los recursos naturales de la Tierra, incluidos el aire, el agua, la tierra, la flora y la fauna y especialmente muestras representativas de los ecosistemas naturales, deben preservarse en beneficio de las generaciones presentes y futuras mediante una cuidadosa planificación u ordenación, según convenga.*”.

comunidad internacional. Dentro de las metas que contiene ese informe, como problema realmente global sólo destaca la necesidad del desarrollo, planteada por los países desarrollados lo mismo que por aquellos en proceso de desarrollo.

El informe concluye afirmando que las metas globales son metas para todos, no obstante, se comprueba que esa globalidad sólo se aplicaba al caso del medio ambiente. Dice el Club de Roma: “lo global es una dimensión de todo lo que hacemos. Podemos ignorar esta dimensión pero no podemos escapar de ella. Si continuamos ignorándola, generaremos colectivamente condiciones que deprimirán la calidad y aún las pocas oportunidades de vida de nuestro planeta”. No se hace explícito que el desarrollo sea también un problema global.

- La Comisión Brandt.

En 1980 se publicó el informe de la Comisión Brandt, titulado “**Norte – Sur. Un programa para la supervivencia**”. En el capítulo sexto, acerca de la protección del medio ambiente, se afirmaba que “hoy en día es imposible sostener que la protección del medio ambiente es un obstáculo al desarrollo, ya que, por el contrario constituye un aspecto esencial de éste”.

Las recomendaciones de este informe fueron menos vagas que las del Club de Roma, ya que se sugirió, por ejemplo, que “la presión sobre el medio ambiente mundial se origina básicamente en el crecimiento de las economías industrializadas, pero también en el aumento de la población mundial. Y esa presión amenaza la supervivencia y las oportunidades de desarrollo de las generaciones futuras”, con lo cual se confirmó la idea aprobada en Estocolmo, posteriormente desarrollada por el Informe Brundtland del desarrollo con medio

ambiente sustentable. Igualmente se introdujo, en el ámbito internacional la necesidad de adoptar a escala nacional la política de emprender evaluaciones de impacto ambiental de todas aquellas actividades de desarrollo que pudieran tener efectos nocivos sobre el medio ambiente. Este es un tema central en los proyectos de desarrollo que implica contar con una legislación ambiental apropiada y, sobre todo, con su estricto cumplimiento.

- La Comisión Brundtland.

La Comisión Brundtland publicó el informe **“Nuestro Futuro Común”** (1987), en su introducción su presidenta, Gro Harlem Brundtland, anunciaba que el “programa global para el cambio”, como lo había solicitado la Asamblea General de las Naciones Unidas (AGONU), buscaba “proponer unas estrategias medioambientales a largo plazo para alcanzar un desarrollo sostenido para el año 2000 y pasada esta fecha”; de esta manera, las percepciones y desafíos a largo plazo entre desarrollo y medio ambiente quedaron claramente identificados.

Desde el inicio del informe, se destaca que “el desarrollo duradero es un proceso de cambio en el cual la explotación de los recursos, la evolución tecnológica y la modificación de las instituciones están acordes y acrecienta el potencial actual y futuro para satisfacer las necesidades y aspiraciones humanas”. Esta conceptualización se basa en que, para esta comisión, el término de desarrollo tiende a simplificar los ecosistemas y reducir la diversidad de especies. En realidad el documento afirma que el desarrollo duradero demanda la reducción al mínimo de los efectos adversos sobre la calidad del aire, agua y los demás elementos naturales, de manera que se mantenga la integridad del conjunto del ecosistema.

Desde otro punto de vista, la comisión parece no prestar atención al deterioro del medio ambiente provocado por el desarrollo en general y el desarrollo económico en particular, debido a las acciones mayoritarias de los países desarrollados. En alguna medida, el deterioro ambiental del planeta queda como responsabilidad del desarrollo de todos, es decir, como un asunto de carácter global.

En el informe de la comisión aparecen de manifiesto los siguientes elementos:

- Que existe una relación de causa – efecto entre desarrollo y medio ambiente.
- Que el daño que se ha provocado al planeta es responsabilidad de todos.
- Que el tema del deterioro ambiental, por lo tanto, es un problema global, al no definirse un esquema de responsabilidades ambientales diferenciales por grados de desarrollo de los países.

Una de las contribuciones más importantes de la comisión es la de integrar el medio ambiente a las políticas y estrategias de desarrollo de todos los países, así como el llamado que se hace a no detener el crecimiento económico sino “a inaugurar una nueva era del crecimiento en que los países desarrollados desempeñen un papel importante”.

El desarrollo con medio ambiente sustentable, depende altamente de la etapa de desarrollo por la cual atraviesa un sistema en particular. El desarrollo en general y el desarrollo económico en particular no generan, de manera automática, la sustentabilidad del medio ambiente. Resulta irrefutable que el desarrollo económico es indispensable para el desarrollo social y tecnológico.

Por ello la tarea más importante continúa siendo el aumento de los efectos benéficos del desarrollo económico, al mismo tiempo que se reducen sus efectos negativos sobre el medio ambiente.

- La Cumbre de la Tierra.

La Cumbre de la Tierra o Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y del Desarrollo (CNUMAD) obedeció al mandato aprobado por la ONU en 1989, para diseñar estrategias que detuvieran y revirtieran el efecto negativo de la conducta humana sobre el medio ambiente y para promover el desarrollo económico ambientalmente sustentable en todos los países. A partir de ese evento, tanto los organismos del sistema de las Naciones Unidas como otras organizaciones internacionales, entidades públicas y privadas consideran el concepto de desarrollo sustentable como el logro progresivo y equilibrado del desarrollo económico de una mejorada equidad social y de una sustentabilidad ambiental.

En el principio 3 de la Declaración de Río se establece que *“el derecho al desarrollo debe ejercerse de forma tal que responda equitativamente a las necesidades del desarrollo y ambientales de las generaciones presentes y futuras”*. A diferencia de la preeminencia ambiental del informe Brundtland en los documentos adoptados en Río de Janeiro se trató de equilibrar la importancia política del desarrollo y el medio ambiente.

- La Agenda 21.

Durante la CNUMAD celebrada en Río de Janeiro en 1992, se decidió la adopción de la Agenda 21, la cual es un programa de acción para el desarrollo sustentable; además de la creación, ese mismo año, de la Comisión de las Naciones Unidas para el Desarrollo Sustentable, que se ha reunido anualmente desde 1993.

La Agenda 21, que se definió como un plan de acción para el desarrollo sustentable, sintetiza en sus cuatro secciones el diagnóstico de la situación del desarrollo y el medio ambiente mundial, así como las acciones, los objetivos, las actividades y los medios de instrumentación que se visualizaron para ofrecer soluciones a los problemas que la comunidad internacional enfrentaría en el siglo XXI.

De un total de 172 gobiernos, los 108 jefes de Estado y de gobierno que asistieron a Río de Janeiro adoptaron tres acuerdos adicionales que guiarán las acciones que se emprenderían para instrumentalizar la Agenda 21:

- La Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo
- La declaración de principios que permitiría orientar la explotación de los bosques de manera sustentable.
- Las convenciones de Cambio Climático y Biodiversidad.

En la Agenda 21, documento no vinculante, los gobiernos que la negociaron y posteriormente la suscribieron, incluyeron diversos temas económicos y ambientales, al igual que algunas de sus más importantes interrelaciones territoriales. La Agenda 21 contiene propuestas detalladas en los ámbitos económico y social, lo mismo que recomendaciones específicas en el sector estrictamente ambiental, como la conservación y el manejo de recursos naturales.

- Comisión para el Desarrollo Sustentable.

Las experiencias acumuladas en los informes del Club de Roma, la Comisión Brandt, la Comisión Brundtland y en otros estudios de carácter global no pudieron ser llevadas a la práctica; primero, porque muchos gobiernos no se sentían atados a aquellas; y segundo, porque se carecía de un mecanismo que

lo facilitara. Con esta idea en mente, durante la Cumbre de la Tierra se propuso el establecimiento de una comisión intergubernamental que examinara el avance en la instrumentación de la Agenda 21, sugerencia que se concretó y aprobó en la AGONU de ese mismo año al crearse la Comisión para el Desarrollo Sustentable (CDS), con la finalidad de dar seguimiento a los instrumentos internacionales aprobados en Río de Janeiro. De acuerdo con el mandato aprobado por los gobiernos, la responsabilidad de la CDS consiste en revisar la instrumentación de los acuerdos de la Cumbre de Río, generar guías de políticas para los gobiernos y otros grupos involucrados en el desarrollo sustentable y fortalecer la Agenda 21 mediante el diseño de las estrategias que se requieren.

En el capítulo 38 de la Agenda 21, los gobiernos estuvieron de acuerdo para efectuar una revisión del grado de cumplimiento de las medidas ahí adoptadas, lo que se denominó Río + 5. Esta reunión auspiciada por Naciones Unidas y celebrada 5 años después de la Cumbre de Río, para evaluar el avance que se tenía en las implementaciones de las medidas locales, regionales y nacionales, dentro del avance hacia la sustentabilidad de las naciones, al mismo tiempo que se discutía sobre las convenciones globales como el Convenio por la Biodiversidad, el protocolo de Kioto y el convenio sobre Desertificación, en el contexto de la Agenda 21, las metas cumplidas y los siguientes retos que enfrentaría en su conjunto la humanidad.⁶ El aspecto más significativo de esta evaluación, fue la aplastante evidencia de que la situación ambiental en el planeta, es peor que en 1992; y que los gobiernos, salvo raras excepciones, no han asimilado el concepto de desarrollo sustentable, ni menos han asignado recursos para su implementación en cada nación.⁷

⁶ En www.raj.org.mx/riointro.html

⁷ Larraín, Sara; Red Nacional de Acción Ecológica-RENACE; En www.geocities.com/redrenace/docgenerales.

Considerando la necesidad de evaluar las estrategias de sustentabilidad y abordar los problemas y debilidades, además de impulsar nuevos compromisos colaborativos entre el concierto de naciones para reorientar el camino al desarrollo sustentable, en el año 2002 las Naciones Unidas convocó a la Cumbre de Río + 10 sobre Medio Ambiente y Desarrollo, la cual se celebró en Johannesburgo (Sudáfrica) entre el 26 de agosto y el 4 de septiembre, reunió a dirigentes mundiales, activistas y representantes de empresas, 10 años después de Río. Uno de los objetivos de la Cumbre de Johannesburgo era la ratificación de varios tratados internacionales: Protocolo de Kioto, Protocolo de Cartagena sobre Bioseguridad, el Tratado Internacional sobre Recursos Genéticos de Plantas para la Alimentación y la Agricultura, el Convenio de Estocolmo sobre Contaminantes Orgánicos y Persistentes (COP), el Convenio de Rotterdam sobre consentimiento previo informado antes de exportar ciertos productos químicos peligrosos y plaguicidas, el acuerdo de la ONU sobre recursos pesqueros que incluye varios planes de la FAO, y el Convenio de Basilea sobre el transporte de residuos tóxicos.

Los acuerdos de la Cumbre de Johannesburgo se reducen a una Declaración Política y a un Plan de Acción, llenas de buenas intenciones sobre la reducción del número de personas en el mundo que no tienen acceso al agua potable, la biodiversidad y los recursos pesqueros, y sus objetivos para promover las energías renovables. Los documentos aprobados en la Cumbre no contienen compromisos concretos, ni fondos nuevos y adicionales, por lo que puede hablarse de fracaso. El hecho más positivo es el anuncio de la ratificación del Protocolo de Kioto por varios países, por lo que éste finalmente podrá ser ratificado, dejando aún más aislado a EE UU.⁸

⁸ Santamarta, José; “Balance de la Cumbre de Johannesburgo”, En [www.siamazonia.org.pe/Detalles Noticias](http://www.siamazonia.org.pe/DetallesNoticias).

1.3 Concepto de Desarrollo Sustentable.

Al respecto hay que mencionar que hoy en día existen un variado número de definiciones del concepto Desarrollo Sustentable dependiendo de los enfoques que asigna cada cual, pero en términos generales se puede afirmar que hay dos corrientes de pensamiento: una focalizada en los objetivos de desarrollo y otra, en los controles requeridos para el impacto dañino que causan las actividades humanas sobre el medio ambiente.

1.3.1 Enfoque ecológico⁹

El concepto de sustentabilidad tiene su origen en la ecología toda vez que su definición esta basada en los problemas ambientales derivados de la alteración de los ciclos de la naturaleza. La **sustentabilidad** ha sido definida de muchas maneras según el contexto, pero inicialmente ha sido definido como *“la capacidad de permanencia en el tiempo de un proceso que perdura gracias a la retroalimentación”* y en particular se refiere al uso de los recursos naturales, que pueden verse afectados por la degradación ambiental de tres tipos:

- El agotamiento de la calidad o cantidad del recurso usado en el consumo o la producción de actividades;
- La contaminación o sobresaturación de la capacidad de la naturaleza de absorber y reciclar desechos llegando a un límite de quiebre, irreversibilidad del medioambiente;
- Reducción en la biodiversidad.

⁹ Desarrollo Sustentable: ¿Ecológico, Económico y Social?, Margot Romano Yalour; En www.ambiente-ecologico.com

1.3.2 Enfoque económico¹⁰

El concepto de sustentabilidad está implícito en la **definición económica de ingreso** tal como lo planteó Hicks en los años treinta: *“el ingreso es la máxima cantidad de recursos que una persona puede consumir sin disminuir sus posibilidades futuras de consumo.”*

En el fondo, tanto la definición de ingreso como la definición de desarrollo sustentable tienen el mismo propósito: señalar los peligros que implica considerar como parte del ingreso la pérdida de capital. Entonces, una interpretación económica del concepto de desarrollo sustentable postula que una sociedad debería vivir de sus ingresos y no del consumo de sus activos. Sin embargo, un obstáculo importante en este sentido es que el sistema de información económica - Cuentas Nacionales (PIB, PIN)- no discrimina entre un crecimiento sustentable y un crecimiento de corto plazo insostenible en el tiempo. El problema radica en el modo erróneo con que se calcula los índices de la contabilidad nacional, pues ellos no consideran a los recursos naturales y al medio ambiente como un capital económico.

En el actual sistema de cuentas nacionales la depreciación de los activos naturales se contabiliza como ingresos disponibles en circunstancias que constituye una pérdida de capital. El peligro de esta situación es que el capital de un país puede verse reducido debido a una disminución del capital natural, lo que comprometería las posibilidades de consumo futuro sin que los índices económicos lo muestren. Este problema es muy relevante para los países en desarrollo, y especialmente para los de América Latina, ya que éstos dependen fuertemente de la explotación y exportación de recursos naturales. En general,

¹⁰ Gomez-Lobo. Andrés; "Desarrollo Sustentable del sector pesquero chileno en los años 80", En "Desarrollo y Medio Ambiente", CIEPLAN, 1991, pág. 129

estos países utilizan sistemas de indicadores económicos que ignoran el capital natural, uno de los principales activos que poseen.

1.3.3 Enfoque de la economía ecológica

Desde la perspectiva de la economía ecológica, el desarrollo sustentable exige que el tamaño de la economía se encuentre dentro del rango de la capacidad de sustentación del ecosistema global.

El **desarrollo sustentable** es un “*desarrollo sin crecimiento*” en que:

- **crecimiento** significa aumento del tamaño por adición de materiales a través de la asimilación o el acrecentamiento (ello es, un aumento cuantitativo);
- **desarrollo** significa expansión o realización de potencialidades, alcanzando gradualmente un estado mejor, mayor o más pleno (o sea, un mejoramiento cualitativo).

En otras palabras, el **desarrollo sustentable** consiste en el mejoramiento cualitativo sin un incremento cuantitativo que esté más allá de cierta escala y que no sobrepase la capacidad de sustentación; es decir, la capacidad del ambiente para regenerar los insumos de materias primas y de absorber los desechos producidos.¹¹

Herman Daly formuló la Idea de desarrollo sustentable en contraposición al “crecimiento sustentable”, ya que el crecimiento es insustentable toda vez que la biosfera constituye un sistema el cual tiene un límite en su crecimiento, no así en su desarrollo, concepto sustancialmente distinto. Según este autor

¹¹ Daly Herman E; “Crecimiento o Desarrollo: un debate sobre la sustentabilidad de los modelos económicos”, Jacobo Shator editor, con la colaboración de Gilda Pérez, CEPUR, 1991, pág. 33-35.

“crecer significa aumentar naturalmente en tamaño”, en tanto que “desarrollar significa expandir o realizar las potencialidades de algo; alcanzar gradualmente un estado más alto o mejor. Cuando algo crece deviene en algo más grande. Cuando algo se desarrolla, deviene en algo diferente”. De este modo, postula el reemplazo del PNB por el “Bienestar Económico Sustentable”¹²

1.3.4 UICN¹³

Según la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza (UICN), el documento “**Estrategia Mundial para la Conservación**” (1980), ha definido **conservación** como “*la gestión de la utilización de la biosfera para el ser humano, de tal suerte que produzca el mayor beneficio sostenible para las generaciones actuales, pero manteniendo su potencialidad para satisfacer las necesidades y las aspiraciones de las generaciones futuras*”.

En el mismo documento se define el **desarrollo** como “*la modificación de la biosfera y la aplicación de los recursos humanos, financieros, vivos e inanimados en aras de la satisfacción de las necesidades humanas y para mejorar la calidad de la vida del hombre*”. La incompatibilidad manifiesta de estos dos procesos ha dado lugar a la idea de desarrollo sostenible.

El concepto de desarrollo sostenible encierra la idea de “**progreso**”, que es la fuerza motriz de los cambios impulsados por la tecnología desde mediados del último siglo junto con la idea de “estabilidad”, que es la capacidad de la humanidad de recabar beneficios constantes de un ecosistema a lo largo

¹² Rojas Alejandro; “Desarrollo Sustentable o Desarrollo de la Sustentabilidad Ecológica y Social”, En “Medio Ambiente en Desarrollo”, Centro de Estudios Públicos, 1993, pág.60.

¹³ Caddy JF y Griffiths RC; “Recursos marinos vivos y su desarrollo sostenible: perspectivas institucionales y medio ambientales”, FAO N° 353, 1996, pág. 2.

de un periodo indefinido. La noción más limitada de **desarrollo** comprende, la noción de explotación o recolección de los recursos naturales; sin embargo, esta explotación debe estar limitada por la capacidad del recurso explotado y su medio ambiente natural de resistir a los efectos de la explotación, para que ese desarrollo pueda ser **sostenible**.

1.3.5 Comisión Brundtland¹⁴

La Comisión Brundtland (1987), definió el **desarrollo sustentable** como *“la capacidad de satisfacer las necesidades del presente sin comprometer la capacidad que tendrán las generaciones futuras de satisfacer sus propias necesidades”*. Es decir, contiene dos elementos distintos: por un lado, las necesidades, especialmente de los más pobres; y por el otro, la idea de limitaciones impuestas por la capacidad del medio ambiente para satisfacer las necesidades presentes y futuras.¹⁵

El informe elaborado por esta comisión **“Nuestro Futuro Común”**, señala: *“el concepto de desarrollo sustentable implica límites, no límites absolutos, sino limitaciones impuestas por el estado actual de la tecnología y la organización social sobre los recursos del medio ambiente y por la capacidad de la biosfera para absorber los efectos de la actividad humana”*.

1.3.6 FAO¹⁶

¹⁴ Dixon J y Fallon L; Ob. Cit, pág. 53-54.

¹⁵ Sands Philippe; “Principles of International Environmental Law Frameworks, Standards and Implementation”, 1995, pág. 44.

¹⁶ Caddy JF y Griffiths RC; Ob. Cit, pág. 3-4.

El Consejo de la FAO en su sesión 94^º sostuvo que *“el desarrollo sostenible es el manejo y conservación de la base de recursos naturales y la orientación del cambio tecnológico e institucional de tal manera que se asegure la continua satisfacción de las necesidades humanas para las generaciones presentes y futuras. Este desarrollo viable conserva la tierra, el agua y los recursos genéticos vegetales y animales, no degrada el medio ambiente y es técnicamente apropiado, económicamente viable y socialmente aceptable”*.

Esta definición menciona en forma explícita a los sistemas acuáticos y terrestres, y pone la satisfacción de las necesidades humanas en el centro. Además, no sólo se refiere a la captura de recursos, sino que también puede aplicarse a fines de esparcimiento y recreación de otro tipo, que no conducen directamente al agotamiento de los recursos. La definición se propone claramente abarcar tres tipos principales de actividad:

- (i) las actividades que están comprendidas en el concepto clásico de desarrollo, a saber: el crecimiento económico que deriva de recursos recientemente explotados, sin comprometer la capacidad de la base de recursos y su medio ambiente para sostener la explotación;
- (ii) cualquier modificación del nivel de aprovechamiento de los recursos que ya están siendo explotados, al propio tiempo que se diversifica su empleo para hacer la explotación más productiva y rentable, y se atenúan los efectos del aprovechamiento de los recursos en otros elementos del ecosistema y en otras empresas humanas;
- (iii) la rehabilitación de los ecosistemas degradados por una explotación destructiva anterior, de suerte que se restablezcan para su utilización productiva.

1.3.7 Declaración de Río(1992).

En la Declaración de Río, pese a no definir qué se entiende por desarrollo sustentable recoge esta noción en forma implícita a través de todo su contenido, de esta forma en el Principio 1 se señala que: *“Los seres humanos constituyen el centro de las preocupaciones relacionadas con el desarrollo sostenible”*.

En el Principio 3, podemos encontrar parte del concepto de desarrollo sustentable dado por la Comisión Brundtland (1987) al establecer que: *“el derecho al desarrollo debe ejercerse en forma tal que responda equitativamente a las necesidades de desarrollo y ambientales de las generaciones presentes y futuras”*. Siguiendo esta misma línea, el Principio 4 expresa: *“A fin de alcanzar el desarrollo sostenible, la protección del medio ambiente deberá constituir parte integrante del proceso de desarrollo y no podrá considerarse en forma aislada”*. Además, tanto en el Principio 8 como en el 12 se estimula la participación de los Estados con miras a alcanzar un desarrollo sostenible.¹⁷

1.3.8 Convención sobre la Diversidad Biológica (1992)¹⁸

El origen de las negociaciones de esta Convención se remonta a una decisión del PNUMA de crear un Grupo de Trabajo de Expertos en Diversidad Biológica para la armonización de los tratados existentes en relación con la

¹⁷ En estos Principios se expresa: “los Estados deberían reducir y eliminar las modalidades de producción y consumo insostenibles” y que “deberían cooperar en la promoción de un sistema económico internacional favorable y abierto que llevará al crecimiento económico y el desarrollo sostenible de todos los países, a fin de abordar en mejor forma los problemas de la degradación ambiental.”

¹⁸ Hervé E. Dominique; “Capítulo Bioversidad” En Montenegro, S; Hervé, D; Duran, V; “Los Tratados Ambientales: Principios y Aplicación en Chile”, CDA-CONAMA, 2001, pág. 179-196.

biodiversidad. Este grupo que posteriormente pasó a llamarse Comité de Negociación Intergubernamental acordó la necesidad de elaborar un instrumento internacional jurídicamente vinculante en el tema de la biodiversidad. Luego de siete sesiones de trabajo se culminó con la adopción del texto final de esta Convención.

Uno de los objetivos fundamentales de la Convención es promover el concepto de desarrollo sustentable. Parte de la base que para proteger la biodiversidad se debe apuntar a la utilización de sus recursos y a la obtención de beneficios.¹⁹ La mayor parte de los artículos de la Convención reconoce éste principio. Así, por ejemplo, los artículos 10 y 11 al referirse a la adopción de medidas para garantizar la utilización sostenible de los componentes de la diversidad biológica, menciona la protección de la utilización consuetudinaria de éstos y a la adopción de medidas que constituyan incentivos para su conservación y utilización sostenible.

1.3.9 Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (1992)

El principio del desarrollo sustentable, es uno de los principios fundamentales de la Convención y del Protocolo, reconocido expresamente en el artículo 3 sobre Principios de la Convención, al señalar que *“las partes, en las medidas que adopten para lograr el objetivo de la Convención y aplicar sus disposiciones, se guiarán, entre otras cosas, por lo siguiente: N° 1. Las partes*

¹⁹ Así lo establece el Preámbulo de la Convención al *“reafirmar que los Estados son responsables de la utilización sostenible de sus recursos biológicos; reconocer que es necesario adoptar disposiciones especiales para atender a las necesidades de los países en desarrollo; que el desarrollo económico y social y la erradicación de la pobreza son prioridades básicas y fundamentales de los países en desarrollo; y que las partes están resueltas a conservar y utilizar de manera sostenible la diversidad biológica en beneficio de las generaciones actuales y futuras.”*

deberían proteger el sistema climático en beneficio de las generaciones presentes y futuras, sobre la base de la equidad y de conformidad con sus responsabilidades comunes pero diferenciadas y sus respectivas capacidades(...). El principio es reiterado en N° 4 “Las partes tienen derecho al desarrollo sostenible y deberían promoverlo”, y en el N° 5 en cuanto sostiene que “las partes deberían cooperar en la promoción de un sistema económico internacional abierto y propicio que condujera al crecimiento económico y desarrollo sostenible de todas las partes, (...)”

1.3.10 Declaración de Malmö (Suecia, 2000)

Con el patrocinio del PNUMA se celebró el “Primer Foro Global Ministerial de Medio Ambiente” (29-31 de mayo). Más de cien ministros del medio ambiente de todo el mundo, incluyendo a nueve ministros y viceministros de América Latina y el Caribe, se reunieron para revisar importantes temas ambientales emergentes, y para contribuir a definir la agenda global para el medio ambiente y desarrollo sostenible del siglo XXI.

Dentro de los principales desafíos ambientales para el siglo XXI, la Declaración en su N° 2 expresa que *“...Las metas y los objetivos establecidos por la comunidad internacional con relación al desarrollo sostenible, tales como la adopción de estrategias nacionales para el desarrollo sostenible y el incremento en la ayuda a los países en desarrollo, deben ponerse en práctica lo más pronto posible(...).”* En su N° 9 señala: *“Debemos impulsar una coexistencia armoniosa e integrada entre el comercio y las políticas ambientales en busca del desarrollo sostenible, de acuerdo con la decisión de la octava sesión de la Comisión para el Desarrollo Sostenible.”* En el N° 12 se consagra que: *“El potencial de nueva economía de contribuir al desarrollo sostenible,*

debe ser alcanzado, especialmente en las áreas de tecnología informativa, biología y biotecnología (...)”

1.3.11 Ley General de Bases del Medio Ambiente N° 19.300

En nuestra legislación, la **Ley General de Bases del Medio Ambiente N° 19.300** (publicada en el D.O 9 de marzo de 1994), en su art. 2 letra g) define el **desarrollo sustentable**: *como el proceso de mejoramiento sostenido y equitativo de la calidad de vida de las personas, fundado en medidas apropiadas de conservación y protección del medio ambiente, de manera de no comprometer las expectativas de las generaciones futuras.*

Dado que el concepto de desarrollo sustentable es utilizado en un sin número de áreas de la más diversa índole (social, económica, políticas públicas, en la planificación urbana, etc.), a nuestro entender, más que una elaboración teórica del concepto de desarrollo sustentable, es necesario identificar ciertos **elementos de carácter esencial** que deben integrar cualquier intento de definición.

Según la opinión de Ulises Canchola Guitierrez²⁰, “más allá de la tradicional y frecuentemente citada definición de la Comisión Brundtland, no existe una definición acabada del concepto de desarrollo sostenible. Sin

²⁰ Abogado. Ha sido asesor legal de la Coordinación General de Recursos Naturales y Medio Ambiente de la SER. Actualmente labora en la Representación Permanente de México en la ONU como encargado de los temas de medio ambiente y desarrollo sostenible.

embargo, en él pueden identificarse tres componentes básicos: crecimiento económico, desarrollo social y protección ambiental.”

Para Gonzalo Biggs Bruna²¹, en su Comentario a la obra “Los Tratados Ambientales: Principios y Aplicación en Chile”, señala “el principio de desarrollo sustentable se relaciona con las necesidades y limitaciones impuestas por la tecnología y la capacidad del ambiente natural de la tierra para satisfacer las necesidades de las generaciones presentes y futuras.”

Para este autor, los elementos integrantes del concepto son:

- Equidad intergeneracional: este elemento constituye un principio cuyo fundamento se traduce en que las actuales generaciones poseen la tierra en fideicomiso o custodia temporal para las generaciones futuras.²²
- Explotación apropiada o racional: se manifiesta en la adopción de estándares que limitan el grado del uso o explotación de un determinado recurso natural. Diversos tratados internacionales han recogido este criterio, por ejemplo, la CONVEMAR (1982) se refiere en su artículo 61, a un “máximo rendimiento sostenible” en la captura de los recursos vivos de la ZEE. Los tratados utilizan diferentes términos para referirse a la utilización de los recursos naturales y exigen que sea “apropiado”, “adecuado” o “racional”. Su importancia está en que cada término implica una limitación a la explotación del recurso.
- Uso equitativo de los recursos naturales y utilización por otros Estados: el uso equitativo de los recursos naturales supone que el uso de un Estado debe considerar las necesidades de los demás Estados (principio de equidad intrageneracional). La incorporación de este principio es muy

²¹ Profesor de Derecho Internacional Escuela de Graduados Facultad de Derecho Universidad de Chile.

²² Este principio ha sido reconocido en numerosos tratados internacionales tales como: Convenio sobre el Comercio Internacional de Especies amenazadas de Flora y Fauna Silvestre (CITES, 1973); la Convención de Biodiversidad (1992) y la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre Cambio Climático (1992)

frecuente en tratados internacionales ambientales, especialmente después de la Conferencia de Río.²³

- **Integración del medio ambiente al desarrollo**: el principio de la integración se traduce en la necesidad de garantizar que los aspectos ambientales estén integrados en los planes, programas y proyectos económicos y de desarrollo, a través de sistemas de evaluación de impacto ambiental, es decir, la incorporación de consideraciones ambientales en las decisiones económicas.²⁴

Para concluir este capítulo, nos parece indispensable identificar los componentes fundamentales en el concepto de desarrollo sustentable, sin los cuales cualquier estrategia tendiente a su implementación resultaría ineficiente e incompleta. La planificación del desarrollo sustentable debe tender hacia un equilibrio dinámico entre sus diversos componentes; de manera que postulamos al desarrollo sustentable como un concepto de carácter global e integrador, en el cual es posible distinguir los siguientes factores o elementos:

- **Capital humano**. El centro de cualquier estrategia de desarrollo sustentable es la persona. Los recursos naturales y el medio ambiente son medios, que sin lugar a dudas resultan indispensables, pero que por sí solos no resuelven el problema de la sustentabilidad. Resulta prioritario y urgente la consideración de la persona como sujeto principal del desarrollo. Las personas son, a la vez, un recurso para el desarrollo y el sujeto de éste.

²³Por ejemplo en la Convención Marco de Cambio Climático artículo 3 N°1 al señalar que “las partes, en las medidas que adopten para lograr el objetivo de la Convención y aplicar sus disposiciones, se guiarán, entre otras cosas, por lo siguiente: Deberían proteger el sistema climático en beneficio de las generaciones presentes y futuras, sobre la base de la equidad y de conformidad con sus responsabilidades comunes pero diferenciadas y sus respectivas capacidades.”

²⁴Este principio ha sido recogido en el artículo 6 del Convenio sobre Biodiversidad al establecer: “*cada parte contratante integrará en la medida de lo posible y según proceda, la conservación y utilización sostenible de la diversidad biológica en los planes, programas y políticas sectoriales o intersectoriales*”.

- **Capital natural o elemento físico.** Existe una obvia necesidad de formular una política de gestión de los recursos naturales y el medio ambiente que incorpore la dimensión humana (económica, política, social) y le otorgue además un carácter integrador nacional a la Soberanía de cada país en materia de sustentabilidad. Las políticas económicas dirigidas hacia el desarrollo sustentable tienen como finalidad última mejorar los niveles de vida de la población, pese a lo cual la gestión de los recursos naturales y la utilización y distribución de sus frutos no han avanzado lo suficiente para erradicar problemas sociales tan graves como la pobreza en vastas regiones del planeta.
- **Acervo institucional.** Es de vital importancia para el logro de una política global de desarrollo sustentable, una necesaria concertación y participación de la comunidad en el ámbito local, nacional y mundial, lo que aconseja revisar acuciosamente la institucionalidad existente con el fin de adaptarla a requerimientos nuevos y cambiantes. Esta adaptación se refiere fundamentalmente al proceso de toma de decisiones, que comprende las estructuras de incentivos y disuasivos, la organización del desarrollo, gestión y administración de la economía, con un papel preponderante del Estado (a quien le corresponde la formulación o perfeccionamiento de la legislación, de la reglamentación y de las normas ambientales y la gestión de los recursos naturales de cada país) y en estrecha colaboración de los agentes privados y participación de las comunidades. Las instituciones privadas y públicas participantes en este proceso debieran articularse de manera visible y explícita, para que la ejecución de las políticas nacionales cuenten con el apoyo de toda la comunidad y se eviten las acciones incoherentes de los diversos agentes. En conclusión, es de vital importancia el perfeccionamiento de los sistemas nacionales de coordinación y cooperación entre las diversas instituciones y organismos estatales,

paraestatales y privados, cuyas actividades incidan significativamente en el medio ambiente.

- **Acervo cultural.** Los recursos naturales y el medio ambiente sólo son medios que asociados a una base institucional sólida, democrática y participativa, ayudarán a lograr los objetivos del desarrollo sustentable. Es de singular importancia que la población participe más activamente en la educación y capacitación sobre temas relativos a los recursos naturales y el medio ambiente. Esta participación se debe dar en todos los niveles. Al proceso se debe incorporar también el personal de la administración pública y del sector privado, a fin de formular una adecuada política nacional en materia educacional y de comunicaciones que eleve el nivel de conciencia pública sobre los problemas de sustentabilidad del desarrollo.
- **Cooperación e integración internacional.** El campo de cooperación e integración internacional se encuentra conformado por diversas instancias que la sustentan. En el campo internacional la institucionalidad avanza y existen diversos instrumentos que tienen este alcance; en la actualidad existen diversos foros de negociación tendientes a formular instrumentos jurídicos, en los cuales se debería orientar como concepto la congruencia entre la responsabilidad de los Estados en la gestación de los problemas ambientales y la responsabilidad de éstos en contribuir a su solución; se debe, a su vez reconocer de manera explícita que los problemas ambientales mundiales o globales no son más que la acumulación de los problemas locales. Por otra parte, resulta de vital importancia fortalecer la cooperación internacional en términos de asistencia técnica y recursos; la cooperación técnica debe tener como criterio fundamental la necesidad de mejorar y ampliar los sistemas de información ambiental básica de cada uno de los países, la asistencia técnica horizontal e internacional deberá ser

utilizada para traspasar información desde los países con mayor experiencia y conocimientos en los diversos aspectos relativos a la gestión ambiental, hacia los países con mayores deficiencias en estas materias. De igual forma, resulta indispensable para los países en desarrollo, con el objeto de abordar el reto del desarrollo sustentable, un aumento neto de los recursos asignados a tal fin, por lo que se hace necesario aumentar los recursos financieros. Sin embargo, resultaría inaceptable para tales países que el financiamiento externo proviniera de una reasignación de créditos destinados al desarrollo económico; sin lugar a dudas debe tratarse de recursos nuevos, adicionales al financiamiento ya existente, puesto que de lo contrario se estaría restringiendo las posibilidades del desarrollo económico al redistribuir recursos que estaban originalmente destinados a financiar programas de índole económico-social, y consecuentemente se limita la oportunidad de alcanzar un desarrollo sustentable; Si el financiamiento externo para la sustentabilidad del desarrollo no es adicional al financiamiento existente, la nación receptora sufrirá un deterioro neto.

CAPITULO SEGUNDO

EL PRINCIPIO PRECAUTORIO

2.1 Aproximación al Principio Precautorio.²⁵

La Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo consagró en su “Declaración de Río” una serie de principios esenciales al desarrollo sostenible. Uno de ellos es el denominado “Principio Precautorio” que, frente a una eventual actividad con posibles impactos negativos en el medio ambiente, permite que la decisión política que no da lugar a su realización, se base exclusivamente en indicios del posible daño sin necesidad de requerir la certeza científica absoluta.

Este principio, cuyos orígenes se remontan al primer tercio del siglo XX, fue consolidándose en los temas de directa relevancia para la salud humana como el efecto del uso de productos químicos o de la descarga de contaminantes y se constituyó en una herramienta de apoyo a los países en desarrollo, cuyos medios científicos no les permitían cuestionar de manera fehaciente los supuestos planteados por los países desarrollados en cuanto a la inocuidad de tales sustancias.

La evolución del principio lo incorpora también a materias vinculadas al manejo de los recursos naturales como las áreas forestales, pesqueras y

²⁵ Artigas, Carmen; “El principio precautorio en el derecho y la política internacional”, CEPAL-SERIE Recursos naturales e infraestructura, 2001, pág. 5-7.

biotecnológicas pasando a ser un tema de discusión en distintas instancias referidas al comercio internacional.

2.1.1 Una primera definición

El principio precautorio es redactado de distintas formas cada vez que es articulado. Aunque algunos enunciados del principio son más detallados que otros, no hay mayores conflictos entre ellos. La parte central de cada enunciado encierra la idea de que se deben tomar acciones para prevenir daños al ambiente o a la salud humana, aún cuando la evidencia científica sea incierta.

De la forma en la que el principio ha sido elaborado últimamente, contiene casi siempre tres ideas adicionales que van más allá de “daño” y “falta de certeza científica”, éstas son:

- a) La noción de buscar alternativas para las tecnologías peligrosas;
- b) La idea de transferir a los proponentes de una tecnología, la responsabilidad de demostrar su seguridad; y
- c) Transparencia y democracia, como objetivos en la toma de decisiones sobre tecnologías.

Estas ideas proveen una aproximación razonable para evaluar y tomar decisiones sobre productos o tecnologías y otras actividades humanas que puedan causar impactos negativos en el ambiente²⁶.

²⁶ Red por una América Latina libre de transgénicos; Boletín N° 10, Quito, 8 de mayo del 2000, En <http://www.biodiversidadla.org/redlat10.htm>

Lothar Gundling ha señalado “que el concepto de este principio tiene un carácter elusivo y que, dada la variedad de aspectos que involucra, no existe hasta el momento, una definición clara de la materia bajo análisis”.²⁷

La definición de este principio se dificulta aún más por el carácter internacional del tema, así como por la diversidad de denominaciones que este principio ha acuñado en la doctrina. Así, se lo ha llamado el principio “de la acción precautoria”, “de la aproximación precautoria”, “de la protección anticipatoria” y “de la acción sobre una base precautoria”²⁸. Numerosos autores han manifestado opiniones a favor de este principio, por ejemplo Gundling ha indicado que “el principio precautorio es uno de los más importantes de una política preventiva del medio ambiente, ya que éste va más allá de la mera reparación del daño y de la prevención de los riesgos. Además, exige la reducción y la prevención de los daños al medio ambiente inclusive sin tomar en cuenta la certeza científica de la existencia de los riesgos ambientales”.²⁹

El principio precautorio tiene como finalidad fundamental proteger el medio ambiente antes de que alguna situación de riesgo lo ponga en peligro; sobre todo su aplicación conlleva el planteamiento de que la falta de certeza científica sobre la existencia de un daño al medio ambiente no debe ser considerada como un impedimento para tomar medidas que reduzcan o desaparezcan ese posible daño.

²⁷ Gundling Lothar; “The Status in International Law of the Principle of Precautionary Action”, En Revista de Política Internacional, N° 45, julio-septiembre de 1996, pág. 106.

²⁸ Vera Esquivel. Germán; “El derecho internacional del medio ambiente, el principio precautorio y las sentencias de la Corte Internacional de Justicia sobre los ensayos nucleares del Pacífico Sur”, En Revista de Política Internacional, N° 45, julio-septiembre 1996, pág. 105-119.

²⁹ Gundling Lothar; Ob. Cit, pág. 107.

El principio precautorio tiene una dimensión protectora muy amplia. Podemos ilustrar esto a través de la siguiente figura: Partamos del supuesto de que las torres de alta tensión pueden generar cáncer o alguna otra enfermedad en quienes sufren exposición diaria o se encuentran en contacto permanente con ellas; de manera que si esas torres se encuentran cerca de un poblado o de un colegio, la aplicación del principio precautorio nos obligaría a retirarlas. En este caso, la certeza científica de que estas torres causen alguna enfermedad no existe; lo que existe es una probabilidad de que causen un efecto dañino. Aplicar el principio precautorio en este caso significa que, aún cuando no haya plena seguridad científica de que la exposición a las torres causen daño a las personas, la sola presunción de este daño obliga a evitar la acción que pueda causarlo.

2.1.2 Origen del principio precautorio

Es generalmente aceptado que el principio precautorio tiene su origen en la doctrina jurídica alemana, específicamente en la tradición sociopolítica germana surgida en el apogeo del socialismo democrático en 1930, basado en la directriz del “buen manejo doméstico”. Se consideró una asociación constructiva entre el individuo, la economía y el Estado para afrontar los cambios a fin de mejorar la relación entre la sociedad y la naturaleza de la que se dependía para sobrevivir. Esta condición dotaba al principio precautorio de una aptitud de administración o programación, lo que representaba un rol orientador para la futura acción política y regulatoria³⁰. El principio precautorio, conocido por los publicistas germanos como *vorzorgeprinzip*, ha tenido un desarrollo bastante singular en Alemania y por consiguiente en toda Europa, donde tiene un lugar relevante en todas las consideraciones ecológicas

³⁰ Artigas Carmen; Ob. Cit, pág. 7-8.

actuales. Es especialmente en Alemania donde ha tenido un desarrollo considerable. Algunos autores han reconocido incluso que la riqueza del concepto *vorzorgeprinzip* es muy grande, pues incluye la idea alemana de *gefahrenvorsorge*, que significaría “precaución frente al peligro”. Así mismo tradicionalmente “prevención” implica detener las actividades sobre las cuales se tiene certeza efectiva que son dañinas. En cambio, con la idea de *gefahrenvorsorge*, la acción precautoria empezaría aún antes de la manifestación del peligro (ambiental) y la acción puede ser considerada así incluso y sólo cuando hay un mero riesgo de daño³¹.

Para Boehemer, el concepto alemán de *vorzorgeprinzip* implica mucho más que la simple traducción inglesa de planificación preventiva. Sostiene el autor que el concepto absorbe también nociones de prevención de riesgo, costo-efectividad (pero en un marco económico más flexible), responsabilidades éticas para la mantención de la integridad de los sistemas naturales y de la falibilidad de la comprensión humana³².

A fines de los años setenta y principio de los años ochenta se desarrollaron las nociones de “cuidado y práctica inteligente”, las cuales se han extendido a seis conceptos básicos³³ enmarcados ahora en el principio precautorio:

- Anticipación preventiva: la voluntad de tomar acción anticipada sin esperar la prueba científica de que es necesario actuar, basados en que una mayor

³¹ Vera Esquivel German; Ob Cit, pág. 107.

³² Boehemer Christiansen, Sonja; “Interpreting The Precautionary Principle”, 1994, citado en “El principio precautorio en el derecho y la política internacional”, CEPAL-SERIE Recursos naturales e infraestructura, 2001, pág. 8. ³² Artigas Carmen; Ob Cit, pág. 8-9.

³³ Artigas Carmen; Ob Cit, pág. 8-9.

demora será finalmente más costosa para la sociedad y la naturaleza, y en el largo plazo, injusta para las futuras generaciones.

- Salvaguardia: del espacio ecológico y ambiental para la maniobra, como un reconocimiento de que no deberían siquiera aproximarse a los márgenes de tolerancia, menos aún traspasarse. Esto se conoce también como una ampliación de la capacidad asimilativa de los sistemas naturales absteniéndose de usos posibles pero indeseables de los recursos.
- Proporcionalidad: de la respuesta o costo-efectividad de los márgenes de error para mostrar que el grado de restricción no es indebidamente costoso. Esto introduce un sesgo en el análisis costo-beneficio convencional para incluir una función de evaluación de la ignorancia y del probable mayor peligro para las futuras generaciones si se vulneran las capacidades de soporte de la vida, cuando esos riesgos pueden ser conscientemente evitados.
- Deber de cuidado o carga de la prueba en aquellos que proponen el cambio: esto plantea profundas cuestiones sobre el grado de libertad para tomar riesgos calculados y de esta forma, innovar y compensar las posibles pérdidas. Las exigencias formales de cuidado ambiental junto a una ampliación de la responsabilidad objetiva por cualquier daño, no importa cuan anticipadas, podrían estimular la imaginación y el crecimiento.
- Promoción de la causa de derechos naturales intrínsecos: la noción jurídica de daño ecológico está siendo ampliada para incorporar la necesidad de permitir a los procesos naturales funcionar de manera tal que mantengan el soporte esencial de la vida en la tierra.
- Pago por la pasada deuda ecológica: la precaución mira esencialmente hacia delante, pero hay quienes reconocen que en la aplicación de cuidado, distribución de la carga, costo-efectividad ecológicamente amortiguado y reversión de la carga de la prueba, debería haber una penalización de no haber sido cuidadoso en el pasado. Esto en un sentido es la precaución

puesta a la inversa: compensar por pasados errores de juicio basados en la ignorancia o la falta de voluntad en el pasado mostrando un claro sentido de responsabilidad hacia el futuro. Este concepto del principio está aún embrionario en el derecho y la práctica, pero la noción de “responsabilidades comunes pero diferenciadas” recogida en la Convención de las Naciones Unidas sobre Cambio Climático y el concepto de asumir la precaución de acuerdo a las capacidades como se indica en el Principio 15, en cierta forma se relaciona con esta idea, que por otra parte, está expresamente consagrada en el Principio 7 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo.

2.1.3 Principio precautorio y principio preventivo

Antes de seguir analizando el principio precautorio, nos parece pertinente referirnos al Principio Preventivo, dada la conexión que puede existir entre ambos, y además por la necesidad de diferenciarlos.

La mayor parte de la doctrina reconoce que el principio preventivo se encuentra reconocido en el Principio 6, 7, 15 y 18 de la Declaración de Estocolmo de 1972³⁴; los cuales se refieren a diversos aspectos relacionados con la prevención del daño ambiental o de la contaminación. Este principio

³⁴ Estos Principios señalan: “Deben ponerse fin a la descarga de sustancias tóxicas y de otras materias y a la liberación de calor...*para que no se causen daños graves o irreparables a los ecosistema*”; “Los Estados deberán tomar todas las medidas posibles para impedir la contaminación de los mares *por sustancias que puedan poner en peligro la salud del hombre, dañar los recursos vivos y la vida marina...*”; “Debe aplicarse la planificación a los asentamientos humanos y a la urbanización *con miras a evitar repercusiones perjudiciales sobre el medio*”; y “Como parte de su contribución al desarrollo económico y social, *se debe utilizar la ciencia y la tecnología para descubrir, evitar y combatir los riesgos que amenazan al medio, para solucionar los problemas ambientales y para el bien común de la humanidad*”.

consiste en la obligación de prevenir el daño al medio ambiente, o de reducir, limitar o controlar las actividades que puedan causar daño. El principio preventivo requiere tomar medidas en forma anticipada, antes que el daño ocurra. De esta manera se manifiesta en la exigencia de procedimientos de autorización (tales como el procedimiento de evaluación de impacto ambiental), en el establecimiento de estándares ambientales (como normas de emisión y de calidad).³⁵

La diferencia entre el principio preventivo y el principio precautorio radica en el hecho de que en el caso del principio preventivo, existe la certeza científica de que determinada acción va a ocasionar daño al medio ambiente, en cambio en el principio precautorio no existe esta certeza científica. Es sólo ante la imposibilidad de conocer con anterioridad el efecto dañino que se aplica el principio precautorio. En este sentido, se puede afirmar que el principio precautorio es un paso previo al principio preventivo, puesto que el primero se puede aplicar aún antes de saber si un acto puede o no ser dañino para el medio ambiente. De lo anterior se desprende que cada principio tiene su propio ámbito de aplicación.

2.1.4 Antecedentes del Principio Precautorio

El principio precautorio, pese a su novedad, se ha desarrollado a lo largo de las recientes décadas. La doctrina internacional reconoce su existencia o la de alguna inspiración precautoria, en ciertos documentos internacionales como:

³⁵ Montenegro, S; Hervé, D; Duran, V; Ob Cit, pág. 26.

- Declaración de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano (Estocolmo, 1972): en el Principio 2 de este Documento se encuentra el primer planteamiento del principio precautorio al señalar que *“Los recursos naturales de la Tierra, incluidos el aire, el agua, la tierra, la flora y la fauna y especialmente muestras representativas de los ecosistemas naturales, deben preservarse en beneficio de las generaciones presentes y futuras mediante una cuidadosa planificación u ordenación, según convenga”*.
- Declaración de Nairobi (1982): esta Declaración fue suscrita a instancias de las Naciones Unidas para conmemorar los diez años de la existencia de la Declaración de Estocolmo. La norma referida al principio precautorio se encuentra ubicada en el Principio 3 de este documento, que señala la necesidad de administrar y evaluar el impacto medioambiental.
- Carta Mundial de la Naturaleza (1982): esta Carta fue adoptada y proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en su Resolución 37/7 del 28 de octubre de ese año. El principio en estudio está sugerido en varios de sus artículos. Así en su Preámbulo se expresa que *“Los beneficios duraderos que se pueden obtener de la naturaleza dependen de la protección de los procesos ecológicos y los sistemas esenciales para la supervivencia y de la diversidad de las formas de vida, las cuales quedan en peligro cuando el hombre procede a una explotación excesiva o destruye los hábitats naturales”*. A su vez, en la Parte I, referido a los Principios Generales señala que *“Los ecosistemas y los organismos, así como los recursos terrestres, marinos y atmosféricos que son utilizados por el hombre, se administrarán de manera tal de lograr y mantener su productividad óptima y continua sin por ello poner en peligro la integridad de los otros ecosistemas y especies con los que coexistan”*. En su Parte II,

referida a las Funciones, el N° 7 expresa que *“En la planificación y realización de las actividades de desarrollo social y económico se tendrá debidamente en cuenta el hecho de que la conservación de la naturaleza es parte integrante de esas actividades”*, y en su N° 11, *“Se controlarán las actividades que puedan tener consecuencias sobre la naturaleza y se utilizarán las mejores técnicas disponibles que reduzcan al mínimo los peligros graves para la naturaleza y otros efectos perjudiciales, en particular: (a) Se evitarán las actividades que puedan causar daños irreversibles a la naturaleza; (c) Las actividades que puedan perturbar la naturaleza serán precedidas de una evaluación de sus consecuencias y se realizarán con suficiente antelación estudios de los efectos que puedan tener los proyectos de desarrollo sobre la naturaleza; en caso de llevarse a cabo, tales actividades se planificarán y realizarán con vistas a reducir al mínimo sus posibles efectos perjudiciales”*.

- Protocolo de Montreal relativo a las Sustancias que agotan la Capa de Ozono (1987): en el Párrafo sexto del Preámbulo, según modificación introducida en el año 1990 *“Decididas a proteger la capa de ozono adoptando medidas preventivas para controlar equitativamente el total de emisiones mundiales de las sustancias que la agotan, con el objetivo final de eliminarlas, sobre la base de los adelantos en los conocimientos científicos, teniendo en cuenta aspectos técnicos y económicos y teniendo presente las necesidades que en materia de desarrollo tienen los países en desarrollo”*.
- Tratado de la Unión Europea (Maastricht 7 de febrero de 1992): en el Título XIX “Medio Ambiente”, artículo 174 (antiguo artículo 130 R) N°2 se expresa que *“La política de la Comunidad en el ámbito del medio ambiente tendrá como objetivo un nivel de protección elevado, teniendo presente la*

diversidad de situaciones existentes en las distintas regiones de la Comunidad. Se basarán en los principios de cautela y de acción preventiva, en el principio de corrección de los atentados al medio ambiente, preferentemente en la fuente misma, y en el principio de quien contamina paga. En este contexto, las medidas de armonización necesarias para responder a exigencias de la protección del medio ambiente, incluirán, en los casos apropiados, una cláusula de salvaguardia que autorice a los Estados miembros a adoptar, por motivos medioambientales no económicos, medidas provisionales sometidas a un procedimiento comunitario de control”.

- Declaración de Río (3 al 14 de junio de 1992): en este documento se reconoce la necesidad de una aproximación precautoria para enfrentar los problemas ambientales internacionales e incluye el concepto en estudio como Principio 15 *“Con el fin de proteger el medio ambiente, los Estados deberán aplicar ampliamente el criterio de precaución conforme a sus capacidades. Cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente”.*
- Convención Marco de las Naciones Unidas sobre Cambio Climático (4 de junio de 1992): el artículo 3 relativo a los Principios, en su N° 3 señala *“Las partes deberían tomar medidas de precaución para prever, prevenir o reducir al mínimo las causas del cambio climático y mitigar sus efectos adversos. Cuando haya amenaza de daño grave o irreversible, no debería utilizarse la falta de total certidumbre científica como razón para posponer tales medidas, tomando en cuenta que las políticas y medidas para hacer*

frente al cambio climático deberían ser eficaces en función de los costos a fin de asegurar beneficios mundiales al menor costo posible. A tal fin, esas políticas y medidas deberían tener en cuenta los distintos contextos socioeconómicos, ser integrales, incluir todas las fuentes, sumideros y depósitos pertinentes de gases de efecto invernadero y abarcar todos los sectores económicos. Los esfuerzos para hacer frente al cambio climático pueden llevarse a cabo en cooperación entre las partes interesadas”.

- Convención sobre Diversidad Biológica (5 de junio de 1992): en esta Convención, el principio precautorio se refleja en su Preámbulo en el párrafo IX, al señalar *“que cuando exista una amenaza de reducción o pérdida sustancial de la diversidad biológica no debe alegarse la falta de pruebas científicas inequívocas como razón para aplazar las medidas encaminadas a evitar o reducir al mínimo esa amenaza”.*
- Declaración de la Comisión Permanente del Pacífico Sur (4 de julio de 1995): en el ámbito latinoamericano, cabe mencionar la Declaración de los países del mecanismo de concertación política entre Estados, conocido como CPPS con motivo de los ensayos nucleares realizados en los atolones de Moruroa y Fangataufa. En dicha Declaración, los países miembros de la CPPS sostuvieron que: *“La realización de ensayos nucleares en el Pacífico Sur constituye un riesgo potencial para la salud y seguridad de las poblaciones de los países ribereños, sus recursos vivos y su medio ambiente, y no toma en cuenta el principio precautorio recogido en la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo”.* Esta Declaración hecha por cuatro países de la región (Perú, Chile, Colombia y

Ecuador), puede ser considerada como la primera que incorpora el principio precautorio.³⁶

- Declaración de Wingspread (1998): la Conferencia de Wingspread sobre el principio de precaución fue realizada por The Science and Environmental Health Network, en lo que respecta al principio señala que: *“Cuando una actividad representa una amenaza de daño para la salud humana o para el ambiente, se deben tomar medidas preventivas aunque algunas relaciones entre causas y efectos no sean establecidas científicamente en su totalidad”*.
- Comunicación adoptada por la Comisión Europea sobre el Principio Precautorio (2 de febrero del 2000): en ella se señala que *“El principio de precaución se aplica cuando la evidencia científica es insuficiente, vaga e incierta, y las evaluaciones científicas preliminares indican que hay suficientes argumentos para preocuparse acerca de que los potenciales efectos negativos en el ambiente, salud humana, animal o de las plantas pueden ser inconsistentes con el alto nivel de protección escogidos por los Estados Unidos”*.
- Protocolo de Cartagena sobre Seguridad de la Biotecnología del Convenio sobre la Diversidad Biológica (29 de enero del 2000): tanto en su preámbulo como en su artículo 1 relativo al Objetivo del protocolo se afirma que *“De conformidad con el enfoque de precaución que figura en el principio 15 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, el objetivo del presente Protocolo es contribuir a garantizar un nivel adecuado de protección en la esfera de la transferencia, manipulación y utilización seguras de los organismos vivos modificados resultantes de la biotecnología”*.

³⁶ Vera Esquivel, Germán; Ob. Cit, pág. 109.

moderna que puedan tener efectos adversos para la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica, teniendo también en cuenta los riesgos para la salud humana, y centrándose concretamente en los movimientos transfronterizos”. Igualmente, en su artículo 10, referido al procedimiento de adopción de decisiones, se indica que “el hecho de que no se tenga certeza científica por falta de información o conocimientos científicos pertinentes suficientes sobre la magnitud de los posibles efectos adversos de un organismo vivo modificado en la conservación y utilización sostenible de la diversidad biológica en la parte de importación, teniendo también en cuenta los riesgos para la salud humana, no impedirá a la parte de importación, a fin de evitar o reducir al mínimo esos posibles efectos adversos, adoptar una decisión, según proceda, en relación con la importación del organismo vivo modificado de que se trate (..)”. Finalmente, el Protocolo consagra una interpretación bastante tímida del principio en su Anexo III sobre Evaluación del Riesgo, en donde se señala que la falta de conocimientos científicos o de consenso científico no se interpretarán necesariamente como indicadores de un determinado nivel de riesgo, de la ausencia de riesgo o de la existencia de riesgo aceptable.

2.2 Dimensiones del concepto.

Como ya pudimos observar en el punto anterior, el enfoque precautorio aparece descrito en diversos tratados y legislaciones internacionales; con todo, la expresión usada en el Principio 15 de la Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo contiene los elementos centrales que permiten caracterizar a esta institución, al declarar que “...cuando haya peligro de daño

grave e irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente".

2.2.1 El principio precautorio y la incertidumbre científica

En la adopción de decisiones en materia ambiental existe una apelación recurrente a la evidencia científica, a pesar que esta última raramente alcanza un grado suficiente de plenitud. La capacidad anticipatoria de la ciencia, sin embargo, en muchas oportunidades nos habla, a lo sumo, de rangos y probabilidades o, aun, deja abierta la posibilidad de falsedad en sus teorías.

Así surge, la incertidumbre, como factor que define las decisiones en materia ambiental, lo que supone reconocer la existencia de eventos cuya probabilidad es desconocida y que van desde una máxima incertidumbre en el caso que la información pertinente no esté disponible, hasta escenarios de incertidumbre estadística acompañada de probabilidades conocidas o, en otras palabras, riesgos. Esto conlleva un aumento de la complejidad en la toma de decisiones; quienes deben adoptarlas necesitan conocer el problema y, desde allí formular soluciones; sin embargo, esperar por una prueba científica completa puede significar incurrir en daños irreversibles. En este contexto surge la aplicación del enfoque precautorio, al pretender éste asumir metodológicamente la incertidumbre y los escenarios que la misma plantea en el proceso de adopción de decisiones; o, como se ha dicho, "una vez que la realidad de la incertidumbre ha sido reconocida y ha sido aceptada la necesidad de una apropiada acción política, el principio precautorio busca maximizar las respuestas provenientes de las estructuras jurídicas y económicas"; o sea, el

enfoque precautorio pretende obtener una respuesta óptima a la incertidumbre, dentro de las posibilidades actualmente ofrecidas por el tipo de conocimiento que se tenga del medio en el cual el mismo pretende ser aplicado.³⁷

En la presentación efectuada por miembros de organizaciones no gubernamentales ante oficiales de la Casa Blanca en el tema biotecnológico (1999), se planteó de manera eficiente el sentido del principio precautorio a través de una ecuación:

Incertidumbre científica + sospecha de daño = Acción Precautoria

La **incertidumbre** se genera por el desconocimiento, la indeterminación (por ejemplo, la imposibilidad de abarcar los grandes ecosistemas) e incertidumbres estadísticas.

El **daño** debe ser potencialmente serio (en alcance geográfico o periodos de tiempo), irreversible y acumulativo.

Se postula que la **acción precautoria** debe ser preventiva y anticipatoria, describiéndose como componentes del principio:

- tomar acción precautoria antes de la evidencia científica de la causa y el efecto;
- establecer metas;
- buscar y evaluar alternativas a las prácticas dañinas;

³⁷ Hernández Salas, Carlos; "El Enfoque Precautorio: Un metacriterio normativo para una reflexión jurídica y política ribereña acerca del manejo y la conservación de pesquerías", Tesis de Magister, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 1999, pág. 6-9.

- revertir la carga de la prueba en cuanto a la responsabilidad financiera de ella y al deber de comprender, investigar, informar, actuar y fiscalizar,
- desarrollar criterios y métodos más democráticos de toma de decisiones.³⁸

En cuanto a la forma de manejar las herramientas de evaluación de riesgo y el principio precautorio, en su informe al gobierno las ONGs estimaron que:

- la evaluación de riesgo es útil para la priorización de tecnologías limpias;
- el principio precautorio es útil para determinar si corresponde implementar nuevas tecnologías, productos químicos o procesos;
- el principio precautorio es útil para tomar acción cuando las consecuencias de una tecnología o de un químico nos toma por sorpresa.

2.2.2 El principio precautorio y la carga de la prueba

El principio precautorio, ha situado la carga de la prueba en quien debe justificar la no-existencia de daño. La reversión de la carga de la prueba se ha fundamentado en que habitualmente la ausencia de evidencia ha sido usada por los desarrollistas como equivalente a "evidencia de ausencia", cuando los impactos medioambientales son considerables.

El desplazamiento del peso de la prueba trae consigo ciertas dificultades; entre las cuales podemos señalar el hecho de que la reversión de la carga de la prueba puede llegar a producir una indeterminación respecto a qué es lo que se debe probar, puesto que la noción de daño no está libre de controversia; y además, las dificultades probatorias se acrecientan al tener que

³⁸ Artigas, Carmen; Ob. Cit, pág.. 14-15.

probar un hecho negativo, asumiendo que las pruebas deben ofrecerse como afirmaciones a priori que tiendan a evitar la fórmula clásica de esperar y ver que se presenta en la confrontación de la actividad económica con la evaluación de los impactos que ella produce en el medio ambiente.³⁹

Los conceptos claves en los debates sobre el principio precautorio han sido la carga de la prueba y el tipo de ésta (es decir, la responsabilidad de aportar las pruebas pertinentes y fijar los criterios que han de emplearse para juzgarlas). Muchas veces, se ha considerado que el principio precautorio exige una inversión de la carga de la prueba, como si las acciones humanas se presumieran perjudiciales a menos que se pruebe lo contrario. Por lo que respecta a estos conceptos, se reconoce en materia pesquera que:⁴⁰

- Todas las actividades pesqueras repercuten en el medio ambiente y no conviene presumir que los efectos sean insignificantes mientras no se pruebe lo contrario.
- Aunque el principio precautorio para la pesca tal vez requiera el cese de las actividades pesqueras que encierran virtualmente efectos perjudiciales graves, no quiere decir que no pueda practicarse la pesca hasta que no se hayan evacuado todos los efectos posibles y se haya asegurado que son insignificantes.
- El principio precautorio exige que todas las actividades pesqueras se sometan a previo examen y autorización; que se establezca un plan de ordenación en el que se especifique claramente los objetivos de ésta y en qué forma han de evaluarse los efectos de la pesca, vigilarse y corregirse.
- La clase de prueba que ha de utilizarse en las decisiones relativas a la autorización de actividades pesqueras guarde relación con el riesgo

³⁹ Hernández Salas, Carlos; Ob. Cit, pág. 10-13.

⁴⁰ Caddy, JF y Griffiths, RC; Ob. Cit, pág. 73.

potencial que corre el recurso, al mismo tiempo que se tiene en cuenta también los beneficios previstos de esas actividades.

2.2.3 El principio precautorio se aplica como método proactivo

Frente a la fórmula de hacer, esperar, ver y tratar de reconstruir se ha alzado el principio precautorio como una fórmula de protección del medio ambiente que utiliza acciones anticipatorias. En el sustrato de esta noción se encuentran conceptos como los de riesgo y peligro, y la referencia que a ellos hace la idea de prevención.

Postulando una diferencia entre riesgo y peligro, en cuanto al primero aparece ligado a decisiones internas del sistema y el segundo a eventuales daños provenientes del entorno, la regulación de aquel sistema está fundada en aquella distinción en cuanto debe disponer sus normas en función de sus propias rutinas y de las modificaciones que se produzcan en el mismo y en su entorno.

En este contexto, el tratamiento del error en el proceso de toma de decisiones ha jugado un papel relevante en la argumentación en torno al principio precautorio. Este tema se expresa en la distribución de errores institucionales y de los procedimientos que los originan; lo dicho se relaciona con los objetivos políticos de la toma de decisiones y el tipo de error que en el proceso se selecciona como digno de evitarse. Los errores son calificados de falsos positivos cuando se cree equivocadamente que una acción humana provoca un determinado daño; y falsos negativos, por su parte, son aquellas atribuciones de inocuidad a acciones humanas que sí causan daños sobre el

medio ambiente. Lo anterior es importante, en la medida en que en el ámbito científico y en el ámbito político-jurídico, la selección de errores no es equivalente. Se reconoce, con ello, que los científicos se muestran más preocupados de evitar los errores falsos positivos, dado que éstos entregan evidencia insustancial y contaminan la investigación científica futura. Por su parte, las decisiones políticas, se preocupan en general, de evitar los errores del tipo falso negativo, dado que ellos pueden involucrar altos costos al implicar la negación de un riesgo que sí existe. Debemos tener en cuenta que, en muchas ocasiones más de una hipótesis es consistente con los datos disponibles, y además, muchas hipótesis tienen diferentes consecuencias políticas. Aún en el caso de plena compatibilidad de los datos y las hipótesis, surgen dilemas acerca de las características finales que adopta la respectiva decisión. Lo anterior supone que el sistema de adopción de decisiones disponga de los mecanismos que hagan posible el tratamiento del error, no sólo en las etapas previas de la actividad de que se trate, sino en el curso mismo del desarrollo de la misma.

Esto nos remite a los mecanismos de gestión que parecen encontrarse en el trasfondo del principio precautorio. Un antecedente de esto se encuentra en la política social alemana de los años treinta a través del vorsorgeprinzip, cuya formulación contemporánea podemos observar en la declaración del gobierno federal del año 1976, en cuanto ella expresa que: *“la política medioambiental no está plenamente ejecutada por el rechazo de riesgos inminentes y la eliminación del daño ya ocurrido, sino que la política medioambiental precautoria requiere además que los recursos naturales sean protegidos, demandando para ello el debido cuidado”*⁴¹

⁴¹Hernández S, Carlos; Ob. Cit pág. 16-17.

La capacidad anticipatoria de los sistemas está condicionada por la posibilidad que éstos tengan de reaccionar oportunamente ante el error, lo que implica la formulación de procedimientos y reglas internas que permitan generar pautas de acción consistentes con el reconocimiento de aquél.

2.2.4 El principio precautorio y el daño ambiental

La Real Academia Española de la Lengua ha definido **daño** como “toda pérdida o menoscabo que sufre una cosa”.⁴² Por otro lado, la Doctrina lo define como “todo detrimento o menoscabo que sufra una persona en su patrimonio, en su persona física o moral”. Para la Jurisprudencia daño es “todo detrimento o menoscabo que una persona experimenta por culpa de otra, sea en su persona, en sus bienes o en cualquiera de sus derechos extrapatrimoniales”.⁴³ De lo anterior podemos concluir que la definición de daño está lejos de ser unívoca y, más aún, dentro de las ciencias jurídicas el concepto de daño está fuertemente determinado por el sistema de responsabilidad al que adscriba la legislación de que se trate, así, por ejemplo no sería coherente una definición de daño que incluye el elemento culpa si el tipo de responsabilidad fuese objetiva y viceversa.

Lo expresado también se aplica en lo que respecta al daño ambiental, pues en la legislación comparada o bien no está definido el concepto, tal es el

⁴² Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua; Editorial Espasa Calpe 18º Edición, 1996, pág. 623.

⁴³ “Revista de Derecho y Jurisprudencia”, Corte de Apelaciones de Chillan 5 de octubre de 1970 Tomo DXVII, 2º parte, sección 2º, pág. 85.

caso de Argentina, que no conoce el concepto⁴⁴, o bien está definido pero de diferentes maneras.

En el caso de Chile, antes de la existencia de La Ley de Bases del Medio Ambiente (Nº19.300), la legislación nacional no contemplaba un concepto único y acabado de daño ambiental, lo cual resulta determinante a la hora de establecer qué hechos generan la obligación de reparar los perjuicios ocasionados al medio ambiente. De esta manera es posible encontrar algunas definiciones de daño ambiental al margen de la Ley Nº 19.300, tal es el caso del artículo 1128 Nº4 del Código de Comercio⁴⁵.

Finalmente La Ley de Bases Generales del Medio Ambiente Ley Nº19300 del 9 de marzo de 1994 en su artículo 2 letra e) define **daño ambiental** como *“toda pérdida, disminución, detrimento o menoscabo significativo inferido al medio ambiente en uno o más de sus componentes”*. En el mismo artículo 2 letra II) define **medio ambiente** como *“el sistema global constituido por elementos naturales y artificiales de naturaleza física, química o biológica, socioculturales y interacciones en permanente modificación por la acción humana o natural que rige y condiciona la existencia y desarrollo de la vida y sus múltiples manifestaciones”*.

⁴⁴ Gariazo A, Mauricio; Riveros R, Cristián; “El Seguro por Daño Ambiental y la Responsabilidad por Daño al Medio Ambiente”, Memoria de Grado Facultad de Derecho Universidad de Chile, 2001, pág. 48.

⁴⁵ A propósito de los servicios que presten a una nave u otros bienes en peligro y más propiamente respecto de la llamada “operación de asistencia” señala que *“daño al medio ambiente es el daño físico significativo a la salud humana, a la vida humana o vegetal y a los recursos marinos en aguas sometidas a jurisdicción nacional, áreas terrestres adyacentes a aquellas, producidos por contaminación, envenenamiento, explosión, fuego u otras causas similares”*. El concepto anteriormente señalado es limitado, ya que se refiere sólo al daño físico, excluyendo cualquier otro daño de otra índole; además contiene un elemento cuantitativo que es la palabra “significativo”, pero no otorga elemento alguno para determinar en qué casos estamos ante un daño significativo y en qué casos no lo estamos.

El profesor Rafael Valenzuela integra ambas definiciones concluyendo que **daño ambiental** es “toda pérdida, disminución, detrimento o menoscabo significativo inferido al sistema global constituido por elementos naturales y artificiales de naturaleza física, química o biológica, sociocultural que rige y condiciona la existencia y el desarrollo de la vida, así como sus múltiples manifestaciones; así como toda pérdida, disminución, detrimento o menoscabo significativo infligido a uno o más de los componentes de éste sistema global soportante de la vida”.⁴⁶

La definición de daño contenida en la Ley N° 19300 es amplísima, dado que incluye en estricto rigor el menoscabo a los componentes físicos, biológicos, químicos, pero además incorpora factores socioculturales. Además este concepto incorpora un elemento normativo, en orden a que la pérdida, detrimento o menoscabo debe ser “significativo”; es este elemento el que permite distinguir entre una molestia que debe ser soportada como condición general de la vida común, de aquello que es propiamente indemnizable o reparable. Por ello, el hecho que resulte “significativo” va a ser indicio que el autor no ha observado los deberes de cuidado que le impone la razón. En efecto, la molestia o carga intolerable provocada al tercero será indicio de que no se ha empleado la diligencia debida, de modo que acreditado el daño significativo y su causa puede entenderse aplicable la presunción de responsabilidad por el hecho propio del artículo 2329 del Código Civil. Finalmente debemos hacer presente el que la ley no entrega elementos que permitan dimensionar la significación de éste tipo de daño, por tanto la cuestión queda entregada a la apreciación de los jueces de fondo, con el margen de incertidumbre que ello conlleva.

⁴⁶ Valenzuela Rafael; “Responsabilidad por Daño Ambiental” ; Oficina Regional para América Latina y el Caribe, ONU, 1996, pág. 153.

En lo que respecta a los requisitos del daño ambiental en general son los mismos del daño en materia civil, esto es, que sea directo, cierto y personal, pero un análisis de la doctrina comparada nos hace centrarnos en el elemento certeza, ya que los otros dos elementos se pueden identificar, o al menos ligar con los otros elementos de la responsabilidad, así el daño va íntimamente ligado con la legitimación activa, y el hecho que sea directo, con el nexo causal.

Respecto de las clasificaciones del daño ambiental podemos clasificarlas de numerosas maneras; sin embargo, dada la amplitud a la que nos puede llevar este tema específico, sólo enunciaremos una clasificación referida a los daños específicos al medio ambiente, donde se puede mencionar tres tipos:

- daños colectivos
- daño continuado
- medidas preventivas.

Daños Colectivos: Nos encontramos ante este tipo de daños cuando son varios los sujetos pasivos o personas afectadas por una misma actividad dañosa. A medida que comience a manifestarse un mayor desarrollo de la cuestión medioambiental, se espera lograr un mayor grado de especificidad relativa a la legitimación activa, el resarcimiento, la protección de los intereses de la colectividad, aspectos que en la actualidad no están totalmente resueltos en los sistemas de responsabilidad civil tradicionales.

Daños Continuados: Es necesario establecer que una característica de los daños ocasionados al medio ambiente es el ser consecuencia de una acción que se realiza mediante un proceso dilatado en el tiempo, ésta situación es la que se refleja en el caso de los daños continuados, dentro de los cuales podemos encontrar como figuras específicas las siguientes: **daños continuados en sentido estricto**; los que se definen como aquellos originados

en una sucesión de actos que, para los efectos de la prescripción, no tienen sustantividad propia para iniciar el cómputo del período prescriptivo, lo que significa que son considerados elementos integrantes de lo que se puede llamar un “acto complejo”, cuya realización se prolonga en el tiempo. También existe la figura de los **daños permanentes**, que son aquellos causados por un único punto temporal, cuyos efectos se dilatan a través del tiempo, y finalmente el **daño progresivo**, que es el producido por una serie de actos sucesivos cuya conjunción provoca un daño mayor que la suma de cada uno de los daños individualmente producido por cada acto lesivo.

Medidas Preventivas: Son aquellas que no van encaminadas a reparar daño que el daño se produzca. En éste sentido, se trata de una figura que no entra de lleno en el ámbito de la responsabilidad civil tradicional, cuya misión ha sido siempre esencialmente reparadora. Las medidas preventivas en materia medio ambiental juegan un doble papel, por un lado constituyen uno de los pilares básicos de la protección ambiental dado su carácter preventivo, por la necesidad de evitar la producción del daño, y por otro lado el sistema de responsabilidad por daños al medio ambiente conlleva necesariamente la adopción de medidas tendientes a evitar la repetición de tales daños en el futuro, ya que de no ser así, sería irrazonable condenar al agente a indemnizar el daño causado.⁴⁷

De todo lo anterior podemos concluir que existe una estrecha relación entre la previsibilidad del daño y el principio de precaución, ya que la regla de que los estados no deben causar o permitir un serio o significativo daño a otros estados o espacios comunes no es simplemente una regla de responsabilidad por daños ex post – facto, sino mas bien una obligación de diligente prevención

⁴⁷ Gariazo A, Mauricio; Riveros R, Cristián; Ob Cit, pág. 39-46.

y control. Esta interpretación lleva a la determinación de que es necesario adoptar medidas precautorias o preventivas, lo que sin embargo, puede responderse sólo al relacionarlo con la previsibilidad del daño y su potencial gravedad.

La previsibilidad es requerida por los artículos del estatuto de la Corte Internacional de Justicia, que se aplican a las actividades que causen o puedan causar un riesgo de daño internacional, cuando el Estado sepa o tenga los medios de saber que esa actividad es conducida o será conducida en su territorio o jurisdicción. Se infiere claramente que la obligación de control diligente surge sólo cuando el riesgo es previsible.⁴⁸

2.2.5 El principio precautorio incorpora la variable de costos en su aplicación

En el proceso de adopción del principio precautorio es indispensable, al momento de decidir por la toma de tal o cual medida, tener presente los costos de la misma. Tanto es así, que se indica que es este el factor que más influye en la adopción de dichas medidas. Es fundamental en esto la capacidad de los diversos Estados para adoptar las decisiones informadas por el principio precautorio.

La referencia a los costos, por otra parte, expresa la apertura metodológica del principio precautorio a las informaciones de tipo financiero, social y aún políticas que se impliquen en su adopción. Esto puede ser visto como una sobre carga informativa en la toma de decisiones, que puede sumarse aún, a las incertidumbres ya incorporadas en el mismo proceso, lo que

⁴⁸ Rojas G. Mariluz Victoria; Solis G. Eduardo; “Daño Ambiental y Derecho Internacional”; Memoria de Grado Facultad de Derecho Universidad de Chile 1997, pág. 27-30.

requiere un afinamiento en los niveles de selección de información y de alternativas de acción.⁴⁹

La mayoría de las formulaciones del principio son más utilitarias dejando algunos márgenes en nombre del desarrollo económico y los beneficios socioeconómicos. El principio estricto puede modificarse permitiendo el uso de la mejor tecnología disponible e incluso ajustado a través de una tecnología promedio facilitada por consideraciones de costo, como la mejor tecnología disponible que no involucre costos excesivos.

Una de las áreas más confusas relativo a este principio es si el costo-beneficio o el riesgo-beneficio se consideran dentro del ámbito del principio y si es así , los efectos del principio precautorio en el proceso de decisión. Algunas tendencias consideran que el principio precautorio está separado del análisis de riesgo-beneficio y costo-beneficio y visualizan esos enfoques utilitarios como una dependencia de la racionalidad y la evidencia científica las que a menudo están presentes. Otras parecen considerar al análisis de riesgo y costo-beneficio como abarcados por el principio precautorio pero requiriendo a su vez un enfoque precautorio a ese análisis con mayor peso o más seria consideración de la parte de la ecuación que comprende el riesgo o el costo potencial. Los análisis de costo-efectividad y costo-beneficio han sido utilizados en el pasado para detener las acciones regulatorias. Al respecto nos encontramos con que las consideraciones de costo, así como la evaluación del riesgo, son fácilmente manipuladas. Entonces cabe preguntarse cuáles costos y cuáles beneficios son los que se deben considerar. La Declaración de la Comisión Europea sobre el Principio Precautorio hace la útil aseveración *“la protección de la salud toma precedencia sobre las consideraciones*

⁴⁹ Henández Salas, Carlos; Ob. Cit, pág. 18.

económicas". Si se define de esta forma al costo-efectividad, entonces evidentemente las decisiones precautorias son costo-efectivas, encaminándose a la elección menos costosa

Para finalizar este capítulo, podemos concluir que el objetivo central del principio precautorio es primordialmente manejar la incertidumbre propia de las acciones y sus consecuencias que pueden estar fuera del control humano y que son básicamente las vinculadas a las ciencias naturales, incluyendo dentro de ellas las que se refieren a la protección del bien superior de la vida y la salud humana.

CAPITULO TERCERO

RECEPCIÓN EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL DE LOS PRINCIPIOS DEL DESARROLLO SUSTENTABLE Y PRECAUTORIO EN MATERIA DE REGULACIÓN PESQUERA

En este capítulo haremos referencia a los principales acuerdos, tratados e instancias de relevancia para la regulación pesquera existentes en el ámbito internacional; partiendo por describir la estructura básica existente en cada uno de ellos, para posteriormente determinar de qué manera son reconocidos o no los principios en estudio.

3.1 Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (CONVEMAR,1982)

3.1.1 Orígenes y antecedentes⁵⁰

En un discurso pronunciado en la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1967 el representante de un Estado insular, Malta, propuso que los fondos marinos y oceánicos más allá de la jurisdicción nacional fueran reservados para fines exclusivamente pacíficos y que sus recursos fueran declarados “patrimonio común de la humanidad”. Este trascendental discurso puso en marcha el proceso que llevaría a la Asamblea General de las Naciones

⁵⁰ Llanos Mansilla, Hugo; “La Creación del Nuevo Derecho del Mar: el Aporte de Chile”, Editorial Jurídica de Chile, 1991, Pág. 207-210.

Unidas a la adopción de la Resolución N° 2749 (XXV), de 1970 y a la convocatoria en 1973 de la Tercera Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, que elaboraría la Convención aprobada entre el 6 al 10 de diciembre de 1982, en Montego Bay, Jamaica, sobre el Derecho del Mar.⁵¹

3.1.2 Contenido y aplicación de los principios

La CONVEMAR constituye el primer tratado que establece un marco jurídico general para la protección del medio ambiente marino. Es decir, no establece estándares ambientales detallados, sino que se concentra en regular los derechos y obligaciones generales de los Estados en relación con el medio ambiente marino. Los estándares ambientales se deben definir por tratados especiales.

El objetivo de esta Convención de acuerdo a lo establecido en su Preámbulo, es el establecimiento de un régimen jurídico sobre el derecho del mar que sea generalmente aceptable, que facilite la comunicación internacional y promueva los usos con fines pacíficos de los mares y océanos, la utilización equitativa y eficiente de sus recursos, el estudio, la protección y la preservación del medio marino y la conservación de sus recursos vivos.⁵²

No obstante que el principio de desarrollo sustentable es posterior a la CONVEMAR, es posible apreciar su incorporación en cada una de las partes de ésta. Ya desde el preámbulo se infiere que la Convención busca ser un instrumento para la sustentabilidad del desarrollo en los océanos y mares. Así

⁵¹ La situación de Chile frente a la CONVEMAR está referida al final de este capítulo.

⁵² Hervé E, Dominique; "Capítulo Medio Ambiente Marino", en Montenegro, S; Hervé, D; Duran, V; Ob Cit, pág. 119.

reconoce la “conveniencia de establecer (...) un orden jurídico para los mares y océanos que (...) promueva (...) la utilización equitativa y eficiente de sus recursos, el estudio, la protección y la preservación del medio marino y la conservación de sus recursos vivos”. A su vez, refuerza este elemento de equidad connatural al desarrollo sustentable al señalar que “el desarrollo progresivo y la codificación del derecho del mar logrados en esta Convención contribuirá al fortalecimiento de la paz, la seguridad, la cooperación y las relaciones de amistad entre todas las naciones, de conformidad con los principios de la justicia y la igualdad de derechos y promoverá el progreso económico y social de todos los pueblos del mundo”.⁵³

A continuación nos referiremos exclusivamente a la recepción de los principios en análisis respecto de aquellas áreas de la Convención que tienen mayor relevancia en materia de protección ambiental y manejo de los recursos naturales. Estas son:

- Parte V: ZEE
- Parte VII: Alta Mar
- Parte XI: La Zona
- Parte XII: Protección y Preservación del Medio Marino.

- Parte V: Zona Económica Exclusiva.⁵⁴

En la ZEE el estado ribereño tiene derechos de soberanía para los fines de exploración, explotación, conservación y administración de los recursos naturales (vivos y no vivos), teniendo debidamente en cuenta los derechos y deberes de los demás Estados. (artículo 56)

⁵³ *Ibíd*em; pág. 134.

⁵⁴ La ZEE es un área situada más allá del mar territorial y adyacente a éste, sujeta al régimen jurídico específico establecido en la Parte V de la CONVEMAR. Su anchura se extiende más allá de 200 millas marinas contadas desde las líneas de base a partir de las cuales se mide la anchura del mar territorial. (art. 55 y 57)

En lo que respecta a la conservación de los recursos vivos el estado ribereño tendrá derecho a determinar la **captura permisible**⁵⁵, para lo cual tomará en cuenta los datos científicos más fidedignos de que disponga, todo ello bajo un criterio de preservación en el sentido de que no exista un exceso de explotación de los recursos. Las medidas que se adopten tendrán por finalidad preservar o restablecer las poblaciones de las especies capturadas a niveles que puedan producir el máximo rendimiento sostenible de acuerdo a factores ambientales y económicos y además el estado ribereño deberá tener en cuenta los efectos sobre las especies asociadas o dependientes de las especies capturadas a fin de preservar o restablecer las poblaciones de tales especies asociadas o dependientes por encima de los niveles en que su reproducción pueda verse gravemente amenazada (art. 61)

La introducción en la CONVEMAR del concepto de “captura permisible” tendría como fundamento un criterio de **desarrollo sustentable**, en el sentido de establecer un límite a la explotación de los recursos, con la finalidad de preservar los recursos vivos marinos. De manera que el principio del desarrollo sustentable estaría presente tanto en la etapa de determinación de la captura permisible como en la adopción de medidas por parte de los Estados ribereños tendientes a preservar las especies capturadas y las especies asociadas o dependientes de ellas.

Sin embargo, el concepto de captura permisible muestra dificultades por una serie de motivos, consistiendo el más importante de ellos, en la dificultad de reducir el acceso a un número razonable de participantes siempre que hayan

⁵⁵ Se entiende por captura permisible aquella correspondiente al máximo rendimiento sostenible, para efectos de medidas de regulación. El concepto de máximo rendimiento sostenible implica necesariamente la restricción y el control del esfuerzo pesquero a un determinado nivel, sobrepasado el cual el stock en cuestión estaría sobreexplotado.

establecidos derechos históricos de acceso. Otra dificultad está dada por una interpretación excesivamente optimista de los datos sobre capturas e investigación respecto de las poblaciones, por una notificación errónea de capturas, y por la imposibilidad de pronosticar los niveles auténticos de abundancia. En el caso de unos descensos de poblaciones no observados, la captura permisible predeterminada daría lugar a una pesca excesiva.⁵⁶

En el artículo 61 relativo a la conservación de los recursos vivos existiría un atisbo del principio precautorio al establecer en el párrafo segundo *“que el Estado ribereño teniendo en cuenta los datos científicos más fidedignos de que disponga, asegurará mediante medidas adecuadas de conservación y administración que la preservación de los recursos vivos de su ZEE no se vea amenazada por un exceso de explotación”*. Esto se explica por el hecho de que con la información científica disponible se estarían adoptando medidas para preservar la existencia del recurso frente al riesgo de sobreexplotación.

En lo que respecta a la utilización de los recursos el Estado ribereño deberá promover un criterio de “utilización óptima” de los recursos vivos en la ZEE, para lo cual deberá determinar su capacidad de captura y cuando ésta sea inferior a la captura permisible deberá dar acceso a otros Estados para que exploten el excedente. Los nacionales de otros Estados que pesquen en la ZEE observarán las medidas de conservación y demás modalidades establecidas en las leyes y reglamentos del Estado ribereño (artículo 62). En relación a la aplicación del principio del desarrollo sustentable en lo que respecta a este punto se puede inferir que en la utilización de los recursos se tendrá en cuenta un criterio de manejo eficiente en la explotación del recurso que permite la sustentabilidad de éste.

⁵⁶ Caddy, J.F; Griffiths, R.C; Ob Cit, pág. 33.

En cuanto a las especies altamente migratorias⁵⁷ y especies transzonales⁵⁸ la Convención exige a los Estados ribereños acordar las medidas necesarias para coordinar y asegurar la conservación y el desarrollo de dichas poblaciones.

La existencia de poblaciones de peces transzonales, obliga al Estado ribereño y a los Estados que pescan esas poblaciones de peces en el área adyacente a la ZEE a procurar, directamente o por medio de organizaciones subregionales o regionales, a acordar medidas de conservación de esas poblaciones en el área adyacente. (artículo 63) En el caso de las especies migratorias, también establece la obligación de cooperar con miras a asegurar no tan sólo la conservación, sino promover el objetivo de la utilización óptima de dichas especies en toda la región tanto dentro como fuera de la ZEE (artículo 64).

El párrafo segundo del artículo 63 sobre especies transzonales, establece para los Estados una obligación meramente de procedimiento reflejada en el término “*procurarán acordar medidas de conservación...*”, lo que no obliga a los Estados a alcanzar un acuerdo ni tampoco establece límites de tiempo para lograrlo. Por lo tanto, si los Estados no acuerdan medidas después de haberlo procurado, para lo cual no hay límite de tiempo, no existiría ninguna consecuencia. En relación al artículo 64 sobre especies altamente migratorias la Convención establece la obligación de cooperar, que es indudablemente más taxativa que el término “procurar”, pero no lo suficiente como para garantizar

⁵⁷ Especies altamente migratorias son aquellas especies que se mueven a considerables distancias en vastas áreas oceánicas y cuya lista está contenida en el anexo 1 de la Convención.

⁵⁸ Especies transzonales son aquellas cuyo ciclo vital y patrones de comportamiento hacen que se encuentren tanto dentro como fuera de las ZEE.

que se establezcan medidas de conservación ya que no existen tampoco en este caso límites de tiempo para lograrlo.⁵⁹

- Parte VII: Alta Mar⁶⁰

La CONVEMAR estableció que la alta mar está abierta a todos los Estados, sean éstos ribereños o sin litoral. Además de la libertad de navegación, de sobrevuelo, de tendido de cables y tuberías submarinas, de instalación de islas artificiales y otros artefactos y de investigación científica, se garantiza la libertad de pesca (artículo 87), sujeta a las restricciones que establece la misma Convención en los artículos 116 a 119.⁶¹

En lo que respecta al ***principio del desarrollo sustentable*** este estaría presente en el establecimiento del deber de todos los Estados de adoptar medidas de conservación de los recursos vivos de la alta mar en relación con sus nacionales como asimismo el deber de cooperación entre los Estados en la conservación y administración de estos. Además, en el artículo 119 nuevamente se hace mención al concepto de captura permisible en cuya determinación se pretende alcanzar el máximo rendimiento sostenible, todo ello en busca de un manejo sustentable de los recursos vivos marinos.

⁵⁹ Couve Rioseco, Andrés; “Negociaciones sobre el Régimen Pesquero en Alta Mar en el Marco de la Conferencia de Naciones Unidas” En Pacífico Sur, Revista de la Comisión Permanente del Pacífico Sur, Lima, Perú, N° 21,1994, pág. 140.

⁶⁰ De conformidad al artículo 86 las disposiciones de esta parte se aplicarán a todas las áreas del mar no incluidas en la ZEE, en el Mar Territorial o en las aguas interiores de un Estado, ni en las aguas archipelágicas de un Estado archipelágico

⁶¹ Estos artículos se refieren a que los Estados deberán respetar los intereses de los Estados ribereños (artículo 116), que deben adoptar medidas de conservación de los recursos vivos de la alta mar en relación a sus nacionales o cooperar con otros Estados (artículo 117); que los Estados cooperarán entre sí en la conservación y administración de tales recursos y que según proceda establecerán organizaciones subregionales o regionales de pesca (artículo 118). Finalmente, se establece una serie de obligaciones de conservación para todos los Estados que pesquen en la alta mar tales como: tomar medidas para mantener o restablecer las poblaciones de peces y las especies asociadas o dependientes de ellas; proveer a las organizaciones pertinentes con la información científica y estadística disponible y no discriminar contra los pescadores de ningún Estado.

En cuanto al **principio precautorio** en esta parte no existiría una recepción expresa de él, sino únicamente una incipiente aparición al hacer mención, en el artículo 119, que para establecer la captura permisible y adoptar medidas de conservación se tomarán en cuenta los datos científicos fidedignos de que dispongan los Estados interesados.

- Parte XI: La Zona⁶²

En el artículo 133 se señala que para los efectos de esta parte “*por recursos se entiende todos los recursos minerales sólidos, líquidos o gaseosos in situ en la Zona, situados en los fondos marinos o en su subsuelo...*”. “*Los recursos, una vez extraídos de la Zona, se denominan minerales*”. La parte XI se aplicará a las actividades en la Zona, entendiéndose por ésta todas las actividades de exploración y explotación de los recursos (artículo 1, Párrafo 1 en relación con el artículo 134 N° 2).

La Zona y sus recursos son patrimonio común de la humanidad (artículo 136), con lo cual se consolida un principio de solidaridad internacional sobre la administración de recursos comunes destinados a ser utilizados de manera constante en el tiempo⁶³. Lo anterior refleja la incorporación del principio de desarrollo sustentable al incluir una variable de temporalidad en el manejo de los recursos con miras a su preservación para las generaciones presentes y futuras.

La condición jurídica de la Zona y sus recursos está dada por el artículo 137 que señala que ningún Estado o persona natural o jurídica podrá ejercer soberanía o derechos soberanos, o apropiarse de parte alguna de la Zona o sus

⁶² Por Zona se entiende los fondos marinos y oceánicos y su subsuelo fuera de los límites de la jurisdicción nacional. (artículo 1, Párrafo 1 N° 1)

⁶³ Artigas, Carmen; “ El Desarrollo Sustentable de las Zonas Costeras y Marinas: de la Parte XII de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar al Capítulo 17 del programa 21”, En Pacífico Sur, Revista de la Comisión Permanente del Pacífico Sur, Lima-Perú, N° 21, 1994, pág. 88.

recursos. Estos recursos son inalienables, sin perjuicio que los minerales extraídos de la Zona sólo podrán enajenarse con arreglo a esta parte y a las normas, reglamentos y procedimientos de la Autoridad.

La estructura institucional de la Zona está dada por la Autoridad Internacional de los Fondos Marinos, que es la organización por cuyo conducto los Estados partes organizarán y controlarán las actividades en la Zona, y se basa en el principio de la igualdad soberana de todos sus miembros.

Las actividades en la Zona se realizarán en beneficio de toda la humanidad, independiente de la ubicación geográfica de los Estados, ya sean ribereños o sin litoral. Los beneficios financieros y otros beneficios económicos derivados de las actividades en la Zona serán distribuidos equitativamente por la Autoridad sobre una base no discriminatoria. (artículo 140)

La Zona estará abierta a la utilización por todos los Estados sean ribereños o sin litoral, exclusivamente con fines pacíficos. (artículo 141)

Con respecto a las actividades que se desarrollen en la Zona se deberán adoptar las medidas necesarias para asegurar la eficaz protección del medio marino frente a los efectos nocivos que puedan resultar de esas actividades. Será la Autoridad quien establecerá las normas, reglamentos y procedimientos apropiados para prevenir, reducir y controlar la contaminación del medio marino y otros riesgos que perturben el equilibrio ecológico del medio marino, como así mismo, proteger y conservar los recursos naturales de la Zona y prevenir daños a la flora y fauna marinas (artículo 145). El principio del desarrollo sustentable estaría presente, en el sentido de que al adoptar, las medidas tendientes a proteger el medio marino se aseguraría la sustentabilidad de los recursos situados en la Zona.

Dentro de la política general relacionada con las actividades en la Zona se establece que tales actividades se realizarán de manera que fomenten el desarrollo saludable de la economía mundial y el crecimiento equilibrado del comercio internacional con miras a asegurar entre otros objetivos: el aprovechamiento de los recursos de la Zona y la administración ordenada, segura y racional de los recursos de la Zona, incluida la realización eficiente de las actividades en la Zona y de conformidad con sólidos principios de conservación y procurando evitar desperdicios innecesarios. (artículo 150) De acuerdo con esta política general, es posible encontrar criterios que se encuentran presentes en el principio del desarrollo sustentable, tales como aprovechamiento de los recursos, administración y conservación eficiente de los mismos.

- Parte XII: Protección y Preservación del Medio Marino.

En esta parte la CONVEMAR contiene disposiciones que incluyen los siguientes temas: uso y protección de los recursos marinos vivos, contaminación por buques, protección de actividades del lecho marino, protección de la contaminación proveniente de fuentes terrestres, protección contra la contaminación por vertimiento, protección contra la contaminación a través de la atmósfera; reglas aplicables a la protección del medio marino en general.

En lo que respecta a esta parte, sus primeros catorce artículos definen los derechos y obligaciones generales de los estados con respecto al medio marino, de tal forma que el artículo 192 señala *“Los Estados tienen la obligación de proteger y preservar el medio marino”*. El artículo siguiente reconoce el derecho soberano de los Estados de explotar sus recursos naturales con arreglo a sus políticas ambientales, derecho que está sujeto al deber de proteger y preservar el medio marino.

El artículo 194 describe las medidas que los Estados deben tener en cuenta para la reducción y el control de la contaminación del medio marino⁶⁴. Estas medidas incluyen aquellas necesarias para cumplir con dicho objetivo usando los mejores medios prácticos a su disposición. Además la CONVEMAR dispone la obligación de reducir la contaminación del medio marino en su máxima extensión posible, aplicándose a las fuentes de contaminación bajo jurisdicción o control de los Estados.

La CONVEMAR asume en esta parte una posición holística en cuanto establece que la obligación de proteger y preservar el medio marino deberá ejercerse de manera tal que no imponga riesgos a otros medios. Así, los Estados tienen el deber de no transferir los daños o peligros de un área a otra o transformar un tipo de polución en otra. Los Estados no podrán aplicar tecnologías que puedan introducir especies nuevas o extrañas en el medio marino y que causen cambios significativos o dañinos al ambiente. Los Estados están obligados a cooperar regional y globalmente, notificar a otros Estados cuando se determine que se encuentran en peligro de contaminación, establecer planes de contingencia y llevar a cabo investigaciones científicas e intercambio de información sobre contaminación del medio marino.⁶⁵

La CONVEMAR introduce un cambio fundamental en el régimen jurídico internacional sobre contaminación del medio marino. Los Estados ya no

⁶⁴ El artículo 1, párrafo 4 señala que “se entiende por contaminación del medio marino a la introducción por el hombre, directa o indirectamente, de sustancias o de energía en el medio marino incluido los estuarios, que produzca o pueda producir efectos nocivos, tales como daños a los recursos vivos o a la vida marina, peligros para la salud humana, obstaculización de las actividades marítimas, incluidos la pesca y otros usos legítimos del mar, deterioro de la calidad del agua del mar para su utilización y menoscabo de los lugares de esparcimiento”.

⁶⁵ Pardo, Fernando; “La protección y preservación del medio marino: alcances normativos”, En Pacífico Sur, Revista de la Comisión Permanente del Pacífico Sur, Lima-Perú, N° 22, pág. 103-104.

solamente tienen derechos para regular la contaminación marítima sino que sobre todo están sujetos a un deber de protección y a un marco jurídico que les impone obligaciones de control, regulación, aplicación, cooperación y responsabilidad. En efecto, antes de la CONVEMAR, la estructura jurídica tradicional consistía en que los Estados podían regular la contaminación sólo en su mar territorial y zona contigua, y más allá de esta jurisdicción la responsabilidad era del Estado del pabellón. Además, tanto el Estado ribereño como el del pabellón tenían facultades discrecionales para definir cuándo y cómo regulaban este tema. La CONVEMAR, en cambio, establece un régimen jurídico que se basa en tres aspectos fundamentales:

- crea una obligación general de regular todas las fuentes de contaminación marítima;
- redistribuye los derechos de los Estados para regular y ejecutar estas normas, dándole mayor poder a los Estados ribereños; y
- busca controlar y uniformar el contenido de los estándares ambientales, estableciendo un límite máximo y mínimo para ellos.⁶⁶

En los artículos 207 al 222 de la CONVEMAR se contienen las fuentes de contaminación de las aguas marítimas.⁶⁷

Dentro de las últimas disposiciones de esta parte XII, el artículo 235 contiene una disposición general en cuanto a la responsabilidad en la protección y preservación del medio marino, al señalar en su N° 1 que *“Los Estados son responsables del cumplimiento de sus obligaciones internacionales relativas a la protección y preservación del medio marino. Serán responsables de conformidad con el derecho internacional.”* Es decir, se establece una

⁶⁶ Hervé Espejo, Dominique; “Capítulo Recursos Marinos”, Ob. Cit. Pág. 127.

⁶⁷ En lo referente a la clasificación de las fuentes de contaminación marítima, ver la obra anteriormente citada; Pág. 128-130.

modificación al derecho internacional general sobre responsabilidad de los Estados que se expresa tradicionalmente en la obligación de reparar o compensar al Estado perjudicado. La CONVEMAR establece la posibilidad que surja la responsabilidad de un Estado por causar daño al medio ambiente marino aún cuando no afecte a los intereses o al medio ambiente de otros Estados, sin embargo, no resuelve los problemas legales que se plantean, tales como quién tiene el derecho de reclamar el daño.⁶⁸

En relación a la **aplicación del principio del desarrollo sustentable** al establecer el artículo 192 la obligación de los Estados de proteger y preservar el medio marino y al reconocer el artículo 193 el derecho soberano de éstos a explotar sus recursos naturales con arreglo a su política en materia de medio ambiente, se deduce que la protección del medio marino va más allá que la mera obligación de tomar todas las medidas compatibles con la Convención que sean necesarias para prevenir, reducir y controlar la contaminación del medio marino procedente de cualquier fuente. En efecto la obligación consiste fundamentalmente en tomar aquellas medidas protectoras que propendan a un uso sostenible del medio marino y sus recursos.⁶⁹

Con respecto al **principio precautorio**, éste no ha sido recepcionado en esta parte XII. Sin embargo, las normas relativas a la protección y preservación del medio marino han constituido la base de importantes desarrollos vinculados al derecho internacional del mar, y que dicen relación con la prevención y lucha contra diversas fuentes de contaminación. De tal manera que el desarrollo del artículo 210 relativo a la contaminación por vertimiento, ha servido de

⁶⁸ Boyle, Alan; "Marine Pollution under the Law of the Sea Convention"; American Journal of International Law, N° 79, 1985, citado en "Capítulo Recursos Marinos", Ob. Cit, pág. 127.

⁶⁹ Artigas, Carmen; "El Desarrollo Sustentable de las Zonas Costeras...", pág. 87.

antecedente en la adopción de acuerdos posteriores sobre la materia, lo cual obedecería a la necesidad de incorporar el principio precautorio.⁷⁰

3.2 Agenda 21, Capítulo 17 “Protección de los océanos y de los mares de todo tipo, incluidos los mares cerrados y semicerrados, y de las zonas costeras, y protección, utilización racional y desarrollo de los recursos vivos”.

3.2.1 Orígenes y antecedentes

En la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo que se celebró en Río de Janeiro en junio de 1992, se aprobó un programa de acción cuyo principios básicos aparecen en la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo. La implementación de estos principios dio origen a la elaboración de un programa de trabajo de carácter técnico llamado Agenda 21.

La Agenda 21 es un plan de acción de cuarenta capítulos. Este documento señala la dirección a seguir por todos los Estados para alcanzar el desarrollo sostenible, y provee recomendaciones en torno al espectro de problemas sobre el medio ambiente, desarrollo y asuntos sociales confrontados actualmente por el hombre. El capítulo 17 de este documento se refiere al sistema marino.⁷¹

⁷⁰ Es evidente por ejemplo que la últimas decisiones adoptadas a nivel del Convenio sobre la Prevención de la Contaminación Marina por Vertimiento de Desechos y otras materias, de 1972, y que tienden a desarrollar el artículo 210 de la Convención, responden a una incorporación del principio precautorio consagrado en la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo; *Ibíd*em, pág 88.

⁷¹ Pardo, Fernando; *Ob. Cit*, pág. 107.

3.2.2 Contenido y aplicación de los principios.

En la introducción del capítulo 17 se señala al medio marino como el *componente esencial del sistema mundial de sustentación de la vida y un valioso recurso que ofrece posibilidades para un desarrollo sostenible*. Además, entrega orientaciones en torno a la necesidad de adoptar nuevos enfoques sobre la ordenación y desarrollo del medio marino y las zonas costeras en los planos nacional, subregional, regional y mundial, que deben ser integrados en su contenido y estar *orientados hacia la previsión y la prevención*. Como pudimos observar los principios en estudio se encuentran recogidos desde la introducción misma en el presente instrumento.

El capítulo contiene siete esferas o áreas de programas, de las cuales analizaremos sólo cuatro:

- Ordenación integrada y desarrollo sostenible de las zonas costeras y las zonas marinas, entre ellas las zonas económicas exclusivas;
 - Protección del medio marino;
 - Aprovechamiento sostenible y conservación de los recursos marinos vivos de alta mar;
 - Aprovechamiento sostenible y conservación de los recursos marinos vivos sujetos a la jurisdicción nacional.
-
- Ordenación integrada y desarrollo sostenible de las zonas costeras y las zonas marinas, entre ellas las zonas económicas exclusivas.

La zona costera posee diversos hábitats productivos. Es importante para los asentamientos humanos, el desarrollo y la subsistencia local, pues más de

la mitad de la población del mundo vive a menos de 60 km de la costa. Pese a los esfuerzos, la forma de ordenación actual de los recursos marinos y costeros no siempre ha permitido lograr un desarrollo sostenido. Es así como estos recursos y el medio ambiente se van degradando y erosionando en muchas partes del mundo.

Dentro de esta primera esfera, el objetivo planteado es el que *“Los Estados ribereños se comprometan a proceder a una ordenación integrada y a un desarrollo sostenible de las zonas costeras y del medio marino sujetos a su jurisdicción nacional...”*.

El concepto de **ordenación integrada de zonas costeras** constituye el marco para debatir las múltiples interacciones en la interfaz tierra-mar; en la práctica, esto significa esencialmente dentro de unos cinco kilómetros de esa interfaz, aunque algunas actividades como la pesca y la minería marina tienen lugar más mar adentro. El objetivo principal de ésta es armonizar las actividades humanas que requieren para su consecución estar próximas a la interfaz tierra-mar de suerte que se reduzca al mínimo su repercusión en el entorno de las zonas costeras y en los recursos naturales. La aplicación de un plan de ordenación integrada de zona costera es importante, debido principalmente a que los criterios ecológicos de selección en cuanto a espacio y objetivos no se corresponden probablemente con los criterios políticos, o los criterios expresados en términos de jurisdicción y economía. De ahí la necesidad de procurar una relación práctica entre la ordenación integrada de zonas costeras y el desarrollo sostenible. Los objetivos de la ordenación en un determinado lugar, tiempo y marco socioeconómico son múltiples y a veces contrastantes; por eso, al igual que para el desarrollo pesquero mismo, estos objetivos deben ser claros y corresponderse con los objetivos políticos,

ecológicos y socioeconómicos de manera de favorecer al máximo el bien común.⁷²

Como medida que se debe adoptar para alcanzar el objetivo señalado está el que los Estados deben *“adoptar enfoques preventivos y precautorios en la planificación y la ejecución de proyectos de forma de que incluyan la evaluación previa y la observación sistemática de los efectos ambientales de los grandes proyectos”*. De esta forma la Agenda reconoce expresamente la adopción del enfoque precautorio como mecanismo fundamental para una ordenación integrada de las zonas costeras a fin de minimizar las consecuencias perjudiciales de las actividades humanas en el medio marino.

En lo que respecta a las actividades a desarrollar para esta área en este capítulo, se indican actividades de gestión que deben implementar los Estados destinadas a establecer mecanismos de conducción apropiados para la ordenación integrada y el desarrollo sustentable de las zonas costeras y de las zonas marinas y de sus recursos, tanto en el plano local como nacional, a través: de la aplicación de planes y programas para la ordenación integrada y el desarrollo sustentable de las zonas costeras y las zonas marinas; de la evaluación periódica de las repercusiones de los factores y fenómenos externos para lograr que se alcancen los objetivos de la ordenación integrada y el desarrollo sostenible de las zonas costeras y del medio marino; de la integración de programas sectoriales sobre el desarrollo sostenible de los asentamientos, la agricultura, el turismo, la pesca, los puertos y las industrias que utilizan la zona costera o que la afectan; del fomento de una tecnología ecológicamente racional y de prácticas sostenibles.

⁷²Caddy, JF; Griffiths, RC; Ob. Cit, pág. 9 y 87.

Dentro del área de datos e información se propone que los Estados ribereños deberían, cuando sea necesario, aumentar su capacidad de reunir, analizar, evaluar y emplear información para la utilización sostenible de los recursos, así como también proponer y mantener descripciones sinópticas de los recursos de las zonas costeras, las actividades, las utilidades, los hábitats y las zonas protegidas sobre la base de los criterios aplicables para un desarrollo sostenible.

En lo que respecta a la cooperación y coordinación en los planos internacional y regional, la función es apoyar a los Estados ribereños para lograr la ordenación integrada y el desarrollo sostenible de estas zonas, para lo cual los Estados deberían dar acceso a los países en desarrollo a tecnologías y costeras y marinas y transferir tales tecnologías y metodologías a dichos países.

- Protección del medio marino

La degradación del medio marino puede deberse a una amplia variedad de fuentes. Las fuentes terrestres representan el 70% de la contaminación marina, mientras que las actividades del transporte marítimo y el derrame en el mar representan el 10% cada uno. Cada año 600 mil toneladas de petróleo son vertidas al mar por el transporte marítimo, accidentes y descargas ilegales. Para prevenir la degradación del medio marino será más útil una estrategia de precaución y prevención que de reacción. Ello requiere, entre otras cosas, la adopción de medidas de precaución, evaluaciones de impacto ambiental, técnicas limpias de producción, reciclado, auditorías ambientales, reducción de desechos, adecuada manipulación de sustancias peligrosas y efectos nocivos procedentes del aire, tierra y agua.

El objetivo planteado en lo que respecta a esta área es que los Estados de conformidad con las disposiciones de la CONVEMAR, se comprometen en el marco de sus respectivas políticas, prioridades y recursos, a impedir, reducir y controlar la degradación del medio marino a fin de mantener y mejorar su capacidad de producción y de sustento de los recursos vivos. Para alcanzar dicho objetivo se señalan entre otras medidas a adoptar las siguientes:

- Aplicar criterios de prevención, precaución y previsión para evitar la degradación del medio marino y reducir el riesgo de efectos perjudiciales a largo plazo o irreversibles;
 - Evaluación previa de las actividades que pueden tener importantes efectos perjudiciales en el medio marino;
 - Integrar la protección del medio marino en las políticas generales pertinentes en esferas ambientales, sociales y desarrollo económico.
-
- Aprovechamiento sostenible y conservación de los recursos vivos de alta mar.

La pesca en alta mar representa el 5% del total de esta actividad a nivel mundial. La CONVEMAR establece derechos y obligaciones de los Estados respecto de la conservación y aprovechamiento de dichos recursos. No obstante, la ordenación de pesca en altura (adopción, vigilancia y aplicación de medidas de conservación) es insuficiente, ya que algunos recursos se están sobreutilizando. Se plantean los problemas de la pesca incontrolada, la sobrecapitalización, el tamaño excesivo de las flotas, el cambio del pabellón de los buques para eludir los controles, las bases de datos imprecisas y la falta de cooperación suficiente entre los Estados. Es fundamental que los Estados cuyos nacionales y buques pesquen en la alta mar tomen medidas al respecto,

y debe contarse también con cooperación en los planos bilateral, subregional, regional y mundial, sobre todo por lo que se refiere a las especies altamente migratorias y a las poblaciones compartidas.

Se señala como objetivo en esta área el que los Estados se comprometen a conservar y aprovechar en forma sostenible los recursos vivos de la alta mar. Para alcanzar dicho objetivo se plantean entre otras medidas las siguientes:

- Mantener o restablecer las poblaciones de especies marinas a niveles que puedan producir el máximo rendimiento sostenible con arreglo a factores ambientales y económicos pertinentes teniendo en consideración las relaciones entre las especies,
 - La creación y uso de artes de pescas selectivas y adopción de prácticas que reduzcan al mínimo la pérdida de especies;
 - Proteger y reponer las especies marinas en peligro;
 - Conservar hábitat y zonas ecológicamente expuestas.
-
- Aprovechamiento sostenible y conservación de los recursos marinos vivos sujetos a la jurisdicción nacional.

Los Estados ribereños, especialmente los países en desarrollo y los Estados cuyas economías dependen en gran medida de la explotación de los recursos marinos vivos de su ZEE, deberían obtener plenos beneficios económicos del aprovechamiento sostenible de los recursos marinos vivos de su ZEE y otras zonas sujetas a la jurisdicción nacional. En consecuencia, se plantea como objetivo el que los Estados se comprometen a conservar y aprovechar en forma sostenible los recursos marinos vivos sujetos a la jurisdicción nacional. Se señalan como medidas entre otras:

- Mantener o restablecer las existencias de especies marinas a niveles que puedan producir el máximo sostenible de captura que permitan los factores ambientales y económicos pertinentes, teniendo en cuenta las relaciones entre las especies;
- Fomentar el desarrollo y el uso de artes de pesca selectivos y de prácticas que reduzcan al mínimo el desperdicio en la captura de las especies que se desee pescar y la captura incidental de otras especies;
- Proteger y restablecer las especies marinas en peligro;
- Preservar ecosistemas raros o frágiles, los hábitats y otras zonas ecológicamente sensibles.

3.3 Acuerdo sobre la Aplicación de las disposiciones de la CONVEMAR relativas a la Conservación y Ordenación de las Poblaciones de Peces Transzonales y Poblaciones de Peces Altamente Migratorios.

3.3.1 Orígenes y antecedentes

Las negociaciones para lograr un acuerdo sobre pesca de alta mar fueron convocadas durante la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, Cumbre de la Tierra (1992).

La convocatoria la realizaron los gobiernos interesados en que se resolviera una cuestión que había dejado pendiente la CONVEMAR. El régimen pesquero establecido en esta Convención para la alta mar, en especial lo referido a las poblaciones transzonales y altamente migratorias es insuficiente y sus disposiciones redactadas en forma tal que no imponen a los Estados claros deberes y obligaciones.

El 4 de agosto de 1995 se concluyó en las Naciones Unidas el texto del Acuerdo; el periodo de firma de éste se inició el 4 de diciembre de 1995 en una ceremonia en Nueva York, estableciéndose que entraría en vigencia tras ser ratificado por treinta países y mientras tanto, algunos países podrían poner en práctica el Acuerdo en forma provisional, sobre todo las disposiciones que se refieren a la conservación y gestión.⁷³

Conforme al Acuerdo, que tiene carácter jurídicamente vinculante, los Estados ya no contarán con la libertad de pesca en alta mar que les otorgaba el derecho del mar tradicional. Mediante este Acuerdo, los gobiernos estarán obligados a cooperar, a imponer normas que regulen la actividad pesquera para impedir el agotamiento de las especies y para preservar las poblaciones de peces para el futuro.

3.3.1 Contenido y aplicación de los principios.

El Acuerdo requiere de los Estados que garanticen la compatibilidad de los regímenes de conservación y gestión de las poblaciones de peces transzonales y las poblaciones de peces altamente migratorios en las zonas de jurisdicción nacional y en las zonas de alta mar adyacente.

Las disposiciones de este Acuerdo rigen para todas las flotas pesqueras de todos los Estados, ya se trate de los países parte del Acuerdo como de los que no lo son. Aunque el derecho internacional establece que los países que no ratifican un acuerdo jurídico internacional no tienen obligación de acatar sus disposiciones, el Acuerdo otorga a las organizaciones regionales pesqueras la responsabilidad de establecer y velar por el cumplimiento de normas sobre la

⁷³ La información respecto al la entrada en vigencia de esta Convención se encuentra al final del capítulo.

pesca con carácter sostenible en las regiones sobre las que tienen jurisdicción. Todo país que sea miembro de una organización regional puede hacer valer las disposiciones del Acuerdo cuando otro Estado se proponga pescar en esa región, así mismo tiene derecho a abordar o inspeccionar las naves que pesquen en la región a fin de asegurar que se estén respetando las medidas regionales de conservación marina.

El objetivo del Acuerdo es asegurar la conservación a largo plazo y el uso sostenible de las poblaciones de peces transzonales y las poblaciones de peces altamente migratorios mediante la aplicación efectiva de las disposiciones pertinentes del Acuerdo. (artículo 2)

El ámbito de aplicación del Acuerdo, a menos que se disponga otra cosa, está referido a la conservación y ordenación de las poblaciones de peces transzonales y las poblaciones de peces altamente migratorios que se encuentran fuera de las zonas sometidas a jurisdicción nacional (artículo 3).

En el artículo 4 queda establecida una salvaguarda de orden general que indica que ninguna disposición de este Acuerdo puede vulnerar o menoscabar los derechos, obligaciones y jurisdicción de los Estados y que, en todo caso, este Acuerdo se aplicará en el contexto y acorde con la CONVEMAR. Con esta declaración se le da de hecho al Acuerdo el carácter de complementario a la CONVEMAR, sin que este Acuerdo constituya formalmente un protocolo complementario. Sin embargo, como resultado de las excepciones anteriormente señaladas y las salvaguardas inmediatamente posteriores, se crea un área “gris” en que finalmente es el país que se vea afectado el que tiene que hacer prevalecer sus derechos y puntos de vistas para resolver los

potenciales conflictos de interpretación del Acuerdo en relación a las áreas bajo su jurisdicción.⁷⁴

La Segunda Parte trata sobre la conservación y ordenación de las poblaciones de peces transzonales y las poblaciones de peces altamente migratorias y se refiere a ello específicamente en tres artículos sucesivos.

Los “principios generales de conservación” (artículo 5), se encuentran desglosados en 12 puntos que los Estados deberán cumplir en conformidad a su deber de cooperar establecido en la CONVEMAR. La obligación es tanto para los Estados que pescan en la alta mar como para los ribereños. Ellos tratan de la obligación de tomar medidas de conservación basadas en la mejor información disponible; evaluar los efectos de la pesca; ampliar las medidas a las poblaciones que conforman el mismo ecosistema de las especies objetivo o que son dependientes o asociadas a ellas; reducir la contaminación, el desperdicio y la captura accidental de especies no objetivo; proteger la diversidad del medio marino; tomar medidas para reducir el exceso de pesca y de la capacidad extractiva; tener en cuenta los intereses de los pescadores artesanales; fomentar y realizar investigación científica; y poner en práctica medidas eficaces de seguimiento, control y vigilancia.

El artículo 6 “aplicación del criterio de precaución” señala que *los Estados deben ser especialmente prudentes en sus decisiones respecto de la conservación y manejo de los stocks cuando la información es insuficiente y la falta de ella no debe ser razón para no adoptar tales medidas*. En este artículo se reconoce expresamente el principio precautorio; y además, establece las obligaciones de los Estados en la aplicación del enfoque precautorio cuyas

⁷⁴ Ibidem, pág. 127.

directrices están detalladas en el Anexo II “Directrices para aplicar niveles de referencia que deben respetarse a título de prevención en la conservación y la ordenación de las poblaciones de peces transzonales y las poblaciones de peces altamente migratorios”.

Las obligaciones más relevantes están referidas a la determinación de los niveles de referencia⁷⁵ para la explotación de cada población de peces y las medidas que hay que tomar cuando se aproximan o sobrepasen dichos niveles. También se hace mención a los casos de nuevas pesquerías para los cuales habrá que fijar límites a la captura y/o al esfuerzo. Cuando un fenómeno natural tenga efectos perjudiciales sobre poblaciones, los Estados tomarán medidas de emergencia de carácter temporal para protegerlos.

En el artículo 7 relativo a la “compatibilidad de las medidas de conservación y de ordenación”, y de acuerdo con la CONVEMAR, se hace una diferencia entre las poblaciones transzonales y las altamente migratorias. Mientras para las primeras el Estado ribereño y los Estados que pesquen en la alta mar adyacente procurarán acordar las medidas necesarias de conservación para dicha área; para las altamente migratorias el mandato es de cooperar con miras a asegurar la conservación y promover el objetivo de la óptima utilización en toda la región, esto es tanto dentro como fuera de la zona de jurisdicción nacional. Lo anterior plantea un diferente grado de obligación y de compromiso según sea el caso. Para las especies transzonales la obligación queda restringida sólo a la alta mar adyacente permaneciendo

⁷⁵ El nivel de referencia es un valor estimado obtenido mediante un procedimiento científico convenido que corresponde a la situación del recurso y de la pesquería y que puede utilizarse como orientación para la ordenación de las pesquerías. Existen dos tipos de niveles de referencia: de conservación o límite, que es aquel que establece fronteras destinadas a circunscribir las capturas dentro de unos límites biológicos que puedan asegurar el máximo rendimiento sostenible de las poblaciones; y de ordenación u objetivo, que es aquel que responde a objetivos de ordenación. Anexo II del Acuerdo.

intacta la atribución del Estado ribereño para conservar y administrar dentro de su ZEE. En cambio para las altamente migratorias los Estados se obligan a cooperar en la adopción de medidas de conservación y de optimización aplicables en toda la región correspondiente al área de distribución de las poblaciones, esto es, tanto dentro como fuera de la ZEE.⁷⁶

No obstante, se establece que para ambos casos deberán buscarse fórmulas que aseguren la compatibilidad de las medidas aplicables tanto al interior de la ZEE como en la alta mar adyacente, para lo cual deberán tenerse en cuenta una serie de factores, entre ellos las medidas que haya tomado el Estado ribereño para las mismas poblaciones al interior de su ZEE, de tal manera que éstas no se vean menoscabadas por las que se apliquen en la alta mar adyacente. Igualmente se tendrán en cuenta las medidas previamente establecidas para la alta mar adyacente en el caso que las hubiere. Otro factor estaría dado por el concepto de unidad biológica de la población, el que deberá tenerse en cuenta junto a las demás características biológicas al momento de establecer las medidas. También deberá tomarse en cuenta la medida en que dicha población es capturada en la zona bajo su jurisdicción nacional y el grado de dependencia de cada Estado respecto de esa actividad.

Si después de hacer todo lo posible, los Estados no llegan a un acuerdo en un plazo razonable sobre el establecimiento de medidas compatibles, se puede recurrir a los procedimientos de solución de controversias establecidos en la Parte VIII de este Acuerdo. Mientras esté pendiente la disputa, los Estados procurarán adoptar medidas provisionales de orden práctico, y en caso

⁷⁶ Couve Rioseco, Andrés; “Itinerario de la Negociación..”, Ob. Cit, pág. 133.

de no ser posible cualquiera de las partes podrá recurrir al tribunal para que las dicte.

3.4 Código de Conducta para la Pesca Responsable

3.4.1 Orígenes y antecedentes

En el 19^a periodo de sesiones del Comité de Pesca de la FAO (COFI), celebrado en marzo de 1991, se recomendó que la organización elaborara el concepto de pesca responsable y formulara para este fin un código de conducta. En mayo de 1992 se celebró en Cancún (México) la Conferencia Internacional sobre Pesca Responsable.⁷⁷ En la Declaración de Cancún, es posible establecer la noción de desarrollo sostenible enfocada fundamentalmente a la utilización de los recursos pesqueros, al declarar que: *“Los Estados, con miras a asegurar el abastecimiento de productos pesqueros para alimentar a las poblaciones actuales y futuras, deben adoptar normas efectivas de planificación y ordenación de las pesquerías que, en un contexto de desarrollo sostenible, promuevan el mantenimiento de la cantidad, calidad, diversidad y disponibilidad económica de los recursos pesqueros”*.

El Consejo de la FAO, en su 106^o periodo de sesión de junio de 1994 aprobó que se organizara una Consulta Técnica sobre el Código de Conducta para la Pesca Responsable, dicha consulta se celebró en Roma del 26 de

⁷⁷ Este concepto abarca el aprovechamiento sostenible de los recursos pesqueros en armonía con el medio ambiente; la utilización de prácticas de capturas y acuicultura que no sean nocivas para los ecosistemas, los recursos o la calidad de los mismos; la incorporación del valor añadido a estos productos mediante procesos de transformación que respondan a las normas sanitarias; la aplicación de prácticas comerciales que ofrezcan a los consumidores acceso a productos de buena calidad.

septiembre al 05 de octubre de 1994, en donde se presentó un proyecto de todo el Código.

Tras el examen exhaustivo de todos los artículos del proyecto del Código la Secretaría preparó un borrador alternativo basado en las observaciones efectuadas durante los debates sostenidos en las sesiones plenarias. Teniendo en cuenta las observaciones sustantivas y las sugerencias detalladas recibidas en la Consulta Técnica, la Secretaría elaboró un borrador revisado del Código que se presentó al Comité de Pesca; el cual estableció un grupo de trabajo para que revisara el borrador del Código.

El Comité apoyó la propuesta ratificada por el Consejo, en su 107^º periodo de sesiones, sobre el mecanismo para finalizar el Código. La redacción definitiva de los principios que se referían principalmente a los aspectos concernientes a las poblaciones de peces transzonales y altamente migratorios, que sólo constituían una pequeña parte del Código, volvería a examinarse a la luz de los resultados de la Conferencia de las Naciones Unidas relativa a dicha materia. En la segunda reunión del Comité Técnico que se celebró del 25 al 29 de septiembre de 1995, concluyó su mandato, y ratificó todos los artículos y el Código en su conjunto, de manera que se da por finalizada las negociaciones sobre el texto. El Comité Técnico dio instrucciones a la Secretaría de que presentara al Consejo en su 109^º periodo de sesiones, y a la Conferencia de la FAO, en su 28^º periodo de sesiones, la versión definitiva del Código como documento pendiente de aprobación. Finalmente se aprobó por consenso el 31 de octubre de 1995, el Código de Conducta para la Pesca Responsable y la Resolución correspondiente. (Resolución 4/95)

3.4.2 Contenido y aplicación de los principios.

En el presente Código se establecen principios y normas internacionales para la aplicación de prácticas responsables con miras a asegurar la conservación, la gestión y el desarrollo eficaces de los recursos acuáticos vivos, con el debido respeto del ecosistema y de la biodiversidad. El Código toma en cuenta las características biológicas de los recursos y su medio ambiente y los intereses de los consumidores y otros usuarios.

En cuanto a su naturaleza y ámbito de aplicación (artículo 1), este Código presenta las siguientes características:

- es voluntario, sin perjuicio de que también contiene disposiciones a las que puede otorgarse o ya se ha conferido efectos vinculantes por medio de otros instrumentos jurídicos obligatorios entre las partes;
- es de aplicación mundial y está dirigido a los miembros y no miembros de la FAO, a las entidades pesqueras, a las organizaciones subregionales, regionales y mundiales, tanto gubernamentales como no gubernamentales, y a todas las personas involucradas en la conservación de los recursos pesqueros y la ordenación y desarrollo de la pesca;
- contiene principios y normas aplicables a la conservación, la ordenación y el desarrollo de todas las pesquerías.

Los objetivos del Código son, entre otros, los siguientes (artículo 2):

- establecer principios y criterios para elaborar y aplicar políticas nacionales encaminadas a la conservación de los recursos pesqueros y a la ordenación y desarrollo de la pesca de forma responsable;
- servir como instrumento de referencia para ayudar a los Estados a establecer o mejorar el marco jurídico e institucional necesario para el

- ejercicio de la pesca responsable y a formular y aplicar las medidas apropiadas;
- promover la protección de los recursos acuáticos vivos y sus ambientes acuáticos así como de las áreas costeras;
 - ofrecer normas de conducta para todas las personas involucradas en el sector pesquero.

En el artículo 6 en donde se consagran los principios generales del Código se advierte un reconocimiento expreso del principio del desarrollo sustentable y del principio precautorio.

En lo que respecta al **desarrollo sustentable**, se señala que *“La ordenación de la pesca debería fomentar el mantenimiento de la calidad, la diversidad y disponibilidad de los recursos pesqueros en cantidad suficiente para las generaciones presentes y futuras, en el contexto de la seguridad alimentaria, el alivio de la pobreza y el desarrollo sostenible. Las medidas de ordenación deberían asegurar la conservación no sólo de las especies objetivo, sino también de aquellas especies pertenecientes al mismo ecosistema o dependientes de ellas o que están asociadas con ellas. Los Estados deberían evitar la sobreexplotación, y el exceso de capacidad de pesca y deberían aplicar medidas de ordenación con el fin de asegurar que el esfuerzo de pesca sea proporcionado a la capacidad de producción de los recursos pesqueros y al aprovechamiento sostenible de los mismos”*.

En cuanto al **principio precautorio** se establece que *“Los Estados y las organizaciones subregionales y regionales de ordenación pesquera deberían aplicar ampliamente el criterio de precaución en la conservación, la ordenación y la explotación de los recursos acuáticos vivos con el fin de protegerlos y de*

preservar el medio ambiente acuático, tomando en consideración los datos científicos más fidedignos disponibles. La falta de información científica adecuada no debería utilizarse como razón para aplazar o dejar de tomar medidas para conservar las especies que son objeto de la pesca, las especies asociadas o dependientes y aquellas que no son objeto de la pesca, así como su medio ambiente”.

El artículo 7 al tratar de la Ordenación Pesquera, en sus aspectos generales, establece que los Estados y todos aquellos involucrados en la ordenación pesquera deberían adoptar, en un marco normativo, jurídico e institucional adecuado, medidas para la conservación y el uso sostenible a largo plazo de los recursos pesqueros. Las medidas de conservación y ordenación, tanto si se aplican a escala local, nacional, subregional o regional, deberían basarse en los datos científicos más fidedignos disponibles y estar concebidas para garantizar la sostenibilidad a largo plazo de los recursos pesqueros a niveles que promuevan el objetivo de una utilización óptima de los mismos y mantener su disponibilidad para las generaciones actuales y futuras. Además, se señala que los Estados deberían tomar medidas para prevenir o eliminar el exceso de capacidad de pesca y deberían velar por que los niveles del esfuerzo de pesca sean compatibles con el uso sostenible de los recursos pesqueros a fin de velar por la eficacia de las medidas de conservación y gestión.

En materia de ordenación pesquera el Código recoge expresamente el principio precautorio señalando además que *“Al aplicar el criterio de precaución, los Estados deberían tener en cuenta, entre otros los elementos de incertidumbre, como los relativos al tamaño y la productividad de las poblaciones, los niveles de referencia, el estado de las poblaciones con respecto a dichos niveles de referencia, el nivel y la distribución de la mortalidad*

ocasionada por la pesca y los efectos de las actividades pesqueras, incluidos los descartes, sobre las especies que no son objeto de la pesca y especies asociadas o dependientes, así como las condiciones ambientales, sociales y económicas”.

El Código hace mención al caso de nuevas pesquerías o de pesquerías exploratorias, señalando que los Estados deberían en dicho caso adoptar lo antes posible medidas de conservación y ordenación precautorias que incluyan, entre otras cosas, la fijación de límites de las capturas y del esfuerzo de pesca. Estas medidas deberían mantenerse hasta que se disponga de datos suficientes para hacer una evaluación de los efectos de la actividad pesquera sobre la sostenibilidad a largo plazo de las poblaciones; y a partir de ese momento deberían aplicarse medidas de conservación y gestión basadas en dicha evaluación.

En lo que respecta a las medidas de ordenación se plantea como medida de carácter básica *“El que los Estados deberían asegurar un nivel de actividad pesquera compatible con el estado de los recursos pesqueros”*. Además se hace referencia al desarrollo sustentable al establecer que *cuando exista un exceso de capacidad de pesca, deberían establecerse mecanismos para reducir la capacidad a niveles compatibles con el uso sostenible de los recursos pesqueros*. Dichos mecanismos deberían contemplar el seguimiento de la capacidad de las flotas pesqueras.

En el artículo 12 sobre Investigación Pesquera se establece la necesidad de que los Estados reconozcan que la pesca responsable requiere de una sólida base científica, que deberá estar disponible al momento de tomar decisiones. Para ello los Estados deberían velar porque se lleve a cabo una

investigación adecuada en todos los aspectos de la pesca, incluyendo biología, ecología, tecnología, ciencias sociales, acuicultura y ciencias nutricionales, y además porque los datos generados en la investigación sean analizados y que los resultados sean publicados y distribuidos oportunamente y de forma que sean fácilmente comprensibles, a fin de que se pueda disponer de los datos científicos más fidedignos como contribución para la conservación, la ordenación y el desarrollo de la pesca.

3.5 Acuerdo Marco para la Conservación de los Recursos Vivos Marinos en la Alta Mar del Pacífico Sudeste.⁷⁸

3.5.1 Orígenes y antecedentes⁷⁹

El Acuerdo de Galápagos se inserta en lo que se llama el Nuevo Derecho del Mar. Ya en la Declaración de Santiago sobre Zona Marítima de 1952 junto con enunciar la Teoría de las Doscientas Millas Marinas, se aludió a la problemática de la conservación del patrimonio ictiológico existente en el Pacífico Sudeste. En efecto señala, en su tercer considerando, que es un deber de los Gobiernos impedir que la explotación de los recursos vivos marinos “fuera del alcance de su jurisdicción, ponga en peligro la existencia, integridad y conservación de sus riquezas, en perjuicio de los pueblos que, por su posición geográfica, poseen en sus mares fuentes insustituibles de subsistencia y de recursos económicos que les son vitales”.

⁷⁸ El Acuerdo de Galápagos es un Acuerdo Marco, es decir debe tener un carácter general y admitir un desarrollo posterior, mediante la concertación de instrumentos complementarios, en los que se establezcan disposiciones específicas para asegurar la conservación y el uso sostenible de los recursos vivos marinos, según su naturaleza, características y área de distribución.

⁷⁹ “Acuerdo de Galápagos, Nuevo Derecho del Mar y Labor del Ministerio de RREE de Chile”; Intervención de la Canciller Señora María Soledad Alvear Valenzuela, En Seminario organizado por la Comisión de Relaciones Exteriores del Senado, Valparaíso 4 de septiembre de 2001.

En agosto de 1997, los Ministros de Relaciones Exteriores de los países miembros de la Comisión Permanente del Pacífico Sur, reunidos en Bogotá, acordaron impulsar la suscripción de un Convenio que promoviera la conservación de los recursos pesqueros existentes en la alta mar del Pacífico Sudeste, a fin de abordar adecuadamente el problema ocasionado por la explotación de ciertas especies que se desplazan entre esa área y sus respectivas aguas jurisdiccionales. Este Convenio fue suscrito el 14 de agosto de 2000, durante la VI Reunión de Cancilleres de la CPPS, realizada en Santiago.

El Acuerdo de Galápagos tiene un carácter regional, ha sido adoptado por Colombia, Ecuador, Perú y Chile y su objetivo es la consagración de normas tendientes a la protección de los recursos pesqueros existentes en el área de alta mar del Pacífico Sudeste, con especial referencia a las especies transzonales y altamente migratorias. De esta manera busca prevenir los efectos nocivos que pueda tener el accionar de flotas de aguas distantes en sectores de alta mar próximos a la ZEE, poniendo en peligro la existencia, integridad o conservación de las riquezas existentes en las zonas marítimas de 200 millas de los Estados ribereños del Pacífico Sudeste.

El Acuerdo proporciona a los Estados costeros los mecanismos necesarios para lograr que el régimen de conservación que se aplique en la alta mar adyacente sea lo más similar posible, si no idéntico, a aquel que ellos poseen al interior de sus ZEE.

3.5.2 Contenido y aplicación de los principios.

El Acuerdo parte señalando una serie de considerandos entre los cuales se plantea el que la explotación incontrolada de recursos vivos marinos en

áreas de alta mar adyacentes a zonas bajo jurisdicción nacional representa una amenaza para la conservación y uso sostenible de dichos recursos, así como de poblaciones de peces dependientes o asociadas a ellos, y puede invalidar la eficacia de las medidas adoptadas por los Estados ribereños dentro de sus ZEE. En virtud de lo anterior los Estados ribereños del Pacífico Sudeste tienen el derecho y el deber de asegurar la conservación y el uso sostenible de los recursos pesqueros existentes en su propia subregión, incluidos aquellos que migran desde las zonas bajo su jurisdicción nacional hacia la alta mar, y viceversa. Cada uno de los Estados ribereños integrantes de este Acuerdo ha adoptado medidas eficaces para promover la sostenibilidad a largo plazo de los recursos vivos marinos, por lo cual tienen especial interés en que las medidas que se apliquen en la alta mar adyacente no sean menos estrictas que las establecidas en las zonas bajo su jurisdicción.

El artículo 5 enumera ciertos principios de conservación que se aplicarán en la implementación del Acuerdo Marco; entre los cuales se señala que *“Las medidas que se adopten se fundarán en una apropiada información científica y técnica, a fin de asegurar la conservación a largo plazo de los recursos vivos marinos del pacífico Sudeste, dentro del área de aplicación respectiva. La carencia o insuficiencia de la información disponible no se aducirá como razón para aplazar o impedir la adopción de medidas precautorias”*. Lo anterior refleja un reconocimiento expreso del principio precautorio.

El artículo 1.11 del Acuerdo de Galápagos incorpora el principio de desarrollo sustentable al definir **medidas de conservación** como las destinadas a asegurar el uso sostenible de una o más poblaciones de peces, que se adopten en el área de aplicación del Acuerdo Marco en forma compatible con las normas pertinentes del Derecho Internacional y de

conformidad con las disposiciones de este Acuerdo. Consecuentemente el término “conservación” incluye en adelante para los efectos de este Acuerdo, el concepto de uso sostenible de los recursos vivos marinos

El artículo 6 señala los elementos que deberían incluir las medidas de conservación de las especies reguladas:

- la designación de sub-áreas dentro del área de aplicación del Acuerdo Marco, atendiendo a la naturaleza, características y distribución de las poblaciones de peces de que se traten, así como a otros criterios geográficos, ecológicos, científicos, estadísticos y operativos;
- la fijación de niveles de capturas para las diferentes poblaciones de peces en el área o las sub-áreas de aplicación que se establezcan,
- la reglamentación del esfuerzo pesquero, a fin de prevenir su concentración en una especie o área determinada;
- el establecimiento de temporadas de captura y de veda cuando corresponda;
- la adopción de métodos de captura, incluyendo el uso selectivo de artes y aparejos de pesca y de maniobras pesqueras adecuadas;
- la fijación de tallas mínimas permisibles, como también de edad y, si fuese aplicable, de sexo de las especies reguladas, y cualquier otra información biológica que sea útil para la conservación de esas especies.

Para finalizar, nos parece relevante identificar el estado actual de los instrumentos internacionales aquí analizados en relación a su adopción por parte de nuestro país:

- La CONVEMAR fue ratificada con fecha 25 de agosto de 1997 y entró en vigor el 18 de noviembre de 1997.

- La Agenda 21 por tratarse de un instrumento que tuvo su origen en la Cumbre de Río, y por ser Chile parte integrante en esta instancia, se entiende que los principios allí plasmados han sido acogidos como recomendaciones para nuestro país.
- En lo que respecta a la Convención de las Naciones Unidas para las especies transzonales y altamente migratorias, está no ha sido acogida, básicamente por problemas de acceso a nuestros puertos de buques que operan en aguas fuera de nuestra ZEE⁸⁰.
- El Código de Conducta para la Pesca Responsable por tratarse de un instrumento jurídico no vinculante no obliga a nuestro país; sin embargo sus disposiciones pueden ser invocadas en virtud del artículo 1, por cualquier país.
- El Acuerdo de Galápagos se encuentra ratificado por el Senado chileno desde el 21 de agosto de 2001; con posterioridad ha sido ratificado por los Congresos de Ecuador y recientemente por el Congreso peruano con fecha 14 de mayo de 2003, restando únicamente la aprobación del Congreso de Colombia; la entrada en vigencia este Acuerdo en virtud del artículo 19 del mismo, será al trigésimo día después que los cuatro Estados ribereños del Pacífico Sudeste hayan depositado sus instrumentos de ratificación.

Luego de hacer esta referencia, entraremos de lleno a analizar la legislación pesquera nacional con el objeto de establecer el marco jurídico que regula la actividad pesquera.

⁸⁰ Centro de Análisis de Políticas Públicas; “Informe País: Estado del Medio Ambiente en Chile 2002”, Universidadde Chile, diciembre de 2002, pág. 289.

CAPITULO CUARTO

LEGISLACIÓN PESQUERA NACIONAL

4.1 Reseña Histórica de la Normativa sobre Pesca en Chile.⁸¹

A continuación señalaremos las principales normas jurídicas relevantes que nos permitirán formarnos una idea de la importancia que el tema ha tenido durante los dos últimos siglos.

- Reglamento de 22 de febrero de 1811 sobre Comercio y Navegación.

Este Reglamento contiene una norma sobre la “Libertad de Pesca y sus Privilegios”, que señala en su artículo 36 que: *“Santiago, 21 de febrero de 1811, la Junta Provisional de Gobierno que a nombre del señor don Fernando VII manda este Reino, considerando el estado actual de las cosas en Europa y que todos los hombres tienen ciertos derechos imprescriptibles con los que los ha dotado el creador para procurar su dicha, su propiedad i bienestar, en vista del expediente de la materia ha decretado i decreta lo siguiente: Artículo 36, es franca toda pesca que en adelante se intentare por los naturales, y gozarán de entera libertad de derechos en su importación i exportación”.*

⁸¹ Villablanca, María Cecilia; “Código de Pesca y Acuicultura: Doctrina, Leyes Anotadas y Concordadas, Reglamentos, Jurisprudencia Judicial y Administrativa”, Editorial Jurídica Cono Sur, 1996, pág. 5-29.

- Ley de 18 de octubre de 1832.

Nos encontramos frente a una norma de mayor jerarquía mediante la cual se libera del pago de derechos de importación y exportación a los productos de la pesca que se captura con buques nacionales: *“Por cuanto el Congreso Nacional ha sancionado la siguiente lei con fecha 16 del corriente: artículo 1º serán libres de derechos de importación y exportación los productos en bruto de cualquiera clase de pesca que se haga en buque nacional; artículo 2º: De igual libertad gozarán a su exportación para puertos extranjeros los mismos productos manufacturados en el país”.*

- Decreto de 8 de agosto de 1849.

Mediante este decreto se perfecciona la reglamentación concerniente al uso de las riberas del mar y de los terrenos abandonados por el mar, en el que se estableció: *“Artículo 3º: las riberas del mar son de uso público, entendiéndose por tales todo lo que bañan las olas del mar hasta donde llegan en la más alta marea”,* norma que se reproduce en lo sustancial en el artículo 594 del Código Civil vigente.

- Código Civil aprobado mediante la ley de 14 de diciembre de 1855.

El Código Civil desde su versión original contiene diversas normas relacionadas con los espacios marítimos, con el uso de las aguas de ríos y lagos, y concretamente con la actividad de la pesca, destacando entre ellos el Artículo 593, que establece la anchura del mar territorial y de dominio nacional en una legua marina, así como también referencia a la libertad de pesca, expresando el artículo 611, que se podrá pescar libremente en los mares, ríos y lagos de uso público, pero que en el mar territorial sólo podrán pescar los chilenos y los extranjeros domiciliados. Especial mención merece el artículo 622 del mismo Código, que se refiere a la actividad pesquera señalando que

estará sujeta a lo que las ordenanzas especiales dispongan y que en su inciso 2° expresa: *“no se podrá pues cazar o pescar sino en los lugares, en las temporadas y con las armas y procederes que no estén prohibidos”*.

Como se puede apreciar, Andrés Bello incorporó en el Código conceptos básicos para la regulación de la pesca sobre los cuales se han estructurado las denominadas “medidas de manejo pesquero”, como por ejemplo las vedas, sean éstas biológicas, referidas a determinadas áreas de pesca o relativas de uso de artes de pesca. Además tuvo el mérito de advertir que esta dinámica actividad requeriría de ajustes permanentes, por lo que determinó que las personas debían conformar su actuar a lo dispuesto en “las ordenanzas jurídicas especiales” que para los efectos de regular la actividad de la pesca se dictaren.

- DFL N° 34 de 1931.

En 1931, se publica en el Diario Oficial de 17 de marzo, el DFL N° 34, que “Legisla sobre la industria pesquera y sus derivados”, cuerpo normativo que sin alteraciones de gran significación, reguló las actividades pesqueras por espacio de casi 60 años. El primer reglamento del DFL N° 34, de 1931, fue publicado en el Diario Oficial de 12 de septiembre de 1934, cuerpo normativo que sufre cerca de 50 modificaciones entre 1935 y 1980, data esta última en que se dicta el D.S N°175, que permanece vigente hasta la fecha, con la sola excepción de las normas que contravienen a las disposiciones de la Ley General de Pesca y Acuicultura, por expresa disposición de su artículo 14 transitorio.

El 3 de mayo de 1983, se dictó el DFL N° 5 que fijó el texto refundido, coordinado y sistematizado del DFL N° 34 de 1931, cuerpo normativo que entró

en vigencia el 15 de noviembre de 1983. El DFL N° 5 de 1983, constaba de 62 artículos permanentes, distribuidos en seis títulos, de los cuales quedaron vigentes a partir de 6 de septiembre de 1991, sólo los Títulos III y VI. El articulado vigente del DFL N° 5, fue modificado por el DFL N° 1, de 1993, dictado en virtud de la facultad conferida al Presidente de la República en el artículo 7 transitorio de la Ley General de Pesca y Acuicultura.

4.2 Ley General de Pesca y Acuicultura, Ley N° 18.892 de 1989.

Finalmente al cabo de una década de debates jurídicos y científicos, el 23 de diciembre de 1989, se publicó en el Diario Oficial la Ley General de Pesca y Acuicultura, que en su versión original constaba de 126 artículos permanentes y 10 artículos transitorios. De ellos sólo entraron en vigencia inmediata el artículo 126 permanente y los artículos 1° al 4° y 6° transitorios, quedando prevista en el mencionado artículo 126, la vigencia de toda la ley para el 1° de abril de 1990 hecho jurídico que no alcanza a ocurrir porque el 30 de marzo de 1990 se publicó la ley N° 18.977 que postergó en 180 días su entrada en vigencia con el fin de dar tiempo al Ejecutivo de preparar el proyecto de ley modificatorio, así como también posibilitar al estudio de dichas modificaciones en el Congreso Nacional.

4.2.1 Modificaciones introducidas a la Ley N° 18.892.

La primera modificación fue introducida por la Ley N° 18.899 publicada el 30 de diciembre de 1989. Esta modificación tuvo por finalidad variar el régimen operacional de los buques fábricas, desplazando mucho más al sur el límite

norte del área de sus operaciones: desde el paralelo 44° 30' latitud sur al paralelo 47° latitud sur, a contar del día 1° de julio de 1990.

El 30 de marzo de 1990 se publicó la Ley N° 18.977, que prorrogó la entrada en vigencia de la Ley N° 18.892, hasta el 1 de octubre de 1990. Posteriormente, se sucedieron a lo menos cinco leyes que tuvieron por objeto ir posponiendo la entrada en vigencia de esta ley. Finalmente mediante la Ley N° 19.076, se prorrogó por última vez su entrada en vigencia para el día 6 de septiembre de 1991, fecha en que se publicaron y entraron en vigencia las leyes N°s 19.079 y 19.080 que contienen las modificaciones más relevantes.

4.2.2 Ley N° 19.079 de 6 de septiembre de 1991.

El texto original de la Ley 18.892 fue objeto de numerosas críticas. La primera de ellas apuntaba a la fórmula dispuesta para acceder a la pesca extractiva industrial, la cual se basaba en un sistema de registro automático de naves, el que se estimó técnicamente inconveniente y contrario al ordenamiento jurídico nacional. En segundo lugar, se estimó anacrónica e insuficiente la delimitación efectuada en el artículo 1 transitorio, de las áreas de las unidades de pesquerías en estado de plena explotación, impropiedad que exponía a serio riesgo de colapso las principales pesquerías pelágicas nacionales. Una tercera crítica fue la de concebir como sistema único de administración de pesquerías, el de cuotas individuales transferibles; se estimó que esa determinación legal privaba a la administración pública de la necesaria flexibilidad para aplicar otros sistemas más convenientes, según la tipicidad de las distintas pesquerías nacionales. Un cuarto error, lo constituyó el no haber previsto un fondo para la

investigación pesquera, el cual resulta fundamental para la adopción de adecuadas y oportunas medidas de manejo.⁸²

El proyecto que dio origen a la Ley N° 19.079 inició su trámite parlamentario en la Cámara de Diputados con el Mensaje enviado por el Presidente de la República de fecha 26 de junio de 1990. Posteriormente, el 27 de octubre del mismo año, la Comisión de Pesca y Acuicultura del Senado despachó a la Sala su informe sin formular reparos de constitucionalidad. No obstante lo anterior, con fecha 30 de octubre de 1990, 15 senadores entre los que se contaban integrantes de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, interpusieron un "Requerimiento" ante el Tribunal Constitucional, por la presunta ilegalidad de los Títulos III y XI del proyecto de modificaciones del Ejecutivo, por presuntos vicios de forma y de fondo.

De acuerdo a nuestro ordenamiento jurídico, los recurrentes sostienen que los recursos hidrobiológicos, especialmente los peces, son res nullius, o sea, no tienen dueño y son susceptibles de apropiación por los particulares mediante el modo legal de adquirir el dominio denominado ocupación, esto es, su pesca o captura (artículos 606 a 608 y 617 del Código Civil). Las normas del Código Civil, deben ser interpretadas y aplicadas con sujeción a las garantías que la Constitución asegura a todas las personas, entre otras, el artículo 19 N° 23 inciso 1º. En virtud de esta norma resulta que la regla general es la libre apropiabilidad de toda clase de bienes, abarcando, por ende, los peces y demás recursos hidrobiológicos, sin que ninguna de las excepciones previstas en esta misma disposición resulten aplicables. De manera que la soberanía y jurisdicción que la Nación chilena ejerce sobre los recursos hidrobiológicos, al igual que respecto de los demás bienes ubicados en su territorio, se refiere sólo

⁸² Rojas Ríos, César; "Ley General de Pesca y Acuicultura", Ediciones Jurídicas "La Ley", 1993, pág. 21-27.

a la potestad para regular por ley el ejercicio de los derechos que la Constitución asegura, respetándolos en su esencia.⁸³

El 4 de diciembre del mismo año se acogió el requerimiento sólo en lo que respecta a los vicios de forma, declarando inconstitucionales las normas objeto del requerimiento, por no haber sido aprobadas por las mayorías que el artículo 63 de la Constitución Política de la República exige para las leyes orgánicas constitucionales y de quórum calificado. En cuanto a las inconstitucionalidades de fondo alegadas en el requerimiento, el Tribunal Constitucional señaló que por estar éstas íntimamente relacionados con los artículos del mismo proyecto que el Tribunal declara inconstitucionales por vicios de forma y que, por consiguiente, no podrán convertirse en ley, se concluyó que las disposiciones impugnadas forman un todo orgánico y sistemático que no puede ser objeto de análisis independiente o separado de aquellas que han sido declaradas inconstitucionales por vicios de forma.

El proyecto finalmente es aprobado con fecha 12 de agosto de 1991, sin los dos títulos que fueron objeto del requerimiento; siendo publicada la Ley N° 19.079 en el Diario Oficial el 6 de septiembre de 1991.

4.2.3 Ley N° 19.080 de 6 de septiembre de 1991.

Como consecuencia de haber sido declarado nulos por vicios de forma ciertos artículos del proyecto que dio origen a la Ley N° 19.079, y con la finalidad de restablecer aspectos esenciales de su plan de modificaciones, el Ejecutivo formuló indicaciones al proyecto en trámite, reponiendo como

⁸³ Ibídem, en lo que respecta a los vicios de fondo y de forma para mayor detalle se puede consultar en las páginas 21 a 44.

artículos nuevos, los mismos que se declararon nulos. Esta iniciativa determinó una consulta de la Sala a la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, la que resolvió en votación dividida que los artículos anulados por el Tribunal Constitucional sólo podían reingresar a trámite bajo la forma de un nuevo proyecto y no por vía de indicaciones del Ejecutivo.

El informe de la Comisión fue largamente debatido en la Sala, sin alcanzarse consenso y, finalmente, se llegó a un acuerdo a nivel parlamentario, sobre la base del cual el Ejecutivo se comprometió a elaborar un proyecto complementario de modificaciones, el que ingresó a trámite legislativo en abril de 1991 y fue aprobado como ley de la República el 28 de agosto de 1991. La Ley N° 19.080 fue publicada también el 6 de septiembre de 1991.

4.3 D.S N° 430 de 28 de septiembre de 1991 que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N° 18.892.

El objeto principal de análisis del DS 430 que será abordado en este capítulo se encuentra acotado al núcleo central de la Ley; esto es referido a los regímenes de acceso, administración y conservación de las pesquerías tanto industrial como artesanal; razón por la cual sólo nos referiremos a los Títulos II, III y IV.

Dentro de las Disposiciones Generales, el artículo 1º señala que *“A las disposiciones de esta ley quedará sometida la preservación de los recursos hidrobiológicos, y toda actividad pesquera extractiva, de acuicultura, de investigación y deportiva....”*. El objetivo expresado en esta disposición es la

preservación de los recursos hidrobiológicos, debiendo entenderse por preservación el criterio expresado en la Ley General de Bases del Medio Ambiente N° 19.300 de 1994, al señalar en el artículo 2 letra p) *“Para todos los efectos legales, se entenderá por preservación de la naturaleza: el conjunto de políticas, planes, programas, normas y acciones, destinadas a asegurar la mantención de las condiciones que hacen posible la evolución y el desarrollo de las especies y de los ecosistemas del país.”*

En el **Título II “De la administración de las pesquerías”**, el párrafo 1º sobre Facultades de Conservación de los Recursos Hidrobiológicos⁸⁴, establece prohibiciones y medidas de administración de los recursos hidrobiológicos, las que se dictarán por decreto supremo fundado del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción; y serán aplicables en un área de pesca independientemente del régimen de acceso a que estén sometidos. Algunas de las medidas de administración más importantes son (artículo 3):

- Veda biológica por especie en un área determinada, cuya duración se fijará en el decreto que la establezca. Las vedas se aplicarán procurando la debida concordancia con las políticas aplicadas al respecto por los países limítrofes;
- Fijación de cuotas anuales de captura por especie en un área determinada;
- Declaración de áreas específicas y delimitadas que se denominarán Parques Marinos, destinados a preservar unidades ecológicas de interés para la ciencia y cautelar áreas que aseguren la mantención y diversidad de especies hidrobiológicas, como también aquellas asociadas a su hábitat.⁸⁵

⁸⁴Se entiende por recurso hidrobiológico las especies hidrobiológicas susceptibles de ser aprovechadas por el hombre. Especie hidrobiológica es aquella especie de organismo en cualquier fase de su desarrollo, que tenga en el agua su medio normal o más frecuente de vida. (Artículo 2 N° 18 y N°37)

⁸⁵ Del Sistema Nacional de Áreas Marinas Protegidas, sólo se ha hecho un avance sustancial en el desarrollo de las Áreas de Manejo y Explotación de Recursos Bentónicos (AMERB), con 180 áreas decretadas y 172 pendientes. Sin embargo, de acuerdo a la aplicación de la LGPA, sólo una Reserva Marina ha sido decretada (La Rinconada, en Antofagasta) y ningún Parque Marino ha sido creado hasta hoy. Centro de Análisis de Políticas Públicas; Ob. Cit, Pág.280.

Además la Subsecretaría por resolución fundada previo informe técnico del Consejo Zonal de Pesca que corresponda, podrá adoptar en un área de pesca independientemente del régimen de acceso a que se encuentre sometida las siguientes medidas de administración (artículo 4):

- Fijación de tamaño mínimo de extracción por especie en un área determinada y sus márgenes de tolerancia;
- Fijación de dimensiones y características de las artes y los aparejos de pesca.

Dentro de las facultades de conservación se establece la prohibición de realizar actividades pesqueras extractivas con artes, aparejos y otros implementos de pesca que afecten al fondo marino.

De lo anterior se desprende claramente, que cada una de las medidas de administración y prohibiciones tienden a lograr como objetivo un manejo sustentable de los recursos pesqueros tendiente a su preservación.

En el párrafo 2º relativo a los Planes de Manejo se señala que para cada unidad de pesquería declarada en régimen de plena explotación, de recuperación o de desarrollo incipiente, existirá un plan de manejo elaborado por la Subsecretaría a proposición del Consejo Zonal de Pesca que corresponda. Por plan de manejo se entiende un compendio de normas y conjunto de acciones que permiten administrar una pesquería basados en el conocimiento actualizado de los aspectos biopesquero, económico y social que se tenga de ella⁸⁶. Significativos progresos se podrían introducir a través de éste instrumento de administración de los recursos pesqueros, si al momento de elaborar un plan de manejo fuesen tomados en consideración elementos precautorios y de relación ecosistémica, junto con avanzar en el reconocimiento

⁸⁶ En cuanto al contenido de los planes de manejo ver artículo 9 de la ley.

de derechos, tanto de los pescadores artesanales tradicionales como industriales. Así se podría avanzar en el concepto de que los propios actores de las pesquerías apoyen la labor del Estado a través de grupos técnicos de apoyo al manejo.⁸⁷

El Título III trata “Del Acceso a la Actividad Pesquera Extractiva Industrial”. La pesca extractiva de cualquier clase es una actividad económica lícita que debe ejercerse en el marco de las normas jurídico técnicas que las regulan. El derecho a su desarrollo se encuentra constitucionalmente garantizado en los numerales 21 y 22 del artículo 19 de la Constitución Política de la República. Ello no obsta a la existencia de una prohibición general del ejercicio de ese derecho, establecida en función de diversos deberes que tiene el Estado, también de rango constitucional, como el deber de preservación de las especies hidrobiológicas consagrada en el numeral 8 del artículo 19 de la Constitución Política y, el deber de resguardo de la seguridad nacional a que se refiere el artículo 1.

Al respecto hay que señalar que para el desarrollo de las actividades pesqueras extractivas, sean estas de carácter artesanal o industrial, se requiere siempre de una habilitación gubernativa previa, fundada y precedida por un informe técnico. Dichos títulos habilitantes varían dependiendo del régimen de administración que se aplique a las diversas pesquerías⁸⁸. La ley distingue cuatro regímenes de administración para la explotación de las pesquerías

⁸⁷ Centro de Análisis de Política Públicas; Ob. Cit, Pág. 280.

⁸⁸ Los títulos que habilitan la pesca industrial, en la ley se han denominado “autorizaciones”, sin distinguir entre las que corresponden al régimen general de acceso y las de plena explotación. En efecto, la autorización para plena explotación es en su esencia un permiso de ocupación sobre un bien nacional, esto es un acto de concesión, puesto que crea en beneficio del particular un derecho del que antes carecía, dado que nadie tiene en su esfera patrimonial el derecho de usar exclusivamente una determinada parte de un bien público. En cambio, las autorizaciones para el régimen general de acceso, son actos administrativos de autorización o permiso de policía, declarativos de un derecho preexistente de naturaleza constitucional, que remueve una prohibición general establecida en resguardo de otros derechos del mismo rango. Villablanca, María Cecilia; Ob. Cit. Pág. 109-110.

industriales (artículo 14): Régimen General de Acceso, de Plena Explotación, de Pesquerías en Recuperación y de Desarrollo Incipiente.

- Régimen General de Acceso.

Este régimen constituye la regla general aplicable a la pesca extractiva industrial; es supletorio de todo otro régimen de administración y constituye la expresión más significativa del moderno concepto de libertad de pesca. Se aplica por el sólo ministerio de la ley y se habilita mediante el otorgamiento de una autorización de pesca simple.

Las autorizaciones de pesca que se otorgan habilitan a las naves para desarrollar actividades pesqueras extractivas sobre las especies y en las áreas que en ellas se indiquen, por tiempo indefinido y cumpliendo las reglas dispuestas en la normativa vigente. Las autorizaciones de pesca no son susceptibles de ser enajenadas, o arrendadas, no pudiendo constituirse a su respecto otros derechos en beneficios de terceros a ningún título, sin perjuicio de su transmisibilidad a los herederos del dueño de la nave.. (artículo 15)

Excepcionalmente, durante la vigencia del régimen general de acceso puede suspenderse la recepción de solicitudes y el otorgamiento de nuevas autorizaciones, esto es, vedarse el ejercicio de la libertad de pesca. Para dichos efectos, debe dictarse un decreto supremo fundado en un informe técnico de la Subsecretaría de Pesca, en el que se establezca que una especie hidrobiológica tiene un nivel de explotación que justifica su estudio para determinar cual de los regímenes de administración resulta más conveniente aplicar. Además, en ese mismo decreto o en otro distinto, se deberá establecer el límite para la captura y el desembarque total de las especies que han sido objeto de la medida restrictiva durante el periodo de suspensión. La suspensión

de derechos decretada en virtud de esta facultad establecida en el artículo 20 de la ley es susceptible de ser aplicada a la extracción de una especie determinada, incluida su fauna acompañante, en el área que se fije en el decreto respectivo, por un lapso no superior a 1 año ni inferior a los 6 meses. Sin embargo, estos plazos pueden ser abreviados si antes de que ellos se completen se adopta respecto a estas pesquerías, un determinado régimen. Si nada se expresa al concluir el plazo, rige de pleno derecho para esa pesquería el régimen general de acceso.

- Régimen de Pesquería en Plena Explotación.⁸⁹

Para tratar de aclarar el concepto de plena explotación, se ha señalado que la biomasa existente de una determinada especie hidrobiológica puede compararse con un capital capaz de generar una rentabilidad periódica. El óptimo aprovechamiento racional de ese capital - la biomasa existente de una determinada especie -, se alcanza cuando se consume la totalidad de los intereses que el capital puede generar, o lo que es lo mismo, hasta que se extrae el último pez de la porción correspondiente a los excedentes. Cuando se alcanza ese nivel de explotación de una especie, corresponde al Estado intervenir para protegerla y conservar la especie en cuestión.

Durante la vigencia del régimen de plena explotación, la Subsecretaría de Pesca faculta a una persona para realizar actividades de pesca extractiva con una cierta nave, en una determinada unidad de pesquería, mediante una autorización especial. Este derecho es transferible sólo con la nave en

⁸⁹ De acuerdo a lo establecido en el artículo 2 N° 21, se entiende por “Estado de plena explotación, aquella situación en que una pesquería llega a un nivel de explotación tal, que con la captura de las unidades extractivas autorizadas, no existe superávit de los excedentes productivos de la especie hidrobiológica”.

cuestión, y es indivisible (artículo 23). El carácter transferible propio de esta clase de autorizaciones, no está referida exclusivamente a su transferencia en dominio; la nave conjuntamente con su permiso de pesca, puede ser transferida a otro título diverso del dominio (leasing, arrendamiento, etc). En cambio, en el régimen general de acceso, la ley prohíbe expresamente la transferencia, arrendamiento, comodato y en general todo acto jurídico sobre las autorizaciones, ya que se trata de un derecho que está en la esfera jurídica de todas las personas, por lo que es inalienable, y además, porque sería inútil ya que cualquiera puede solicitar su otorgamiento. En lo que respecta a la connotación de indivisible de la autorización en la plena explotación, esta característica encuentra fundamento de racionalidad en el concepto de esfuerzo de pesca; en efecto, una misma nave puede tener autorizada diversas unidades de pesquería en estado de plena explotación, cuyas especies objetivos son susceptibles de ser capturadas con un mismo arte de pesca. Si estos derechos fueren divisibles, al extraer la especie objetivo, podrían capturarse por efecto tecnológico del arte de pesca las otras especies en plena explotación que coexisten en el área, incrementándose el esfuerzo de pesca.

En el artículo 24 de la ley se establece que por regla general durante la vigencia del régimen de plena explotación se seguirán otorgando autorizaciones a nuevos buques.⁹⁰

Ahora bien, una segunda forma de acceder al derecho a desarrollar actividades pesqueras extractivas industriales en unidades de pesquerías sometidas al régimen de plena explotación, es la adquisición de derechos

⁹⁰ No obstante ello, en los hechos la regla general constituye la excepción. La incorporación de nueva flota a las unidades de pesquerías en plena explotación se ha debido habilitar siempre como excepción por norma de rango legal, lo que consta en el artículo 3° transitorio del D.S N° 430 y en la Ley N° 19.245 de 1993.

en pública subasta, lo que se ha denominado “permisos extraordinarios de pesca”.⁹¹

Sin embargo, el Estado no tiene facultades para subastar sino hasta 50% de la cuota global anual de captura, límite que se estableció en homenaje a los denominados “derechos históricos de pesca”⁹². Así el otro 50% queda libre para el acceso de nuevos armadores industriales⁹³, los que podrán adquirirlos pagando su valor de mercado mediante la adjudicación de alícuotas en la subasta pública donde se podrá licitar anualmente alícuotas del 5% de la Cuota Global de Captura. Los derechos que se adquieran en virtud de una licitación, tienen una duración fija de 10 años, y se extinguen gradualmente en ese lapso pasando a formar parte nuevamente de la cuota licitable.

No obstante la ley establece como regla general que durante la vigencia del régimen de plena explotación subsiste el derecho al libre acceso, esto es, la posibilidad de incorporar flota a esas unidades de pesquería; y como norma de excepción, la suspensión transitoria de esos derechos por periodos anuales (artículo 24). En la realidad la situación es la inversa, puesto que desde hace

⁹¹ El artículo 2 N° 28 de la Ley define permiso extraordinario de pesca como un acto administrativo mediante el cual la Subsecretaría a través del procedimiento establecido en la ley, faculta a las personas adjudicatarias de cuotas individuales de captura para realizar actividades pesqueras extractivas, por el tiempo de vigencia del permiso, en pesquerías declaradas en los regímenes de plena explotación, o en pesquerías en desarrollo incipiente o en pesquerías en recuperación.

⁹² Los derechos históricos consisten en un derecho preferente o privilegiado establecido a favor de quienes iniciaron las actividades pesqueras industriales en Chile, para que puedan continuar sus faenas extractivas sin necesidad de licitar hasta extraer un 50% de lo que fueron sus capturas históricas u originales, cuando se decreta el establecimiento de una cuota de captura global, en una unidad de pesquería sometida a régimen de plena explotación.

⁹³ El artículo 2 N° 8 de la Ley define Armador Pesquero Industrial como aquella persona inscrita en el registro industrial, que ejecuta por su cuenta y riesgo una actividad pesquera extractiva o de transformación a bordo, utilizando una o más naves o embarcaciones pesqueras, cualquiera que sea el tipo, diseño o especialidad de éstas, las que deberán estar identificadas e inscritas como tales en los registros a cargo de la autoridad marítima.

una década se ha mantenido suspendido de continuo el derecho al ingreso de nueva flota a las áreas de pesquería plenamente explotadas⁹⁴.

El artículo 26 señala que durante el régimen de plena explotación podrán fijarse cuotas globales anuales de captura (CGA) para cada unidad de pesquería, las que regirán a partir del año calendario siguiente. Las CGA pueden ser distribuidas por orden de la autoridad, en dos o más fracciones para ser extraídas en diversas épocas del año, norma que encuentra fundamento de racionalidad en la necesidad de establecer una manera de mantener estable la actividad pesquera, minimizando los efectos negativos en materia de empleo, de la carrera que puede suscitarse entre los agentes interesados en obtener el máximo de capturas en el mínimo tiempo. Tanto la CGA, como las subcuotas en que ésta se fraccione podrán modificarse una vez al año.

En artículo 28 se refiere a la cuota de remanente, esto es, aquella parte de la CGA destinada a ser extraída exclusivamente por los titulares de autorizaciones de pesca habilitados para operar en la unidad de pesquería sometida a régimen de plena explotación.

Si durante la vigencia del régimen de plena explotación coexisten autorizaciones de pesca y permisos extraordinarios de pesca, la CGA deberá forzosamente dividirse en dos sub-cuotas; una, será igual al porcentaje de la cuota licitada y es la destinada a ser extraída por los adjudicatarios de alícuotas o cuotas individuales de captura. La otra corresponde al total de los derechos históricos y representa la porción que podrán extraer los titulares de esos derechos.

⁹⁴ Villablanca, María Cecilia; Ob. Cit, pág. 118.

- Régimen de Pesquería en Recuperación.

Las poblaciones de peces se reponen de la mortalidad por pesca y de la mortalidad natural a través de ajustes reproductivos, y su capacidad de renovación es limitada. Existe un nivel óptimo de pesca que es el que permite la mayor tasa de reposición de una especie, lo que en términos económico-pesqueros se expresa como “el nivel poblacional que genera el mayor excedente productivo”, esto es, el punto en que una población de especies alcanza su nivel más alto a través del crecimiento poblacional de los nuevos reclutas (especies en estado juvenil) con respecto al decrecimiento de esa misma población, como consecuencia de la mortalidad natural sumada a la mortalidad por pesca. Cuando se excede el límite antes señalado se extraen más peces de una determinada población que lo que es técnicamente recomendable.

Una pesquería está técnicamente “en recuperación” cuando se posibilita su restauración en términos poblacionales y, del estado de sobreexplotación en que estaba, es capaz de transitar a un nivel biológicamente seguro que le permite restablecer en el mediano o largo plazo el nivel de explotación plena. Lo esencial del régimen de pesquería en recuperación es impedir el colapso de una pesquería mediante la limitación de la extracción, con la finalidad de posibilitar la recuperación de una determinada población de recursos hidrobiológicos en un volumen adecuado para que vuelva a ser económicamente rentable.

Este régimen, parte de la base de la invalidación de todas las autorizaciones de pesca que se hubieran otorgado para esa pesquería, sin considerar bajo ningún respecto derechos históricos. El fundamento del ejercicio de esta facultad de la administración sería sancionar el abuso que se

hizo de estos derechos por sus titulares originarios, cuya negligencia llevó a la especie en cuestión a su sobreexplotación o colapso. De esta forma, cualquier persona interesada en la extracción del recurso sometido a este régimen puede postular en igualdad de condiciones a la adjudicación de derechos en pública subasta⁹⁵.

Del artículo 2 N° 41 y del artículo 39 de la ley, es posible inferir los requisitos necesarios para el establecimiento del régimen de pesquería en recuperación:

- Debe haberse decretado la veda extractiva de la especie en cuestión, durante un lapso mínimo de tres años sucesivos, fundada en la sobreexplotación de esa especie.
- Debe existir un informe técnico referente a la pesquería de esa especie del que emane la posibilidad de establecer una CGA de captura.
- Debe mediar iniciativa del Estado, a través de la Subsecretaría de Pesca, la que debe informar la situación al Consejo Nacional de Pesca, requiriéndole la aprobación de la mayoría absoluta de sus miembros en ejercicio. La Subsecretaría debe también consultar la medida al Consejo Zonal de Pesca que corresponda.
- El régimen debe establecerse por decreto supremo.

Podemos señalar como efectos de la declaración del régimen de pesquería en recuperación los siguientes:

⁹⁵Con la finalidad de poner en marcha el sistema, la ley dispone que en la primera subasta el Estado podrá asignar el 100% de los derechos sobre la CGA, a través de cuotas individuales, las que se asignan a los adjudicatarios a un plazo fijo de 10 años. Estas alícuotas tienen la particularidad de decrecer en un 10% cada año, durante los 10 años de vigencia del permiso respectivo, de tal modo que al terminar el plazo, se extingue el derecho para su titular. En los 9 años siguientes a la primera licitación se licita anualmente el 10%, porcentaje de la CGA que retorna al patrimonio estatal, con la finalidad de que se vuelva a asignar por vía de su licitación franqueándose así el ingreso de nuevas personas en el sistema.

- Se suspende la facultad de otorgar nuevas autorizaciones para extraer la especie sometida a este régimen, en el área que fije el decreto.
 - Expiran por el sólo ministerio de la ley todas las autorizaciones de pesca para operar en esa unidad de pesquería; se extinguen los derechos que se confirieron válidamente en virtud de dichos actos administrativos, por el sólo hecho jurídico de la declaración del régimen, sin necesidad de nuevos actos administrativos declarativos de la extinción de esos derechos.
 - Debe procederse a la dictación de un reglamento que establezca los procedimientos de la subasta y el establecimiento de cortes en los derechos a subastar que permitan un adecuado acceso a los armadores medianos y pequeños, por expresa disposición del legislador.
 - Debe procederse al otorgamiento de los permisos extraordinarios de pesca a los adjudicatarios de derechos en la subasta pública.
- Régimen de Pesquería en Desarrollo Incipiente.

El régimen de pesquería en desarrollo incipiente consiste en fijar una CGA de captura y en asignar derechos, o alícuotas a los interesados, mediante la pública subasta de ellos. La idea central de este régimen, al igual que en el caso de las pesquerías en fase de recuperación, es su administración ordenada desde que se inicia la explotación.

Las características que deben tener las pesquerías para ser declaradas bajo este régimen son:

- Que se trate de pesquerías demersales, esto es, especies que ni incursionan en el fondo marino, ni transitan hacia la superficie de las aguas, o bien bentónica, que son aquellas que tienen su hábitat en el suelo o fondo del mar.

- Que la pesquería esté actualmente sometida a régimen general de acceso.
- Que sea posible establecer una CGA de captura de la especie en cuestión, en la unidad de pesquería, sobre la base de los antecedentes de que se disponen de ella.
- Que no exista actualmente esfuerzo de pesca sobre dicha unidad de pesquería (esto es, que se encuentre en la fase de extracción igual a cero) o bien que el esfuerzo que exista no sea superior al 10% de la CGA, estimada sobre base científica.
- Que exista un número de personas interesadas en participar de la extracción industrial de la especie en cuestión.

Con la finalidad de poner en marcha el sistema, cuando la fase de explotación en que se encuentra la especie sea cero, durante la primera subasta se adjudicará el 100% de la CGA y en adelante, a partir del segundo año de vigencia del sistema, se subastará un 10% anual de dicha cuota.

Cuando exista actividad industrial autorizada respecto de la especie, que sabemos debe corresponder a la captura de un porcentaje de la CGA inferior al 10%, sólo podrá subastarse el 90% de ella. En este último caso deberá permitirse que los que ya estaban autorizados y operando continúen desarrollando sus actividades extractivas en la unidad de pesquería por un lapso de tres años, contados desde el establecimiento del régimen. Al término de este plazo se hará una estimación de la captura promedio de cada buque y se asignará al titular un “permiso extraordinario de pesca” que sin costo alguno le permitirá seguir operando por 10 años más en la pesquería. Este derecho irá decreciendo año tras año en un 10% y se extinguirá al cabo de los 10 años de vigencia previstos en el título respectivo.

En lo que respecta a los requisitos para la declaración del régimen estos son:

- Corresponde al Estado a través de la Subsecretaría de Pesca formular la iniciativa para establecer el régimen, la que deberá someterse a la aprobación de la mayoría absoluta de los miembros en ejercicio del Consejo Nacional de Pesca y además deberá ser consultada a los Consejos Zonales de Pesca que correspondan.
- Deberá dictarse un decreto supremo que junto con declarar el establecimiento del régimen, autorizará a la Subsecretaría para subastar el porcentaje que corresponda durante el primer año de su vigencia y el 10% anual, a contar del segundo año.

El efecto de la declaración del régimen consiste en que no se autorizará a ninguna otra persona para operar en esa unidad de pesquería y la única posibilidad de acceder a ella durante los primeros 10 años de su vigencia, será la adquisición del derecho de alguno de los adjudicatarios, o bien la adjudicación en pública subasta del porcentaje de licitación anual.

Como es posible visualizar a través de esta referencia a los regímenes de acceso para las pesquerías industriales, no resulta evidente la aplicación de criterios de sustentabilidad, ni de precaución en la administración de este sector pesquero. Si alguna disposición pareciera indicar preocupación por la conservación de los recursos explotados, se hace sólo en términos económicos. En el caso del régimen de plena explotación, el colapso de las pesquerías declaradas bajo este régimen es total, y hacia el mismo camino, dada la regulación existente, van dirigidas las pesquerías sometidas al régimen en recuperación. Sólo es posible obtener una adecuada y satisfactoria regulación de la actividad pesquera con miras a un verdadero desarrollo

sustentable de los recursos marinos, en una edad temprana de desarrollo de la pesquería o en desarrollo incipiente como lo denomina la Ley. La iniciación por parte del Gobierno de medidas de ordenación pesquera debe efectuarse antes, y no después, de que sea evidente una pesca excesiva. En una reglamentación prioritaria, con un análisis periódico de datos sobre los recursos, que se inicie al principio de la fase de desarrollo de una pesquería, ha de tenerse en cuenta la experiencia de pesquerías análogas en otras partes del mundo, pues para esa regulación no puede esperarse a disponer de datos completos sobre el recurso.

El Título IV se refiere a “La Pesca Artesanal”.⁹⁶ El régimen general de acceso previsto para la explotación de los recursos hidrobiológicos por parte de los pescadores artesanales, es el de libertad de pesca. La libertad de pesca que considera la ley, obviamente no es absoluta; el derecho a ejercerla también debe ser habilitado por el Estado, mediante la inscripción en el Registro Artesanal, que lleva el Servicio Nacional de Pesca. Constituye una excepción a la regla general de libre acceso, la implantación del Régimen Bentónico de Extracción⁹⁷. Como se ha demostrado a nivel mundial, como resultado final de la pesca, en las áreas de libre acceso, nadie se hace responsable de cuidar los recursos (dejar individuos de tamaño comercial o de mayor talla en el agua) ya que lo que cuida uno, lo puede explotar otro, generalmente arrasando los recursos. Así, resulta adecuado para el desarrollo sustentable de los recursos, la existencia de Áreas de Manejo y Explotación de Recursos Bentónicos

⁹⁶Se entiende por pesca artesanal “ la actividad pesquera extractiva realizada por personas naturales que en forma personal, directa y habitual trabajan como pescadores artesanales.....Se considerará también como pesca artesanal, la actividad pesquera extractiva que realizan personas jurídicas, siempre que éstas estén compuestas exclusivamente por personas naturales inscritas como pescadores artesanales en los términos establecidos por esta ley”. (artículo 2 N° 29)

⁹⁷ Este régimen consistirá en la fijación de una cuota total de extracción y en la asignación de cuotas individuales de extracción. Las cuotas individuales de extracción se asignarán a los pescadores artesanales debidamente inscritos en el registro respectivo y que cumplan con los demás requisitos establecidos en esta ley para operar sobre el recurso específico que se trate. (artículo 48 letra e)

(AMERB), que están basados en compartir el manejo con usuarios organizados o en comanejo.

Al igual que acontece con la pesca extractiva industrial, cuando una especie alcanza su nivel de máxima o plena explotación, se limita el acceso a esa pesquería por la suspensión del derecho para inscribirse en el Registro Artesanal⁹⁸. Cuando ello acontece, no se inscriben más pescadores para la pesquería de ese recurso, en el área en que éste se declare en plena explotación, creándose así una situación de privilegio para unos y de desigualdad para otros, que no encuentra solución en la ley, toda vez que la inscripción en el Registro Artesanal no es transferible ni susceptible de negocio jurídico, como lo son los títulos habilitantes equivalentes en las pesquerías industriales en plena explotación. Esta situación de restricción del acceso por vía del cierre de los Registros Artesanales, que en el texto de la ley aparece como excepcional o transitorio, no es tal en la práctica; al igual que acontece en las pesquerías industriales, el acceso a los recursos plenamente explotados ha convertido la situación de prohibición en la regla general o permanente.⁹⁹

Las siguientes áreas constituyen la zona de reserva para el uso exclusivo de la pesca extractiva artesanal (artículo 47):

- Una franja de mar territorial de 5 millas marinas, medidas desde las líneas de bases normales, a partir del límite norte de la República y hasta el paralelo 41° 28,6' latitud sur.

⁹⁸ La suspensión de las inscripciones en el Registro Artesanal se establece mediante resolución de la Subsecretaría de Pesca, previo informe técnico, debidamente fundado, del Consejo Zonal de Pesca que corresponda. La restricción se referirá a una determinada categoría de pescadores artesanales, a una pesquería específica, y a un área de pesca precisa, que corresponda a una o más regiones del país. En este caso no se admitirán nuevas inscripciones de embarcaciones ni de personas para esa categoría y pesquería en la región respectiva. El cese de la suspensión se determinará mediante igual procedimiento. (artículo 50)

⁹⁹ Villablanca, María Cecilia; Ob. Cit, pág. 78.

- Una franja de mar territorial de 5 millas marinas, medidas desde las líneas de base normales, alrededor de las islas oceánicas.
- Las aguas interiores del país.

Cabe destacar que la franja de 5 millas marinas se mide desde las líneas de base normales, pero en las zonas donde existan escotaduras se miden a partir de la línea imaginaria que une los puntos notables de la costa, de lo que resulta extensas áreas comprendidas en la pesca artesanal.

Podrá autorizarse excepcionalmente el ejercicio de la pesca industrial en el área de reserva exclusiva para la pesca artesanal, en alguna de las situaciones que señalan enseguida:

- Cuando en una o más zonas específicas del área de reserva no se realice pesca artesanal;
- Cuando la actividad pesquera artesanal que exista sea compatible con el desarrollo de actividades extractivas por naves industriales, de tal modo que estas no interfieran con las actividades de pesca artesanal.

El hecho de la habilitación de un área para la pesca extractiva industrial dentro de la zona de reserva para la pesca artesanal, no obsta a la ulterior operación de la flota artesanal en dichas zonas.

4.4 Ley Nº 19.713 de 25 de enero de 2001 “Establece como Medida de Administración el Límite Máximo de Captura por Armador a las Principales Pesquerías Industriales Nacionales y la Regularización del Registro Pesquero Artesanal”.

La experiencia recogida en el curso de los últimos años ha permitido conocer las enormes limitaciones que la actual legislación pesquera impone para una adecuada administración de las distintas pesquerías, lo cual genera ineficiencia operativa, económica y social. Aún cuando ha sido posible implementar medidas de ordenamiento y asegurar en el corto plazo algunos propósitos básicos de conservación de los recursos, la mantención del empleo y de las empresas, ha quedado en evidencia que los mecanismos regulatorios de la legislación pesquera actual no permiten el logro de estos mismos objetivos en el mediano y largo plazo para toda la actividad pesquera. Esta afirmación no hace más que reforzar la idea de que casi la totalidad de la actividad pesquera en Chile, con la regulación existente, es inviable de mantener si lo que se busca es lograr un desarrollo sustentable de los recursos pesqueros.

Esta ley introduce una medida de administración denominada “límite máximo de captura por armador”, la que establece una nueva limitación al ejercicio de la actividad pesquera extractiva industrial, dada la insuficiencia que se ha demostrado con el transcurso de los años del ejercicio de todas las facultades que otorga la actual legislación pesquera para frenar el crecimiento de la flota y la sobre explotación de los principales recursos pesqueros del país.

El Límite Máximo de Captura por Armador, corresponde a una medida de administración que tiene como objetivo establecer limitación a la captura que puede desarrollar un armador con las naves pesqueras autorizadas en una determinada unidad de pesquería. (artículo 1)

Los artículos 2, 3, 4 y 5 establecen las unidades de pesquería a que se aplicará esta medida de administración y fija el procedimiento y los parámetros para efectuar el cálculo del límite máximo de captura por armador.

Una vez publicado el decreto que establece el límite máximo de captura por armador, los armadores podrán optar por someterse a esta medida de administración conjuntamente con otros armadores que se encuentren bajo la aplicación de la misma medida. El ejercicio de esta opción es irrevocable durante el año calendario correspondiente. (artículo 7). Esta facultad permitirá hacer más eficiente la actividad pesquera extractiva, en especial para aquellos armadores en que su límite máximo de captura sea sustantivamente menor a la capacidad extractiva de su flota.

Una vez establecido el límite máximo de captura por armador, cada uno de ellos podrá determinar la o las naves autorizadas en la unidad de pesquería con que lo hará efectivo. En cuanto a las naves no utilizadas, la paralización de sus actividades extractivas en la unidad de pesquería no constituirá causal de caducidad para dichas naves en esa pesquería y su fauna acompañante. Por otra parte, si la nave no desarrolla ninguna otra actividad pesquera extractiva durante un año calendario, estará exenta del pago de la patente única pesquera que establece la Ley General de Pesca. (artículo 8)

4.5 Ley Nº 19.849 de 26 de diciembre de 2002 “Prorroga la vigencia de la Ley Nº 19.713, establece un nuevo nivel de patente pesquera industrial e introduce modificaciones a la Ley General de Pesca”.

La idea matriz de esta ley consiste en prorrogar la vigencia de la medida de administración denominada límite máximo de captura por armador que se estableció, en forma transitoria por la Ley Nº 19.713, con el propósito de mantener la estabilidad económica y social proporcionada por la medida en el largo plazo. La prórroga de la medida de administración pesquera resulta indispensable para evitar un retroceso en la administración pesquera nacional.

Esta ley consta de dos artículos; en virtud del artículo primero, se introducen modificaciones a la Ley N° 19.713, y el artículo segundo, modifica el D.S N° 430.

Para los efectos de abordar las principales modificaciones contempladas en esta Ley, distinguiremos entre el sector pesquero industrial y el sector pesquero artesanal:¹⁰⁰

- Aspectos que benefician al sector pesquero artesanal.
- Se agrega un artículo 24 a la Ley 19.713, en el cual se establece un nuevo fraccionamiento en la cuota global de captura, en virtud del cual se aumentan los porcentajes por especies que se le asignan a este sector. Estimaciones indicarían que los pescadores artesanales obtendrían más de US\$ 20 millones al año de ganancias por este nuevo fraccionamiento legal.
- Se agrega al artículo 48 del DS N° 430 un artículo 48 A según el cual en las pesquerías que tengan su acceso suspendido por haber alcanzado un estado de plena explotación, podrá establecerse por decreto, previo informe técnico de la Subsecretaría y con consulta o a solicitud de las organizaciones de pescadores artesanales, un sistema denominado “Régimen Artesanal de Extracción”, el cual consiste en la distribución de la fracción artesanal de la cuota global de captura en una determinada región, ya sea por área, tamaño de las embarcaciones, caletas, organizaciones de pescadores artesanales o individualmente.
- Se agrega al artículo 50 del DS N° 430 un artículo 50 A, en virtud del cual se le da valor a la inscripción en el Registro Pesquero Artesanal a través del mecanismo denominado “reemplazo”, dado que en la actualidad los pescadores artesanales que se encuentran inscritos en el Registro Pesquero, una vez que se retiran de la actividad pierden la inscripción de la

¹⁰⁰ “Ley N° 19.849 que prorroga la Ley N° 19.713: Aspectos importantes”; En www.subpesca.cl

que fueron titulares, de manera que con la figura del reemplazo se les permite que las pesquerías que se encuentren con su acceso temporalmente suspendido, puedan tener la alternativa de ser reemplazados por otra persona que cumpla con los requisitos generales de la Ley Pesca. Es así como el pescador artesanal puede dar un valor a la inscripción, a través de la designación de su reemplazante.

- Se agrega al artículo 147 del DS N° 430 un artículo 147 A, en virtud del cual se establece una forma distinta en como se votará el fraccionamiento de la cuota global de captura entre el sector artesanal e industrial, en las pesquerías que no se encuentren fraccionadas por ley y que se encuentren declaradas en plena explotación. Esta fórmula pretende lograr la equidad en la participación de los distintos agentes de la actividad pesquera. De esta forma será votada por una comisión que estará integrada por dos representantes de la pesca artesanal, un representante del sector industrial, un representante del sector laboral y tres representantes del Presidente de la República.

- Aspectos que benefician al sector pesquero industrial.

- Se modifica el artículo 23 de la Ley 19.713 en el sentido de reemplazar la expresión “2002” por “2012”, de esta manera se prorroga por 10 años la medida de administración denominada Límite Máximo de Captura por Armador lo cual involucra mayor estabilidad y una serie de beneficios económicos y sociales, tales como:

- a) Mayor valor agregado de las capturas: al detener la carrera olímpica los armadores han podido proyectar en el tiempo sus capturas, este hecho produce el beneficio que con la cuota asignada se puede obtener un mayor valor agregado. Primero porque no compite en la carrera por pescar, segundo porque puede proyectar sus capturas con la propia capacidad de proceso de la planta y tercero porque el tiempo que antes

invertía en capturar primero que sus competidores, ahora lo invierte en sacar mayor valor de sus capturas.

- b) Generación de empleo: las plantas de proceso requieren de una gran mano de obra, y al tener más programadamente pescado para procesar requieren una mayor cantidad de empleo.
 - c) Empleo estable: las capturas se extraen programadamente sin que el armador tenga que competir con sus pares proyectándola en todo el año calendario.
 - d) Mayor incentivo por la conservación: al no tener que competir con los otros armadores se cumple más cabalmente con las cuotas asignadas a cada uno de ellos.
- El fraccionamiento de cuotas entre el sector artesanal e industrial (establecido en el artículo 24 de la Ley 19.713) entrega mayor certidumbre al sector industrial, al saber anticipadamente cual será el porcentaje de la cuota global con que contará para desarrollar sus actividades cada año, no dependiendo de la decisión que cada año deba tomar el Consejo Nacional de Pesca como era hasta ahora.
 - Se modifica el artículo 9 inciso 1º de la Ley 19.713, estableciendo la posibilidad de que las naves cuyos armadores decidan retirar de la actividad pesquera extractiva podrán ser sustituidas.
 - Aspectos que benefician al sector pesquero en su conjunto.
 - Se agrega a continuación del artículo 43 del DS N° 430 un artículo 43 bis en virtud del cual pagará patente todo instrumento que genere derechos de pesca: naves en operación, naves paralizadas y certificados por naves excluidas. En el caso de las dos primeras, la patente se incrementa en un 110% respecto de la existente, lo que implica una mayor recaudación del orden de los 16,5 millones de dólares.

- Se agrega al DS N° 430 el artículo 173 en el cual se crea el Fondo de Administración Pesquera destinado a financiar entre otros aspectos la investigación pesquera y de acuicultura y programas de vigilancia, fiscalización y administración de las actividades pesqueras.

4.6 Proyectos que modifican la Ley General de Pesca y Acuicultura.

4.6.1 Mensaje enviado por el Ejecutivo que modifica la Ley General de Pesca y Acuicultura, en lo relativo a Principios de Conservación, Medidas de Administración, Planes de Manejo, Desconcentración Funcional, Límite Máximo de Captura por Armador, Pesca Artesanal e Institucionalidad del Sector Pesquero.¹⁰¹

El proyecto de ley que mediante este Mensaje se propone, obedece al compromiso asumido por el Gobierno hace dos años, con ocasión de la tramitación y aprobación de la Ley N° 19.713 que autorizó la implementación de una medida de administración para el sector industrial denominada límite máximo de captura por armador, y permitió la regularización de los registros pesqueros artesanales. La evaluación objetiva de la aplicación de esta ley transitoria permite constatar que la medida de administración de límites máximos de captura se orienta en la dirección correcta. En efecto ha permitido establecer incentivos adecuados para lograr el equilibrio entre la conservación de los recursos hidrobiológicos y el desarrollo creciente de la industria pesquera del país. Dicho equilibrio se refleja, por una parte, en la posibilidad de disminuir

¹⁰¹ Este proyecto tiene su origen en el Mensaje N° 54-347 de fecha 7 de junio de 2002, enviado por el Ejecutivo al Senado.

la regulación de la flota pesquera extractiva industrial, poniendo mayor énfasis en el cumplimiento irrestricto del límite a capturar. Por otra parte, en la confianza que genera en los armadores y que les permiten efectuar inversiones considerando un horizonte más estable y de más largo plazo, las que ya se aprecian en las nuevas líneas de proceso de las capturas.

Este proyecto contempla modificaciones tanto a la regulación pesquera industrial y artesanal, como a la institucionalidad del sector pesquero. Respecto de la pesca industrial, las modificaciones que se proponen propenden a que la explotación de los recursos pesqueros se realicen maximizando el valor económico de las pesquerías, manteniendo la premisa fundamental de su conservación, objetivo cuya consecución es posible por el alto grado de desarrollo alcanzado en materia de control del acceso a la actividad y en el ordenamiento de ésta, y por la experiencia de la ley transitoria. En el ámbito del sector pesquero artesanal, el objetivo de la presente iniciativa es perfeccionar los mecanismos regulatorios existentes, que han resultado ineficaces para cumplir los objetivos trazados. En este sentido las modificaciones que se proponen tienden a incentivar que los propios pescadores artesanales se comprometan a una participación responsable, tanto en el proceso de toma de decisiones como en el cumplimiento de la normativa. A su vez las modificaciones plantean variados instrumentos de carácter flexible, con la finalidad de adecuar la regulación a las características propias de los pescadores artesanales y de la actividad desarrollada por ellos. Adicionalmente, los cambios propuestos en esta materia permitirán a la autoridad fiscalizadora efectuar su labor de una manera más eficaz y oportuna.

Contenido del Proyecto.

- Principios de Conservación.

El proyecto incorpora a la legislación pesquera, dos importantes principios: el precautorio y el ecosistémico. Al consagrar expresamente estos principios, se reforzará uno de los fundamentos de la legislación de pesca, cual es la conservación de los recursos hidrobiológicos. De tal manera que se propone intercalar a continuación del artículo 1º el siguiente artículo 1º A *“En la regulación de las actividades indicadas en el artículo anterior y en todas las medidas que se adopten en conformidad con lo dispuesto en esta Ley, se deberá adoptar siempre aquella decisión que no comprometa las expectativas de desarrollo de las generaciones futuras.*

Cuando existan riesgos para la conservación de especies o recursos hidrobiológicos, la falta de certeza científica sobre tal circunstancia no podrá invocarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces para evitar o revertir tales riesgos en un plazo que considere el tiempo generacional del recurso o especie hidrobiológica que se trate.”

- Medidas de Administración.

En esta materia, el presente proyecto de ley incorpora nuevas medidas de administración y complementa las existentes.

- Cuota Global de Captura: las innovaciones que contempla el proyecto se refieren, en primer término, a permitir al Ministerio de Economía, fijar la cuota global por años calendarios, o por doce meses sucesivos o por temporadas de captura, atendiendo a los ciclos propios de una determinada especie hidrobiológica mas que al concepto espacial de un año calendario, que no es siempre coincidente. Se faculta a la autoridad competente para reservar fundadamente un porcentaje de la cuota global de captura para fines de investigación y de fauna acompañante.

- Vedas: el proyecto plantea, la corrección de una inconsistencia constatada en la actual regulación de la veda extractiva. En efecto, desde la modificación introducida a la Ley de Pesca en el año 1991, la veda extractiva solo se incluyó en el artículo 48 relativo a las medidas de administración especiales para la pesca artesanal. Con la modificación planteada en este proyecto se elimina la inconsistencia señalada, manteniendo a la veda extractiva como una medida de administración de carácter genérica, e insertándola en el artículo 3 de la ley junto con la veda biológica. De este modo dicha medida podrá ser aplicada a los recursos extraídos por el sector pesquero artesanal e industrial, y con independencia del régimen de acceso en que se encuentre la pesquería. Además el proyecto propone la posibilidad de establecer vedas por sexo, alternativa adecuada para algunas especies que permitiría cierta flexibilidad al momento de establecer una prohibición a la extracción de recursos, permitiendo por ejemplo, la extracción de los machos.

- Planes de Manejo.

En esta materia el proyecto de ley propone cambios sustanciales tanto en la forma como en el fondo. Primero en cuanto al procedimiento para la formulación de los planes de manejo, se traspasa la iniciativa, y en algunos casos, la obligación de su formulación a la Subsecretaría. Por otra parte, se aumenta la participación de los agentes y de la comunidad, para dar mayor legitimidad a su formulación. En cuanto al fondo, se amplía la obligación de establecer planes de manejo a las pesquerías artesanales que se encuentran con su acceso suspendido, estableciéndose el respectivo procedimiento para ello. Adicionalmente, se adecúan las materias que deben contener dichos planes.

- Límite Máximo de Captura por Armador

Uno de los objetivos centrales del proyecto es incorporar con carácter permanente a la legislación pesquera, la medida de administración denominada límite máximo de captura por armador que ya fue establecida de modo transitorio mediante la Ley N° 19.713. Para ello, se introduce un nuevo párrafo en el Título II de la Ley de Pesca, que contiene las disposiciones relativas a la forma, requisitos, condiciones y procedimiento para la aplicación de esta medida de administración. Por otra parte, mediante disposiciones transitorias, se somete a esta medida de administración a las unidades de pesquería actualmente sujetas a ellas en virtud de la Ley N° 19.713 y, además, se incorpora a ella, a las unidades de pesquerías de recursos pelágicos declarados en plena explotación en la I y II regiones.

- Periodo de vigencia de la medida y procedimiento para su establecimiento: el proyecto establece que la medida de administración una vez decretada tendrá una vigencia de 15 años. Este plazo constituye, por una parte, un periodo adecuado para la recuperación de las inversiones necesarias para conferir mayor valor agregado a las capturas. Por otra parte, constituye un incentivo para que el sector industrial asuma un compromiso con la conservación del recurso, que finalmente redundará en mayor beneficio para el país.
- Establecimiento de la cuota global de captura: para aplicar la medida de administración límites máximos de captura por armador, es indispensable que se fije para cada una de las unidades de pesquerías, una cuota global de captura, luego, dicha cuota se distribuirá entre los armadores que tengan naves con autorización vigente para desarrollar actividades pesqueras extractivas. Para este efecto el proyecto de ley establece que las cuotas globales de captura serán fijadas de acuerdo al procedimiento que para cada caso contempla la Ley General de Pesca y Acuicultura. No obstante, para el evento de que el Consejo Nacional de Pesca no apruebe la cuota

global de captura que se le presente, se contempla un procedimiento especial que permite establecerla y de este modo, evitar que la medida de administración quede sin aplicación una vez que se haya establecido.

- Método de cálculo: se establece como único método de cálculo para las pesquerías que se sometan a esta medida de administración a contar de su entrada en vigencia, la historia de captura de los cuatro años anteriores a su establecimiento. Sin perjuicio de lo anterior, para las pesquerías que ya fueron sometidas a esta medida en virtud de la Ley N° 19.713 y que, por ende, quedarán sujetas a esta nueva regulación de forma inmediata, se han debido mantener las fórmulas de cálculo aplicadas por la citada ley transitoria, estableciéndose para ello la respectiva remisión normativa.
- Posibilidad de excluir definitivamente naves de la actividad pesquera extractiva: se propone perfeccionar la posibilidad de retirar naves en forma definitiva de las pesquerías, permitiendo al respectivo armador conservar la fracción de cuota que esa nave le representa en las distintas pesquerías autorizadas y sujetas a la medida.
- Procedimiento eventual de recálculo de los límites máximos: el proyecto contempla un procedimiento de recálculo eventual de los límites, cada cinco años, con el objeto de resguardar que durante la vigencia de la medida de administración, se cumpla efectivamente con el objetivo de obtener el mayor valor económico de los excedentes productivos que no afectan la conservación del recurso. El referido recálculo opera en el evento que uno o más de los armadores capture menos del 90% de su límite, considerando al efecto los tres mejores años dentro de un periodo de cinco años. En tal caso se rebajará de su respectivo coeficiente, el porcentaje no capturado. La sumatoria de todos los porcentajes rebajados se distribuirán en todos los demás armadores no afectados a la rebaja.
- Mecanismo de renovación de la medida de administración: la medida de

administración de límites máximos de captura por armador será renovable por periodos de 15 años, de acuerdo al mismo procedimiento establecido para su adopción. La decisión de renovar la medida podrá adoptarse desde 48 hasta 12 meses antes del término de su vigencia, a objeto de evitar efectos negativos en las inversiones, por la incertidumbre de los últimos años de vigencia. De este modo, si el armador o grupo de armadores sobrepasan el límite máximo de captura, al año siguiente se les descontará el triple del exceso, descuento que se aplicará a cada uno de los coeficientes de participación relativos, expresado en porcentajes, de cada una de las naves que dio origen al límite máximo.

- Pesca Artesanal.
- Áreas contiguas: el proyecto de ley, regula la posibilidad de operación en las regiones aledañas a la de origen de la inscripción. Un primer caso contempla la posibilidad de operación en peces por fuera de las cinco millas para todos los armadores artesanales que cuenten con posicionador satelital. Una segunda posibilidad consiste en operar dentro de las cinco millas, pero con exclusión de la primera milla. En ambos casos se requerirá consultar al Consejo Zonal de Pesca. No se permite el ingreso a una pesquería de una región cuyo acceso esté abierto a una con acceso cerrado, con el objeto de resguardar el estado de plena explotación. Para resguardar los equilibrios entre todas las regiones y, con el objeto de controlar las cuotas, los desembarques deberán producirse siempre en la región de origen.
- Áreas de manejo: por una parte, se establece como excepción al pago de la patente de las áreas de manejo, la fuerza mayor o caso fortuito. Por otra, se permite que dos o más organizaciones puedan solicitar conjuntamente una misma área, para lo que será necesario que ingresen la solicitud en forma

conjunta. En todo caso, se considera un límite al número de áreas a las que puede acceder una misma organización, porque al no existir éste, se pueden originar situaciones contrarias a la finalidad de la medida de administración de las áreas de manejo. El límite consiste en que una misma organización sólo puede acceder a un máximo de tres áreas de manejo, considerándose para estos efectos como una misma organización, aquella que cuente entre sus socios con más del 50% de los pescadores artesanales asociados a otra.

4.6.2 Mociones presentadas por Poder Legislativo que modifican la Ley de Pesca.

- Boletín N° 1313-03, Agrega a los artículos 50 y 152 de la Ley 18.892, con la finalidad de garantizar el acceso a recursos pesqueros en zonas contiguas a los pescadores artesanales (04 de agosto de 1994).¹⁰²

Como fundamento de la moción, su autor destaca la conveniencia de garantizar el acceso al recurso a las pesquerías que residen en los lugares donde efectivamente realizan sus actividades pesqueras, pues son ellas las que mejor los protegen de una extracción indiscriminada, especialmente en los sectores geográficos en que las especies han alcanzado un estado de plena explotación.

En opinión del autor de la moción, la norma del artículo 50 que autoriza extender el área de operaciones de los pescadores artesanales a las zonas contiguas ha producido resultados negativos, pues ha generado presiones

¹⁰² Moción presentado por el Senador. Antonio Horvath , durante la Legislatura 329 Ordinaria, Sesión 18 Ordinaria.

excesivas sobre el recurso pesquero y un escaso control de los Consejos Zonales de Pesca, porque éstos, cuando abarcan más de una región, no representan equitativamente los intereses de los agentes pesqueros que laboran en las diversas zonas de su jurisdicción. De lo anterior, ha resultado el agotamiento prematuro de las cuotas asignadas a las pesquerías artesanales en desmedro de los usuarios y las ulteriores consecuencias negativas de orden social que los afectan.

El texto original del proyecto fue sustituido a instancias del Subsecretario de Pesca con el objeto de, por una parte flexibilizar el sistema de administración pesquera desde el momento en que no obliga a fijar cuotas para todas las pesquerías, sino sólo respecto de aquellas sujetas al régimen bentónico de extracción y proceso; y por la otra, de garantizar los intereses de la áreas de pesca cuyo acceso se autoriza para los operadores de las zonas contiguas, sugiriendo un quórum alto de aprobación por parte de los Consejos Zonales, ya que su actual composición acusa una sobrerrepresentación respecto de algunas regiones en desmedro de otras. Este texto sustitutivo fue aprobado por la Comisión de Intereses Marítimos, Pesca y Acuicultura mediante un artículo único que sustituye los incisos 4º y 5º del artículo 50 de la Ley de Pesca y que señala: *“Podrá extenderse el área de operaciones de los pescadores artesanales a la región, provincia o comuna contigua a la de su domicilio permanente y base de sus actividades pesqueras. Esta excepción se establecerá por cada una de las pesquerías, por plazos determinados, mediante resolución de la Subsecretaría, previo informe técnico de la misma y aprobación de los 2/3 de los miembros en ejercicio del Consejo Zonal de Pesca correspondiente. En el caso de las regiones adscritas a Consejos distintos, la aprobación deberá ser dada por el Consejo de la región a la que acceden los pescadores artesanales con el mismo quórum antes señalado.*

En el caso de las pesquerías de peces se podrá extender, por periodos definidos, el área de operación de los pescadores artesanales a más de una región, provincia, comuna o localidad por resolución de la Subsecretaría, previo informe técnico de la misma y aprobación del Consejo Zonal de Pesca que corresponda acordada en la forma establecida en el inciso presente”.

- Boletín N° 1792-03, Modifica la Ley de Pesca y Acuicultura, prohibiendo la pesca de arrastre por parte de pescadores artesanales (17 de enero de 1996)¹⁰³.

El proyecto consistía en incorporar los incisos 2º y 3º al artículo 49 de la Ley General de Pesca señalando: *“Prohíbese también en las áreas reservadas a la pesca artesanal a que se refieren los incisos 1º y 2º del artículo 47 de esta ley el empleo tanto de redes, como de sistemas de arrastre de fondo.*

Exceptúanse de la prohibición establecida en el inciso precedente las pesquerías de recursos hidrobiológicos que sólo pueden ser capturados con dichas redes y sistemas. La autorización para efectuar estas capturas se otorgarán previo informe técnico que asegure la preservación del medio marino”.

Durante la discusión del proyecto se hizo presente que el texto propuesto no consideraba la situación de las pesquerías de crustáceos, importante sustento de las comunidades de pescadores artesanales de las regiones III y IV. En estas pesquerías se emplean naves pequeñas, de aproximadamente 22 metros de eslora, con bajo poder de pesca, lo cual dificulta la sobreinversión y propende a una menor vulnerabilidad del recurso. La característica de la

¹⁰³ Moción presentada por los Senadores Horvath, Errázuriz Lagos, Muñoz Barra y Ruiz De Giorgio, durante la Legislatura 332 Extraordinaria, Sesión 32 Ordinaria.

plataforma continental en el litoral chileno determina que la zona de extracción de los crustáceos corresponda a la franja artesanal, de modo que si se impide en esta última el empleo de artes de arrastre, desaparecería esta industria extractiva, principal fuente laboral en los puertos de Caldera y Coquimbo y significativa actividad en otras áreas del litoral de esas regiones.

En virtud de la discusión anterior se agregó un inciso cuarto al artículo 49 que señala: *“Con todo, las disposiciones de los incisos 2º y 3º de este artículo no se aplicarán a las pesquerías de crustáceos que señale el reglamento”*.

- Boletín N° 2753-03, Modifica la Ley N° 18.892, con la finalidad de prohibir o regular, en su caso, la importación o cultivo de especies hidrobiológicas genéticamente modificadas (11 de julio de 2001)¹⁰⁴

El proyecto consta de dos artículos. En virtud del primero se agrega un inciso cuarto al artículo 11: *“En ningún caso se permitirá la importación de especies hidrobiológicas genéticamente modificadas o transgénicos. Las investigaciones que se realicen con especies de éstas características deberán asegurar el evitar su propagación. La contravención a este inciso estará sujeta a las penas y multas que establecen los artículos 86, 87 y 89 de la presente Ley”*. El artículo 2 modifica el artículo 69, agregando la siguiente oración al final del inciso segundo: *“En ningún caso se aceptará el cultivo de especies genéticamente modificadas o transgénicos”*.

El artículo 11 de la Ley de Pesca regula la importación de especies hidrobiológicas y señala los informes, certificaciones y medidas sanitarias que

¹⁰⁴ Moción presentada por los Senadores Antonio Horvath y Ruiz De Giorgio, durante la Legislatura Ordinaria N° 344, Sesión N° 13 Ordinaria.

deben precederla. A su vez, el artículo 69, en su inciso segundo, faculta a los titulares de concesiones o permisos para solicitar su modificación con el fin de incluir nuevas especies, diferentes de las concedidas o autorizadas. Los artículos 86, 87 y 89 se remiten al Título IX el cual establece las sanciones a las infracciones de la legislación pesquera.

El objetivo del proyecto es prohibir la importación o cultivo de especies hidrobiológicas transgénicas o genéticamente modificadas, sancionar la infracción a esta prohibición y asegurar que las investigaciones que se realicen con esas especies eviten su propagación. Se entiende por organismos genéticamente modificados o transgénicos, todo organismo, alimento o materia prima alimentaria que sea o contenga organismos o parte de los mismos a los que haya introducido material genético, de una manera que no se produce en la naturaleza por multiplicación o combinación natural.

Según el informe del Ministerio de Salud el cual se adjuntó a la presentación de la moción; los organismos genéticamente modificados o transgénicos utilizados en alimentación tienen riesgos de ocasionar daños a la salud pública como son baja en el sistema inmunológico, producción de alergias, toxicidad y enfermedades crónicas a largo plazo aun desconocidas.

En esta propuesta a nuestro parecer falta incluir, para una adecuada regulación del tema, al principio precautorio. Dada la elevada probabilidad de que los efectos de la introducción de especies sean irreversibles e imprevisibles, muchas introducciones de especies no pueden calificarse de precautorias. Por ello, un enfoque estrictamente precautorio no permitiría introducciones deliberadas y adoptaría fuertes medidas para impedir las introducciones involuntarias. Reconociendo las dificultades que plantean las

introducciones, un planteamiento precautorio para la introducción de especies en relación con la pesca de captura podría proponerse como objetivo reducir el riesgo de que las introducciones produzcan efectos negativos en las pesquerías de captura, establecer procedimientos correctivos o de mitigación de los daños (en un plan de urgencia) antes de que se produzcan éstos, y reducir en lo posible las introducciones no voluntarias en los ecosistemas naturales y pesquerías de captura asociadas.

Entre los posibles efectos de algunas introducciones en el sector pesquero cabe señalar los cambios en la distribución y abundancia de los recursos como consecuencia de enfermedades, cambios en la relación depredador-presa, nuevas formas de competencia, mezcla de genes mal adaptados y modificación del hábitat. Puede haber también cambios de segundo y tercer orden que influyen a su vez en el ecosistema. Las modificaciones en la comunidad de pescadores y en la estrategia de pesca pueden requerir también cambios en los artes y en las temporadas de pesca para hacer posible el arraigo de una especie nuevamente introducida o evitar posibles problemas asociados a la nueva pesquería. Los cambios climáticos pueden tener también importantes consecuencias y modificar el entorno, haciéndolo más idóneo para la introducción de especies útiles o nocivas¹⁰⁵.

¹⁰⁵ FAO; “Enfoque Precautorio para la pesca: Directrices relativas al enfoque precautorio para la pesca y las introducciones de especies”, Documento Técnico de Pesca N° 350, Roma, 1995, pág. 49.

CONCLUSIONES

Del estudio del principio de desarrollo sustentable es posible concluir que es un concepto aplicable a una variada gama de actividades humanas, dado que se trata de un término que resulta políticamente conveniente y atractivo de utilizar en discursos y declaraciones tanto en el plano nacional e internacional. De esta forma este principio se ha convertido en el centro de toda la discusión relativa al manejo y conservación de los recursos a nivel mundial; ello se desprende de la forma en cómo ha ido evolucionando la formulación del concepto a través de distintas instancias.

El concepto de desarrollo sustentable es de carácter global e integra distintas variables, ya que por una parte tiene como objetivo la conservación y protección del medio ambiente y por otra, debe ser técnicamente apropiado, económicamente viable y socialmente aceptable. El manejo de los recursos hacia un desarrollo sustentable requiere de la coordinación entre dos etapas: el conocimiento y constatación del estado en que se encuentran los recursos, problema eminentemente científico y, por otro lado, la aplicación de dichos conocimientos, problema que es evidentemente político, social y económico.

En lo que respecta al principio precautorio claramente se trata de un principio de elaboración reciente y de menor acogida que el principio de desarrollo sustentable, dado que se trata de un principio que posee una dimensión protectora muy amplia lo que muchas veces implica una limitación al desarrollo de una actividad humana, puesto que la autoridad deberá adoptar medidas de conservación aún cuando no exista certeza científica absoluta

frente a la amenaza de daño grave e irreversible que pueda ocasionar dicha actividad.

La aplicación del principio precautorio conlleva al desarrollo a largo plazo de nuevas y mejores tecnologías. En un primer momento el principio precautorio identifica a una actividad como capaz de generar un daño o peligro irreversible, aún cuando no exista una certeza científica absoluta respecto de ello. Como consecuencia de lo anterior, se estaría obligando a desarrollar estudios e investigaciones más acabadas; ya que mientras mayor evidencia científica exista, mayor será la capacidad para prevenir desastres ocasionados por la ignorancia.

No obstante, se puede identificar una serie de aspectos negativos que podrían resultar en un desincentivo para su aplicación. En primer lugar, implementar el principio puede significar un aumento en los costos económicos en el desarrollo de una actividad al tener que responder a las mayores exigencias que impone una regulación más estricta. Una errónea aplicación del principio puede llevarnos a una regulación excesiva e innecesaria afectando el bienestar económico y decreciendo la productividad, lo que en economías subdesarrolladas cobra mayor relevancia al momento de decidir adoptar el principio. En segundo lugar, el principio precautorio sitúa la carga de la prueba en quién debe justificar la no existencia del daño. El desplazamiento del peso de la prueba conlleva ciertas dificultades siendo la principal de ellas la determinación de qué es lo que en definitiva se debe probar, puesto que el concepto de daño no es unívoco y además por tener que probar un hecho negativo. En tercer lugar, el principio precautorio podría encubrir un cierto proteccionismo comercial al introducir nuevas exigencias medioambientales; sin embargo, el principio precautorio no se relaciona con el proteccionismo sino con

el derecho soberano de un Estado de imponer estándares que están más allá de los establecidos por los regímenes internacionales. Por último, muchas veces se estima como innecesario la introducción del principio precautorio puesto que ya existe un sistema de evaluación de riesgos. La afirmación anterior no es del todo acertada, ya que el sistema de evaluación de riesgos es solamente útil en condiciones de certeza científica relativamente altas y generalmente actúa para ayudar a evaluar las alternativas a las tecnologías perjudiciales; en cambio el principio precautorio actúa aún cuando no existe certeza científica absoluta, de manera que implica un reconocimiento de un rango de perjuicios más amplio, incluyendo perjuicios sociales y económicos que no son previstos por los métodos tradicionales de evaluación de riesgos; además el principio precautorio establece la necesidad de examinar no solamente los riesgos simples y directos, sino también las interacciones complejas entre múltiples factores y un rango más extenso de los posibles efectos negativos.

Finalmente, al tratar de determinar si estamos frente a un “enfoque” o un “principio”, podemos concluir que dentro de una aproximación más flexible se puede hablar de enfoque y no de principio, sin embargo, no es posible atribuir consecuencias distintas en la aplicación de cada uno de los términos, por lo cual se pueden utilizar indistintamente.

Al tratar de determinar de qué manera se recepcionan los principios en estudio en la normativa internacional relativa a la materia pesquera es posible constatar que la legislación internacional sobre medio ambiente desarrollada en los últimos tres decenios responde a una nueva visión sobre el tema. El respeto al entorno mundial ha sido objeto de discusión en diversas instancias mundiales y regionales, que han intentado enfrentar problemáticas comunes y específicas debido a que se trata de recursos compartidos.

Del análisis efectuado de las instancias internacionales es posible concluir que la Convención del Derecho del Mar de 1982 constituyó el primer tratado que estableció un marco jurídico internacional para la protección del medio ambiente marino. En lo que respecta a la recepción del principio de desarrollo sustentable, éste se encuentra incorporado en todo el texto, especialmente al introducir el concepto de captura permisible aplicable a la pesca tanto en la ZEE y la Alta Mar. Por otro lado existe el deber general de los Estados de proteger y preservar el medio marino y sus recursos vivos y no vivos, adoptando medidas tendientes a su conservación. En la CONVEMAR no es posible distinguir, como ya lo hemos señalado, una recepción expresa del principio precautorio, sino sólo un atisbo de éste al señalar que para la pesca en la ZEE y en la Alta Mar, el Estado ribereño tomará en cuenta los datos científicos fidedignos de que disponga para adoptar medidas de conservación y administración tendientes a la preservación de sus recursos.

Por su parte, la Agenda 21 por el hecho de tratarse de un programa de acción tendiente a la implementación de los principios básicos adoptados en la Declaración de Río posee un carácter eminentemente técnico que establece recomendaciones para los Estados a fin de alcanzar un desarrollo sostenible y por tanto no tiene un carácter jurídicamente vinculante, lo que restaría eficacia a su aplicación por carecer de un mecanismo de fiscalización y de aplicación de sanciones en caso de inobservancia. Dentro de las áreas de programas planteadas en el Capítulo 17, el principio de desarrollo sustentable está presente en lo relativo a la ordenación integrada y desarrollo sostenible de las zonas costeras y en lo relativo al aprovechamiento sostenible y conservación de los recursos marinos vivos tanto de la Alta Mar como de aquellos sujetos a la jurisdicción nacional. A su vez, el principio precautorio está incorporado en forma expresa en el área de integración ordenada de las zonas costeras y

especialmente en el área de protección del medio marino. En ambos casos se trata de incorporar el principio en la adopción de medidas para evitar la degradación del medio marino y reducir los riesgos de efectos perjudiciales a largo plazo o irreversibles.

En el Acuerdo relativo a la Conservación y Ordenación de las Poblaciones de Peces Transzonales y Altamente Migratorios destaca el hecho de que rige para todas las flotas pesqueras independientemente de si el Estado ha ratificado o no el Acuerdo, lo que aparentemente iría en contra del principio del Derecho Internacional relativo a la fuerza vinculante de los tratados; sin embargo, tal afirmación no es del todo acertada puesto que el ámbito de aplicación de este Acuerdo está referido a la Alta Mar que es un espacio común a todos los Estados por lo que no se estaría vulnerando la soberanía de éstos. El Acuerdo otorga a las organizaciones regionales pesqueras la responsabilidad de establecer y velar por el cumplimiento de normas sobre la pesca con carácter sostenible en las regiones sobre las que tienen jurisdicción. En cuanto a la recepción del principio de desarrollo sustentable este está presente en toda la normativa dado que el objetivo del Acuerdo es precisamente asegurar la conservación a largo plazo y el uso sostenible de las poblaciones de peces transzonales y altamente migratorias. Por su parte en lo referente al principio precautorio el Acuerdo obliga a los Estados a adoptar un criterio de precaución al establecer medidas de conservación y manejo de las especies que son materia del Acuerdo y además establece directrices para la aplicación del enfoque precautorio.

El Código de Conducta para la Pesca Responsable representa un conjunto de principios y normas internacionales para la aplicación de prácticas responsables con miras a asegurar la conservación y administración eficaz de

los recursos marinos vivos. Estas normas si bien son de aplicación voluntaria, lo cual le resta eficacia jurídica, sirven de instrumento de referencia para ayudar a los Estados a establecer o mejorar el marco jurídico e institucional necesario para el ejercicio de una pesca responsable. Los dos principios en estudio se encuentran expresamente dentro de los principios generales que informan el Código, así como en lo relativo a la ordenación pesquera, estableciendo como medida básica el que los Estados deben asegurar un nivel de actividad pesquera compatible con el estado de sus recursos pesqueros. En el caso de nuevas pesquerías o de pesquerías exploratorias el Código recoge el principio precautorio en una etapa temprana de su explotación, señalando que los Estados deberán adoptar lo antes posible medidas de conservación y ordenación precautorias que incluyan la fijación de límites a las capturas. Estas medidas deberán mantenerse hasta que se disponga de datos suficientes para hacer una evaluación de los efectos de la actividad pesquera sobre la sostenibilidad a largo plazo de los recursos.

El Acuerdo de Galápagos destaca por tener un carácter regional, su objetivo es la consagración de normas tendientes a la protección de los recursos pesqueros existentes en el área del Pacífico Sudeste, con especial referencia a las especies transzonales y altamente migratorias. El principio de desarrollo sustentable está recepcionado dentro del concepto de medidas de conservación las cuales constituyen la base del Acuerdo. En cuanto al principio precautorio este está reconocido expresamente y debe estar presente al momento de adoptar medidas tendientes a asegurar la conservación a largo plazo de los recursos vivos marinos de la región.

En el plano nacional, si bien desde hace décadas nuestro país ha formado parte de los principales acuerdos y convenciones internacionales

relativas al Derecho del Mar, sólo en la última década ha habido interés en la discusión de los temas medioambientales internacionales de relevancia. De esta manera, el Gobierno en sus programas ha considerado el tema medioambiental y ha buscado profundizar este compromiso internacional. Esta visión incluye tanto a aquellos sectores que creen en una actitud de promoción de una política exterior activa fundada en la defensa del medio ambiente en general; como aquellos que consideran el factor ambiental como uno de los elementos necesarios para nuestra inserción internacional, especialmente la económica. La política de suscripción de acuerdos en materia medioambiental supone el compromiso de cumplirlos y hacerlos exigibles a nivel nacional. Esta voluntad se condice con el expedito envío de esos acuerdos a aprobación parlamentaria en conformidad a las normas constitucionales. Sin embargo, luego de este trámite se inicia una segunda etapa, de mayor dificultad que consiste en su implementación a nivel interno. En muchos casos, las obligaciones concretas originadas por un acuerdo internacional deben traducirse en modificaciones a la normativa vigente, lo que no siempre ha ocurrido. Uno de los factores que explica esta pasividad legislativa es la falta de una adecuada previsión y estudio de los temas involucrados, lo que ha demorado la preparación de iniciativas legislativas adecuadas y coherentes.

Dentro de la normativa nacional en lo que respecta a la explotación y conservación de los recursos marinos el principal texto legal está constituido por la Ley General de Pesca y Acuicultura, la cual introdujo importantes innovaciones respecto de la reglamentación anterior, entre ellas mecanismos de regulación de acceso a las pesquerías y mecanismos adicionales de conservación en pesquerías artesanales. De esta manera, se reconocen los diferentes estados de desarrollo o de explotación en que pueden encontrarse los recursos pesqueros y la consecuente implementación de diferentes

regímenes de acceso, según las características particulares de cada pesquería. De aquí surge la distinción básica entre el régimen general, de entrada ilimitada, y los regímenes extraordinarios, en donde se aplica un acceso restringido.

La principal dificultad en el logro de un manejo sustentable de los recursos pesqueros se relaciona con el tema de la propiedad de los recursos pesqueros. La legislación chilena establece que los recursos pesqueros son “res nullius”, es decir, bienes de nadie, que sólo pasan a ser de alguien al momento de capturarlos. Este régimen de propiedad implica, en cierto sentido, tratar a este recurso como un bien libre, de todos y de nadie a la vez; lo que genera una tendencia crónica a la sobreexplotación. Tradicionalmente el manejo pesquero comienza por limitar la flota para controlar el esfuerzo pesquero y por establecer vedas y cuotas globales de pesca. Sin embargo, estas medidas generan importantes ineficiencias económicas y a la larga no son efectivas para garantizar un manejo sustentable del recurso. Las limitaciones de flota son fácilmente eludibles mediante la sustitución de barcos antiguos por otros más modernos y poderosos, aumentando así la capacidad total de pesca aún cuando el número de barcos (o la capacidad de bodega) se mantenga inalterado. Las cuotas globales generan un fenómeno conocido como “carrera olímpica”, ya que cada armador tiene el incentivo de invertir en veloces y poderosos barcos para poder capturar la mayor parte de la cuota global, antes que se cierre la pesquería cada temporada. El resultado de lo anterior es que las temporadas de pesca se van acortando, quedando la flota ociosa por periodos cada vez más largos. Se sostiene que la única forma de solucionar el problema del manejo de los recursos pesqueros, es resolver el problema de la propiedad subyacente¹⁰⁶. Si bien es imposible asignar propiedad sobre los recursos mismos, una medida que logra el mismo resultado es asignar cuotas

¹⁰⁶ Gómez-Lobos, Andrés; “¿Qué pasa con la pesca en Chile?”, Revista Ambiente y Desarrollo, Volumen XVI, N° 4, diciembre de 2000, pág. 7.

individuales de captura por armador. Bajo este sistema la autoridad fijaría una cuota global según parámetros técnicos, pero cada armador tiene un cupo fijo sobre esta cuota global. Esta simple parcelación de la cuota global eliminaría la carrera olímpica y los incentivos a la sobreinversión.

Dentro de las debilidades de la Ley de Pesca destaca el hecho de que está construida en la filosofía básica de explotación de los recursos pesqueros con un aprovechamiento óptimo. En el caso de una pesquería declarada en estado de plena explotación necesita que todo el excedente productivo sea capturado por la flota, pero como las poblaciones en la naturaleza son variables en sus reclutamientos o incorporación de nuevos individuos a la población disponible, un evento oceanográfico (como el fenómeno del Niño) que afecta negativamente al reclutamiento, puede, sin que cambie la flota, determinar que la población quede en condiciones de sobreexplotación; lo cual deja en evidencia la falta de incorporación del principio precautorio en la base conceptual de la Ley. De manera que resulta indispensable la incorporación de un enfoque de conservación precautorio en la legislación que regula al sector, que prevenga los efectos del crecimiento desmedido del esfuerzo pesquero y enfrente la causa fundamental de la sobrecapacidad extractiva de las flotas en libre acceso y actúe con instrumentos de manejo flexible, aún a falta de evidencia científica disponible.

La Ley Nº 19.713 al establecer límites máximos de captura por armador (que corresponde a la versión chilena de las cuotas individuales) viene a mejorar la regulación pesquera dado que ha tenido no sólo un efecto directo en el control de cuotas de captura, sino indirectamente ha controlado el esfuerzo, ya que al ser conocida la captura que una empresa puede hacer en un año, extiende su actividad en el tiempo con menor intensidad y evita la competencia

desmedida por capturar más pescados que las otras. Esta ley, inicialmente ha servido de ejemplo a muchos grupos artesanales, en los cuales las cuotas por región son distribuidas de antemano por los armadores artesanales.

En el proyecto de ley modificatorio de la Ley de Pesca se plantea la incorporación del principio precautorio, siendo lo óptimo el que este principio no solo se encuentre reconocido expresamente en el artículo primero, sino que además se refleje en el resto del articulado, con lo cual se daría un paso importante hacia la recuperación de las pesquerías.

Una vez analizados los dos principios en estudio, tanto en lo que respecta a su recepción en el ámbito internacional y luego en el ámbito nacional, destacamos como conclusión final, el hecho de que existe una dicotomía por cuanto en el ámbito internacional es posible advertir que a través de los distintos instrumentos e instancias se manifiesta un interés en ir perfeccionando la recepción de los principios de desarrollo sustentable y precautorio. En cambio, en el plano nacional no es posible advertir el mismo avance en la recepción de estos principios, dado que de la legislación pesquera nacional se puede concluir que no existe una voluntad real de incorporar los principios en estudio a la legislación, puesto que sigue primando mayoritariamente un criterio económico por sobre las variables medioambientales al momento de aprobar las normas jurídicas que regulan la actividad pesquera. Nuestro país ha estado presente en la adopción de la mayoría de los acuerdos internacionales que tienen aplicación en materia pesquera; sin embargo ello parece estar motivado una vez más por variables de política económica y de imagen ante la comunidad internacional con miras a insertarse en una economía globalizada, lo anterior se refleja en el fracaso a la hora de adecuar la legislación nacional para implementar los compromisos adquiridos en el plano internacional.

BIBLIOGRAFIA

Textos Consultados

- ANDRADE CRISTIAN y GAUER KARIN; “Uso y abuso de nuestros recursos pesqueros”, en Revista Ambiente y Desarrollo, volumen XVI N° 4, diciembre de 2000.
- ARTIGAS CARMEN; “El Desarrollo Sustentable de las Zonas Costeras y Marinas: de la Parte XII de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar al Capítulo 17 del Programa 21 “, en Pacífico Sur, Revista de la Comisión Permanente del Pacífico Sur, Lima, Perú, N° 21 1994.
- ARTIGAS CARMEN; “El principio precautorio en el derecho y la política internacional”, CEPAL-SERIE Recursos naturales e infraestructura, mayo de 2001.
- BADENES CASINOS MARGARITA; “La crisis de la pesca en Alta Mar”, Editorial McGraw, Madrid, 1997.
- CADDY JF y GRIFFTHS RC; “Recursos Marinos Vivos y su Desarrollo Sostenible: perspectivas institucionales y medioambientales”, FAO, Documento Técnico de Pesca N° 353, Roma, 1996.
- CANCHOLA GUTIERREZ ULISES; “La protección del medio ambiente y el desarrollo sostenible: las dificultades del Derecho Internacional Ambiental”, en Revista Mexicana de Política Exterior N° 53, febrero 1998.
- CENTRO DE ANÁLISIS DE POLÍTICAS PÚBLICAS; “Informe País: Estado del Medio Ambiente en Chile 1999”, Universidad de Chile, diciembre de 1999.
- CENTRO DE ANÁLISIS DE POLÍTICAS PÚBLICAS; “Informe País: Estado del Medio Ambiente en Chile 2002”, Universidad de Chile, diciembre de 2002.
- CEPAL; “El Desarrollo Sustentable. Transformación Productiva. Equidad y Medio Ambiente”, Santiago de Chile, 1991.

- CONAMA; “Estudios de Legislación Ambiental”, Documento N° 17 Serie Jurídica, octubre 1997.
- CONGRESO NACIONAL; “La Ley General de Pesca y Acuicultura: un balance necesario”, Valparaíso 31 de julio y 1 de agosto de 1997.
- COUVE RIOSECO ANDRÉS; “Negociaciones sobre el Régimen Pesquero en Alta Mar en el Marco de la Conferencia de las Naciones Unidas”, en Pacífico Sur, Revista de la Comisión Permanente del Pacífico Sur, Lima, Perú, N° 21, 1994.
- COUVE RIOSECO ANDRÉS; “Itinerario de la Negociación en Naciones Unidas sobre Poblaciones de Peces Transzonales y Altamente Migratorios”, en Pacífico Sur, Revista de la Comisión Permanente del Pacífico Sur, Lima, Perú, N° 22, 1996.
- CORPORACIÓN TIEMPO 2000; “Acuerdos Internacionales con Incidencia Ambiental: balance de la década”, Chile, 1999.
- CHARRY SAMPER HÉCTOR; “La Parte XI de la Convención del Mar (Zona Internacional de los Fondos Marinos), en Pacífico Sur, Revista de la Comisión Permanente del Pacífico Sur, Lima, Perú, N° 22, 1996.
- DALY HERMAN E; “Crecimiento o Desarrollo: un debate sobre la sustentabilidad de los modelos económicos”, Jacobo Shator editor, con la colaboración de Gilda Pérez, CEPUR, 1991.
- DIXON JOHN y FALLON LOUISE; “El Concepto de Sustentabilidad: sus orígenes, alcances y utilidad en la formulación de políticas”, en “Desarrollo y Medio Ambiente”, CIEPLAN, diciembre de 1991.
- DURNEY MARIANA y ZÁRATE PAZ; “La Pesca en Alta Mar con especial referencia al caso de Chile”, Memoria de Grado Facultad de Derecho Universidad de Chile, 1998.
- FAO; “Enfoque Precautorio para la Pesca. Parte 1: Directrices relativas al Enfoque Precautorio para la Pesca y la Introducción de Especies”, Documento Técnico de Pesca N° 350, FAO, Roma, 1995.
- FERNÁNDEZ ILLANES SAMUEL; “El Código Internacional de Conducta para la Pesca Responsable: su creación y progreso”, Instituto de Estudios Internacionales.

- GARIAZO ARREDONDO MAURICIO y RIVEROS ROJAS CRISTIAN; “El Seguro por Daño Ambiental y la Responsabilidad por Daño al Medio Ambiente”, Memoria de Grado Facultad de Derecho Universidad de Chile, 2001.
- GÓMEZ-LOBO E ANDRÉS; “ Desarrollo Sustentable del Sector Pesquero Chileno en los Años 80”, en “Desarrollo y Medio Ambiente”, CIEPLAN, diciembre de 1991.
- GÓMEZ-LOBO E ANDRÉS; “¿Qué pasa con la pesca en Chile?”, en Revista Ambiente y Desarrollo, volumen XVI N° 4, diciembre de 2000.
- GONZÁLEZ ARTURO; “Desarrollo y Medio Ambiente: ¿hacia el desarrollo sustentable?”, en Revista Mexicana de Política Exterior N° 53, 1998.
- HERNÁNDEZ SALAS CARLOS; “El Enfoque Precautorio un Metacriterio Normativo para una Reflexión Jurídica y Política Ribereña acerca del Manejo y la Conservación de Pesquerías”, Tesis de Magister Facultad de Derecho Universidad de Chile, 1999
- INFANTE CAFFI MARÍA TERESA; “La Legislación Nacional de Chile y la Convención de las Naciones unidas sobre el Derecho del Mar”, en Pacífico Sur, Revista de la Comisión Permanente del Pacífico Sur, Lima, Perú, N° 21 1994.
- LÓPEZ AVARIA XIMENA; “Protección de la Biodiversidad y Desarrollo Sustentable en Chile. Legislación Vigente”, Memoria de Grado Facultad de Derecho Universidad de Chile, 1997.
- LLANOS MANSILLA HUGO; “La Protección Jurídica del Medio Ambiente en Chile: Convenios Internacionales”, Santiago de Chile 1995.
- LLANOS MANSILLA HUGO; “La Creación del Nuevo Derecho del Mar: el aporte de Chile”, Editorial Jurídica de Chile, 1991.
- MONTENEGRO SERGIO; HERVÉ DOMINIQUE; DURAN VALENTINA; “Los Tratados Ambientales: Principios y Aplicación en Chile”, CDA-CONAMA, 2001.
- ORREGO VICUÑA FRANCISCO; “El Régimen de la Pesca en Alta Mar y los derechos e Intereses de los Estados Ribereños”, en “Los Cincuenta Años de la Tesis Chilena de las 200 millas marinas (1947-1997)”, Hugo Llanos. Ed. Universidad Central de Chile, 1998.

- ORREGO VICUÑA FRANCISCO; “El Acuerdo Relativo a la Parte XI de la Convención sobre el Derecho del Mar: una Evaluación”, en Pacífico Sur, Revista de la Comisión Permanente del Pacífico Sur, Lima, Perú, N° 21 1994.
- PARDO FERNANDO; “La Protección y Preservación del Medio Marino: Alcances Normativos”, en Pacífico Sur, Revista de la Comisión Permanente del Pacífico Sur, Lima, Perú, N° 22 1996.
- PROGRAMA AGENDA 21 – CHILE; “Manual para el Análisis y Difusión”, CONAMA, 1997.
- ROJAS ALEJANDRO; “Desarrollo Sustentable o Desarrollo de la Sustentabilidad Ecológica y Social”, En “Medio Ambiente en Desarrollo”, Centro de Estudios Públicos, 1993.
- ROJAS GUERRERO MARILUZ y SOLIS GRAU EDUARDO; “Daño Ambiental y Derecho Internacional”, Memoria de Grado Facultad de Derecho Universidad de Chile, 1997.
- ROJAS RÍOS CÉSAR; “Ley General de Pesca y Acuicultura”, Ediciones Jurídicas “La Ley”, 1993.
- SARQUIS MENASSA SERGIO; “El Desarrollo Pesquero Chileno y la Alta Mar”, en Diplomacia/Academia Diplomática de Chile Andrés Bello, Santiago, Chile, N° 69 marzo-junio 1996.
- VALENZUELA RAFAEL; “Responsabilidad por Daño Ambiental”; Oficina Regional para América Latina y el Caribe, ONU, 1996
- VERA ESQUIVEL GERMAN; “El derecho internacional del medio ambiente, el principio precautorio y las sentencias de la Corte Internacional de Justicia sobre los ensayos nucleares del Pacífico Sur”, En Revista de Política Internacional, N° 45, julio-septiembre 1996.
- VIAL JOAQUÍN; “Reflexiones en torno a la Ley de Pesca”, en Colección Estudios CIEPLAN, N° 33, diciembre de 1991,
- VILLABLANCA MARÍA CECILIA; “Código de Pesca y Acuicultura: Doctrina, Leyes Anotadas y Concordadas, Reglamentos, Jurisprudencia Judicial y Administrativa”, Editorial Jurídica Cono Sur, 1996.

Tratados, Convenciones e Instrumentos Jurídicos Internacionales

- Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (1982)
- Carta Mundial de la Naturaleza (1982)
- Declaración de Río (1992)
- Declaración de Cancún (1992)
- Código Internacional de Conducta para la Pesca Responsable (1995)
- Acuerdo Marco para la Conservación de los Recursos Vivos Marinos en la Alta Mar del Pacífico Sudeste
- Agenda 21
- Protocolo de Cartagena sobre Seguridad de la Biotecnología del Convenio sobre la Diversidad Biológica (2000)
- Declaración Ministerial de Malmo (2000)
- Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano (1972)
- Acuerdo sobre la Aplicación de las Disposiciones de la Convención de las Naciones Unidas sobre el derecho del Mar relativas a la Conservación y Ordenación de las Poblaciones de Peces Transzonales y las Poblaciones de peces Altamente Migratorios.
- Comunicación de la Unión Europea sobre el Principio Precautorio (2000)

Legislación Nacional

- Ley General de Bases del Medio Ambiente N° 19.300 (Publicada en el Diario Oficial de 9 de marzo de 1994)
- Decreto Supremo N° 430 de 28 de septiembre de 1991 que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N° 18.892.
- Mensaje de S.E. el Presidente de la República que da inicio al Proyecto de Ley que establece como medida de administración el límite máximo de captura por armador a las principales pesquerías industriales nacionales y la regularización del registro pesquero artesanal. Santiago, agosto del 2000.
- Ley N° 19.713 de 25 de enero de 2001 “Establece como Medida de Administración el Límite Máximo de Captura por Armador a las Principales Pesquerías Industriales Nacionales y la Regularización del Registro Pesquero Artesanal”.
- Mensaje N° 209-348 de S.E el Presidente de la República con el que inicia un Proyecto de Ley que prorroga la vigencia de la Ley N° 19.713, establece un Nuevo Nivel de Patente Pesquera Industrial e introduce Modificaciones a la Ley General de Pesca.
- Ley N° 19.849 de 26 de diciembre de 2002 “Prorroga la vigencia de la Ley N° 19.713, establece un nuevo nivel de patente pesquera industrial e introduce modificaciones a la Ley General de Pesca”.
- Mensaje N° 54-347 de fecha 7 de junio de 2002, enviado por el Ejecutivo al Senado que modifica la Ley General de Pesca y Acuicultura, en lo relativo a Principios de Conservación, Medidas de Administración, Planes de Manejo, Desconcentración Funcional, Límite Máximo de Captura por Armador, Pesca Artesanal e Institucionalidad del Sector Pesquero.
- Boletín N° 1313-03, Agrega a los artículos 50 y 152 de la Ley 18.892, con la finalidad de garantizar el acceso a recursos pesqueros en zonas contiguas a los pescadores artesanales (04 de agosto de 1994) Legislatura 329 Ordinaria, Sesión 18 Ordinaria.
- Boletín N° 1792-03, Modifica la Ley de Pesca y Acuicultura, prohibiendo la pesca de arrastre por parte de pescadores artesanales (17 de enero de 1996) Legislatura 332 Extraordinaria, Sesión 32 Ordinaria

- Boletín N° 2753-03, Modifica la Ley N° 18.892, con la finalidad de prohibir o regular, en su caso, la importación o cultivo de especies hidrobiológicas genéticamente modificadas (11 de julio de 2001) Legislatura Ordinaria N° 344, Sesión N° 13 Ordinaria.

Páginas Web Consultadas

www.congresonacional.cl

www.conama.cl

www.subpesca.cl

www.foropez.cl

www.sernapesca.cl

www.ifop.cl

www.terram.cl

www.un.org

www.fao.org

www.eclac.cl

www.cpps.org.ec

www.biodiv.org

www.ambiente-ecologico.com

www.biodiversidadla.org

www.raj.org.mx

www.geocities.com/redrenace

www.siamazonia.org.pe

