



UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE CIENCIAS PENALES

**TRATAMIENTO INTERNACIONAL Y NACIONAL DE LA PESCA
ILEGAL, NO DECLARADA Y NO REGLAMENTADA**

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

MAITE LEONOR RAMÍREZ CASTILLO
PROFESOR GUÍA: JEAN PIERRE MATUS ACUÑA

Santiago de Chile.

Abril, 2018

DEDICATORIA	vi
AGRADECIMIENTOS	viii
ABREVIATURAS	x
RESUMEN	xii
INTRODUCCIÓN	1
CAPÍTULO 1: FENOMENOLOGÍA DEL PROBLEMA EN EL CONCIERTO INTERNACIONAL	5
1.1. Aspectos generales	5
1.2. Definición	7
CAPÍTULO 2: TRATAMIENTO EN EL DERECHO INTERNACIONAL	11
2.1. Aspectos preliminares	11
2.2. Instrumentos relativos a la pesca INDNR suscritos por Chile	14
2.2.1. Instrumentos que imponen la obligación de establecer delitos a nivel interno	20
i) Convención sobre el Comercio Internacional de especies amenazadas de fauna y flora silvestre	20
ii) Convención para la regulación de la caza de ballenas y su anexo	22
iii) Protocolo Antártico sobre protección del medio ambiente	22
CAPÍTULO 3: LA PESCA ILEGAL EN EL DERECHO INTERNO	25
3.1 Nivel de cumplimiento de los tratados internacionales	25
3.2. Su tratamiento en la Ley General de Pesca y Acuicultura	30
3.3. Proyectos de ley que modifican la LGPA:	35
3.3.1. Proyecto que Moderniza y fortalece el ejercicio de la función pública de SERNAPESCA	36
3.3.2. Proyecto que penaliza la pesca ilegal	41
4.1 Jurisdicción	47
4.1.1. Mar Territorial	49
4.1.2. Zona Contigua	50
4.1.3. Zona Económica Exclusiva	51
4.1.4. Alta mar	52
4.1.5. Plataforma Continental	53
4.1.6. La Zona	54
CONCLUSIONES	55
BIBLIOGRAFÍA	57

DEDICATORIA

A mis padres por el constante amor, apoyo y enseñanzas.

AGRADECIMIENTOS

Agradezco a mis padres por brindarme los espacios para desarrollar este trabajo, especialmente a mi madre por su cariño, apoyo y dedicación.

También a Sebastián por su constante afecto, soporte y ayuda.

A Cristian Canales por su grandeza de espíritu en auxiliarme desde su experticia y especialidad en el desarrollo de esta investigación y por transmitir la pasión del conocimiento.

A Cristian Laborda igualmente por su benevolencia en compartir su alto conocimiento, tiempo y fuentes de investigación.

Y finalmente, a Osvaldo Urrutia Silva por su gran amabilidad en responder mis dudas, compartir su saber y fuentes de investigación.

ABREVIATURAS

AGNU: Asamblea General de las Naciones Unidas

CCRVMA: Comisión para la Conservación de los Recursos Vivos Marinos Antárticos

CONVEMAR: Convención de las Naciones Unidas sobre Derecho de Mar

FAO: Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura

LGPA: Ley General de Pesca y Acuicultura

MCO: Medidas de Conservación y Ordenación

OROP: Organizaciones Regionales de Ordenación Pesquera

PAI: Planes de Acción Internacional

PAI-pesca INDNR: Plan de Acción Internacional para prevenir, desalentar y eliminar la pesca ilegal, no declarada y no reglamentada

Pesca INDNR: Pesca Ilegal No Declarada y No Reglamentada

RMS: Rendimiento Máximo Sostenible

SCAR: Comité Científico para investigación Antártica del Consejo Internacional de Uniones Científicas

SERNAPESCA: Servicio Nacional de Pesca

ZEE: Zona Económica Exclusiva.

RESUMEN

El presente trabajo está enmarcado en el derecho penal ambiental y tiene como objetivo realizar un análisis sistemático del tratamiento de la pesca ilegal, no declarada y no reglamentada conforme al derecho internacional y nacional (en adelante, pesca INDNR). En primer lugar, se establecen los problemas que representa esta actividad para los Estados y la comunidad internacional en general. En segundo término, se establece una definición de pesca INDNR, conforme al derecho internacional e informes de la FAO. Se revisan los tratados internacionales relacionados y suscritos por Chile, poniendo especial énfasis en aquellos que establecen la obligación de penalizar en el derecho interno. Seguidamente se hace un análisis del nivel de cumplimiento en la implementación de tales instrumentos, concluyendo de manera general que se cumplen, con la excepción de la obligación de penalizar contenida en el Protocolo Antártico. Por otro lado, se analiza el tratamiento de la pesca INDNR en la Ley General de Pesca y Acuicultura (en adelante LGPA). Se revisan los proyectos de ley que modifican la LGPA, concluyendo que la iniciativa que penaliza la pesca ilegal traería como consecuencia que las infracciones actualmente sancionadas en sede administrativa, podrían serlo adicionalmente en sede penal sin vulnerar el principio *non bis in idem*, asimismo se concluye que la tipificación de la receptación de especies hidrobiológicas obtenidas en contravención a la normativa, de la manera en que está contemplada en el proyecto, no tiene efecto sobre la responsabilidad penal de las empresas. Finalmente se analizan los problemas de jurisdicción que surgen a partir de una eventual tipificación del delito de pesca ilegal y su comisión por buques que enarboles bandera extranjera en aguas sobre las que Chile tenga derechos soberanos, concluyendo que sólo puede sancionar penalmente a aquellos buques extranjeros que cometan el delito en el mar territorial, salvo acuerdo con el Estado del pabellón correspondiente.

INTRODUCCIÓN

En el mar inicialmente, el paradigma existente era el de la libertad de los océanos en que podían aprovecharse sus recursos con completa libertad (Burdiles Perucci, 2009, pág. 171). Con la formación de los Estados-naciones, esta idea fue evolucionando a la par con la formación de la idea de soberanía y con el objetivo de tener el derecho exclusivo de explotación sobre los recursos (Meseguer Sánchez, 1999, pág. 18). Posteriormente, el avance de las tecnologías y la eficiencia en las actividades extractivas pusieron en tela de juicio la idea de la inagotabilidad de los recursos marinos y se ha ido transformando en un problema de sostenibilidad y conservación medio ambiental, que se hace más patente en el caso de la pesca por la observable escasez que existe actualmente en los mercados de productos marinos sobreexplotados, sobresaliendo además este problema por la notoriedad y significancia económica de los actores que desarrollan actividades -ilícitas- de pesca en detrimento de actores cuya subsistencia gira en torno a ésta.

Sin perjuicio de lo anterior, el cambio de paradigma más sustantivo que ha tenido la actividad pesquera es el que se ha desarrollado en el último tiempo que identifica su comisión ilícita con una serie de problemas que despiertan el interés de las naciones y han sido la causa de la necesidad de cooperación internacional para su combate, esto se debe a que, actualmente no se trata únicamente de un problema de carácter medioambiental -lo que por sí mismo es de gran relevancia- o de barcos pesqueros que simplemente violan las regulaciones impuestas de manera fortuita, sino que se trata de actividades sistemáticas e intencionales que de manera adicional representan una amenaza para la seguridad de los Estados y la estabilidad geopolítica, puesto que se le considera un crimen organizado y transnacional que se vincula con el tráfico de armas, de personas, terrorismo, lavado de activos, genera un detrimento en la economía de los Estados y pone en riesgo la seguridad alimentaria, entre otros problemas.

Es por lo anterior que en el escenario internacional de los últimos años esta problemática ha llegado a su apogeo y se ha convertido en una preocupación para las grandes potencias, así como para los países en desarrollo, generando como consecuencia la creación reciente de instrumentos internacionales y cambios en las legislaciones internas de distintos países con el objetivo de combatir el problema común de la pesca INDNR.

Esto genera un desafío para los distintos actores del sistema jurídico, particularmente para la doctrina nacional cuyo desarrollo en este tema es incipiente y casi nulo en el ámbito penal, por ello mismo es de suma importancia contribuir en el tratamiento de este tema sobre todo por la magnitud de sus consecuencias y particularmente en nuestro país, por las propias características geográficas del territorio que le posibilitan tener acceso a una amplia franja de costa. Además, la utilidad e interés de una investigación en este tema se justifica por la existencia en la actualidad de proyectos de ley que pretenden penalizar la pesca ilegal y actividades relacionadas, lo que implica la necesidad de capacitaciones y desarrollo de estudios, sumado a la existencia de obligaciones internacionales contraídas por nuestro país que imponen el deber concreto de penalizar conductas relativas a la pesca ilegal en nuestro derecho interno. En efecto, la presente memoria se enmarca en el Proyecto Fondecyt Regular 2016 N°1160343 titulado “Derecho Penal Ambiental: Sistematización y Desarrollo de las Dimensiones Internacionales, Comparadas y Nacionales de la Protección Penal al Medio Ambiente”, cuya investigación está a cargo del profesor guía de este trabajo, Jean-Pierre Matus Acuña.

En consecuencia, el propósito de este trabajo es desarrollar un estudio inicial de la pesca INDNR enmarcado en el ámbito penal, que contribuya a estudios posteriores, objetivo que se ha encontrado con la dificultad de que, entre las fuentes existentes, son escasas las nacionales de carácter jurídico y en su mayoría son fruto del trabajo de organismos internacionales como la FAO y de investigadores pertenecientes a otras ramas científicas.

En la primera parte de esta investigación se abordará la fenomenología de la pesca INDNR, sus causas, su relevancia y los problemas que acarrea. Asimismo, se intentará esbozar una definición conforme al derecho internacional y se enunciarán las dificultades que esto supone.

Luego se analizarán las obligaciones internacionales que ha adquirido nuestro país en este ámbito, es decir, las que describen conductas constitutivas de pesca INDNR, poniendo especial énfasis en aquellas que imponen la obligación concreta de penalizar en el derecho interno.

En la tercera parte, se analizará su tratamiento en el derecho interno, el nivel de cumplimiento de los tratados internacionales, el tratamiento en la Ley General de Pesca y Acuicultura y se realizará un análisis de los proyectos de ley que actualmente existen orientados a definir y tipificar la pesca ilegal y actividades conexas.

Por último, en el capítulo final se analizarán los problemas de jurisdicción que pueden surgir a partir de las características particulares de este delito, vale decir, se desarrolla en el mar y abarca una multiplicidad de actos que pueden ser cometidos en distintos espacios marítimos y jurisdiccionales.

CAPÍTULO 1: FENOMENOLOGÍA DEL PROBLEMA EN EL CONCIERTO INTERNACIONAL

1.1. Aspectos generales

En términos generales, y antes de proceder a su calificación jurídica, es muy importante entender el fenómeno de la pesca INDNR, en el ámbito internacional, como una actividad que posee un fuerte incentivo económico por la facilidad en las ganancias y el bajo riesgo de ser sancionado, debido al escaso monitoreo y la debilidad en la gobernanza en diversos países (PEW, 2013), existiendo la posibilidad de moverse entre distintas jurisdicciones enarbolando la bandera de Estados que no tienen la voluntad o los recursos para controlar que se actúe de manera sustentable (Phelps Bondaroff, 2015, pág. 30). En efecto, es una actividad que se puede dar en naves de pequeña escala (nacionales o extranjeras), así como en naves industriales de gran envergadura, en buques que enarbolan bandera y se encuentran inscritos en los respectivos registros, así como en barcos sin nacionalidad que no cumplen con la normativa para operar.

Como consecuencia la pesca INDNR trae consigo el grave y muchas veces irreparable deterioro de los ecosistemas marinos porque esta actividad suele cometerse en contravención a las normas destinadas a proteger el medio ambiente marino (FAO, 2002, pág. 1), asimismo hace difícil recolectar datos científicos exactos que sirvan de base para determinar el número de capturas permisibles por especie, que serían más bajas de saber la cantidad que se extrae ilegalmente (Agnew, y otros, 2009, pág. 4), además se utilizan prácticas dañinas para el medio ambiente como la pesca con explosivos¹ (Njoroge, 2014), la

¹ Esta práctica produce la muerte de los organismos que se encuentren en el lugar de la explosión y que forman parte del hábitat que son afectados sin importar su valor comercial, incluyendo huevos, larvas o juveniles sin darles la posibilidad de desarrollarse o reproducirse.

pesca por arrastre², la pesca con cianuro³, pesca de cerco⁴ y palangre (World Wide Fund for Nature).

Por otro lado, genera el problema de poner en peligro la seguridad alimentaria mundial, haciendo que la pesca sea poco sustentable y, por ende, generando escasez. Se calcula que el pescado representa la fuente de proteína del 17% de la población mundial (FAO, 2016, pág. 4). Y en 2014 la FAO estimó que la pesca y acuicultura aseguró la vida de una cifra relevante de entre 10% a 12% de la población mundial, es decir, más de 800 millones de personas (FAO, 2014, pág. 6).

Es de consideración el menoscabo que se produce a los sectores de la población pesquera que operan legalmente y dependen de esta actividad, dado que la pesca INDNR tiene costos operacionales menores y da una ventaja competitiva ilegítima en el mercado (Willock, 2006). Sumado a lo anterior, al generar un deterioro en el ecosistema marino y explotando sus recursos a un ritmo no sustentable, limita las posibilidades de extracción de los pescadores legítimos que además se ven constreñidos por las vedas generadas por la actividad ilegal, generando un círculo vicioso que perjudica finalmente a aquellos que actúan dentro de los márgenes normativos.

Asimismo, se daña la economía de los Estados debido a que las arcas fiscales disminuyen, por el no pago de licencias, impuestos y otras recaudaciones fiscales (Sander, 2014, pág. 114). De hecho, se ha estimado que las ganancias que genera la pesca INDNR es de \$15.5 a \$36.4 mil millones de dólares al año y esto sin considerar los impactos negativos al medio ambiente y a la seguridad (Shaver & Yozell, 2018, pág. 4). Sumado a esto, se estima que entre el 20% y 50% de la pesca mundial es INDNR (Global Financial Integrity, 2016, pág. 115). Relacionado con lo anterior, el Banco Mundial afirmó de manera preocupante que existe una relación directa entre la sobreexplotación pesquera y la pobreza en el mundo (Banco Mundial, 2005, pág. 4).

Finalmente, la pesca INDNR no es solo un asunto de conservación y sustentabilidad ambiental, sino que también es un problema de seguridad nacional vinculado a la estabilidad geopolítica (Shaver & Yozell, 2018, pág. 4), dado que se encuentra estrechamente

² Este arte de pesca destruye los hábitats marinos y afecta la cadena trófica. Arrasa con los fondos marinos, donde crecen algas. Además, es poco selectivo y produce una gran cantidad de descarte de especies de bajo valor comercial o juveniles inclusive especies protegidas como los albatros y petreles.

³ Es una técnica utilizada generalmente en el sudeste asiático y consiste en la utilización de cianuro en el agua para aturdir a los peces sin matarlos de manera que es más fácil atraparlos.

⁴ Se utiliza para cercar peces que nadan en cardumen.

relacionado con una abundante cantidad de conductas ilícitas de elevada gravedad, considerándosele como un delito organizado y transnacional (Asamblea General de las Naciones Unidas, 2009) por adecuarse a la definición dada en el artículo 3 N°2 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada y Transnacional. Entre los ilícitos con los que se enlaza están: la piratería, el terrorismo, el tráfico de armas (Chivers & Schmitt, 2017), de personas que son recluidas para pescar en condiciones laborales inhumanas -en modos que pueden ser considerados como una forma de esclavitud moderna (Gunnar Stølsvik, 2010)⁵-, tráfico de drogas (Muchapondwa, Brick, & Visser, 2014, pág. 2)⁶, cohecho y lavado de activos para insertar los productos obtenidos ilegalmente en el mercado (Phelps Bondaroff, 2015, pág. 43).

1.2. Definición

Actualmente no hay en nuestra legislación una definición directa de lo que se entiende por pesca INDNR, sin perjuicio de que existen iniciativas legislativas como el Proyecto de Ley que moderniza y fortalece el ejercicio de la función pública del SERNAPESCA⁷, en el sentido que contempla agregar la definición de “pesca ilegal”⁸ al artículo 2 de la Ley General de Pesca y Acuicultura y añade nuevos tipos penales. Por otro lado, existe un Proyecto de Ley que modifica la LGPA en el sentido de tipificar el delito de

⁵ Es un fenómeno común en el Lejano Oriente, Sur de Asia, África e incluso Europa del Este. Por ejemplo, ocurre que niños de Camboya son llevados a pescar a alta mar donde permanecen encerrados por jornadas de 20 horas diarias y para ello son forzados a ingerir anfetaminas (Gunnar Stølsvik, 2010, pág. 7). Al respecto en una entrevista con el coronel Chindavanich se le consulta cuál es el destino de los niños una vez finalizada la temporada de pesca a lo que responde que a muchos se les dispara y lanza al mar (Kara, 2010).

⁶ Diversas investigaciones revelan la existencia de un intercambio entre orejas marinas (*abalone*) y metanfetaminas o materiales para producirla (Muchapondwa, Brick, & Visser, 2014) y (Gastrow, 2001). Asimismo, la pesca INDNR utiliza las mismas redes que el tráfico de droga, por ejemplo, en Costa Rica se encontraron buques pesqueros que transportaban droga en su bodega o un buque que transportaba una tonelada de cocaína repartida dentro de cadáveres de tiburones (Hayes, 2017). Sumado a lo anterior, en Australia, Sri Lanka, Filipinas y Taiwan se han interceptado barcos de pesca transportando heroína, marihuana y ketamina (Shaver & Yozell, 2018, pág. 16).

⁷ Boletín N°10482-21, Proyecto de Ley que moderniza y fortalece el ejercicio de la función del Servicio Nacional de Pesca. Iniciativa ingresada al Congreso Nacional mediante Mensaje Presidencial N°1525-363 el 30 de diciembre de 2015.

⁸ Al respecto la FAO recomienda agregar también la definición de pesca no declarada y no reglamentada, para así combatir también estas actividades (FAO, 2016, pág. 64).

pesca ilegal y se agrega otro tipo penal que sanciona la receptación de las especies extraídas con vulneración de la normativa vigente⁹.

De todas las definiciones de pesca INDNR en el ámbito internacional, la más cercana a nuestro ordenamiento es aquella a la que se remite el Acuerdo sobre Medidas del Estado del Puerto destinadas a Prevenir, Desalentar y Eliminar la Pesca INDNR (FAO, 2009), que es un instrumento vinculante que forma parte del Código de Conducta para la Pesca Responsable y que fue ratificado y promulgado mediante decreto¹⁰ por Chile.

Dicho Acuerdo en su artículo 1° literal e) define como pesca INDNR, las actividades mencionadas en el párrafo 3 del Plan de Acción Internacional de la FAO para Prevenir, Desalentar y Eliminar la pesca INDNR (PAI-pesca INDNR), de 2001. Estas actividades están definidas en el mencionado Plan de Acción de la siguiente forma:

“3.1. Por pesca ilegal se entiende las actividades pesqueras:

3.1.1. Realizadas por embarcaciones nacionales o extranjeras en aguas bajo la jurisdicción de un Estado, sin el permiso de éste, o contraviniendo sus leyes y reglamentos;

3.1.2. realizadas por embarcaciones que enarbolan el pabellón de Estados que son partes de una organización regional de ordenación pesquera competente, pero faenan contraviniendo las medidas de conservación y ordenación adoptadas por dicha organización y en virtud de las cuales están obligados los Estados, o las disposiciones pertinentes del derecho internacional aplicable; o

3.1.3. En violación de leyes nacionales u obligaciones internacionales, inclusive las contraídas por los Estados cooperantes con respecto a una organización regional de ordenación pesquera competente.

3.2. Por pesca no declarada se entiende las actividades pesqueras:

3.2.1. Que no han sido declaradas, o han sido declaradas de modo inexacto, a la autoridad nacional competente, en contravención de leyes y reglamentos nacionales; o

3.2.2. Llevadas a cabo en la zona de competencia de una organización regional de ordenación pesquera competente, que no han sido declaradas o han sido declaradas de modo inexacto, en contravención de los procedimientos de declaración de dicha organización.

3.3. Por pesca no reglamentada se entiende las actividades pesqueras:

3.3.1. En la zona de aplicación de una organización regional de ordenación pesquera competente que son realizadas por embarcaciones sin nacionalidad, o por embarcaciones que enarbolan el pabellón de un Estado que no es parte de esa organización, o por una entidad pesquera, de una manera que no está en consonancia con las medidas de conservación y ordenación de dicha organización, o que las contraviene; o

⁹ Boletín N°10444-21, Proyecto de Ley que modifica la Ley General de Pesca y Acuicultura en el sentido de tipificar el delito de pesca ilegal. Iniciativa ingresada al Congreso Nacional mediante Moción Parlamentaria el 10 de diciembre de 2015.

¹⁰ Decreto Supremo N°105 del Ministerio de Relaciones Exteriores de fecha 11 de noviembre de 2016.

3.3.2. En zonas o en relación con poblaciones de peces respecto de las cuales no existen medidas aplicables de conservación u ordenación y en las que dichas actividades pesqueras se llevan a cabo de una manera que no está en consonancia con las responsabilidades relativas a la conservación de los recursos marinos vivos que incumben al Estado en virtud del derecho internacional.”

Sin perjuicio de la existencia de la anterior definición dada por la FAO, es posible observar que ella adolece de una elevada imprecisión debido a la generalidad de sus preceptos. En efecto, esta carencia también fue advertida por la misma organización en un reciente Informe del Estado Mundial de la Pesca y Acuicultura del año 2016, en que se señala que esta descripción ha generado grandes confusiones y solapamientos, causada por la diversidad de los marcos de gobernanza, legislaciones nacionales, operaciones pesqueras en todo el planeta, y de las medidas de conservación y ordenación de las Organizaciones Regionales de Ordenación Pesquera (OROP) (FAO, El estado mundial de la pesca y acuicultura, 2016, pág. 106).

Con la finalidad de solucionar este problema y, en consecuencia, superar las falencias de la definición, en el mismo informe se opta por caracterizar de manera general los tres componentes de la pesca INDNR, basándose en los avances obtenidos desde la aprobación del PAI-pesca INDNR (FAO, 2016, pág. 106).

De esta manera, se señala que la pesca ilegal “puede abarcar muchos tipos de infracciones que contravienen a las leyes nacionales o a las medidas de conservación y ordenación de las OROP, en particular cuando se incluye una definición amplia de pesca y actividades conexas” (FAO, 2016, pág. 106).

Por su parte, la pesca no declarada podría reinterpretarse como “la ausencia de declaración de toda la información relacionada con la actividad pesquera” (FAO, 2016, pág. 106). De esta manera cuando hace referencia a “la información relacionada con la actividad pesquera”, se describe incluso a la declaración de actividades que no constituyen estrictamente pesca, pero que sin embargo se encuentran relacionadas de algún modo con ella y que pueden ocurrir durante o después del acto de pescar. Asimismo, incluye la declaración exigida por la ley, las medidas de conservación y ordenación (MCO) de una OROP, e incluso aquella declaración que no es exigida, pero sí recomendada.

Y finalmente la pesca no reglamentada se refiere “en gran medida a las actividades de los buques sin nacionalidad o de los Estados que no son parte de las OROP y a la incapacidad de los Estados de reglamentar ciertas actividades que no se pueden supervisar

ni contabilizar fácilmente” (FAO, El estado mundial de la pesca y acuicultura, 2016, págs. 106-107).

En conclusión, la definición de pesca INDNR se encuentra en evolución, al igual que el reciente desarrollo de este tema en el concierto internacional y la aproximación más acabada que podemos encontrar es la señalada en el Acuerdo sobre Medidas del Estado Rector del Puerto destinadas a Prevenir, Desalentar y Eliminar la Pesca INDNR que se remite a su vez al PAI-pesca INDNR, sin embargo esta descripción adolece de problemas de imprecisión que han intentado ser superados por la FAO con una caracterización *ad hoc* de lo que se entiende individualmente por pesca ilegal, no declarada y no reglamentada, caracterización que por cierto debe ser considerada toda vez que se intente determinar si una conducta constituye pesca INDNR según el derecho internacional.

CAPÍTULO 2: TRATAMIENTO EN EL DERECHO INTERNACIONAL

2.1. Aspectos preliminares

La trascendencia mundial y los efectos transfronterizos de la pesca INDNR han llevado a que gran parte de su desarrollo se encuentre en instrumentos internacionales de diversa naturaleza. Su tratamiento internacional tiene relevancia puesto que, como ya se señaló, actualmente en nuestra legislación no existe una definición de pesca INDNR, teniendo que recurrir a la contenida en el derecho internacional. Y a su vez, dicha definición incluye dentro de las conductas que constituyen pesca INDNR a la actividad pesquera realizada en contravención de obligaciones y tratados internacionales suscritos por el país respectivo.

En efecto, tradicionalmente se ha entendido que el proceso de creación de obligaciones internacionales ha sido desarrollado a través de instrumentos de obligado cumplimiento para los Estados y otros cuya obligatoriedad es más débil. En el primer grupo están los tratados, acuerdos y convenciones. Mientras que en el segundo conjunto están aquellos que no son vinculantes, pero que representan un consenso de la opinión internacional¹¹, es decir, *soft law* (FAO, 2016, pág. 18).

No obstante, en un análisis particular de los instrumentos es posible notar que su clasificación no es tan binaria, sino que como señala (Fernandez Casadavante, 1991) la sola existencia de un tratado o convención bilateral o multilateral no asegura el establecimiento de obligaciones precisas en determinada materia, dado que con independencia de la nominación que se le otorgue al instrumento internacional, la observancia práctica “pone de manifiesto una multiplicación de los acuerdos internacionales concertados entre los Estados, a menudo con la participación o bajo la égida de organizaciones internacionales, a veces de carácter solemne y carentes de efectos jurídicos” (Fernandez Casadavante, 1991, pág. 109).

En consecuencia (Fernandez Casadavante, 1991, pág. 110), propone una clasificación diferente de las normas internacionales independiente de su nominación y

¹¹ Una técnica muy utilizada en el derecho internacional ambiental son los convenios marco que son acuerdos que contienen los principios generales de un determinado ámbito de protección, así como las obligaciones fundamentales, los mecanismos de solución de controversias, la forma de modificación o enmienda del tratado, etc.

basada en el lenguaje empleado en ellas dividiéndolas en tres grupos: las que imponen obligaciones generales no concretadas, es decir, “obligaciones de buena voluntad” que dependen de la opinión del deudor acerca del comportamiento que debe adoptar para cumplir con la obligación; las obligaciones de desarrollo discrecional, que tienen un objeto concreto bien definido, pero cuya puesta en práctica depende de un desarrollo discrecional del Estado contratante y; las que imponen obligaciones concretas, estas últimas son de especial relevancia para el objeto de este estudio, particularmente, las que imponen la obligación concreta de sancionar como delitos determinadas conductas en el derecho interno. La regla general según la anterior clasificación es que las normas internacionales ambientales sean de carácter meramente programático y su cumplimiento e implementación queden entregados a una decisión de política y derecho internos de cada país (del Pozo, 2000, pág. 63) y que por ello se utilicen técnicas jurídicas para favorecer su cumplimiento voluntario¹². Así, la naturaleza jurídica de las obligaciones contenidas en estos instrumentos generalmente se asimila a la de los derechos humanos, es decir, “no son obligaciones típicamente sinalagmáticas, como los tratados de libre comercio, sino compromisos que los Estados asumen consigo mismos ante la comunidad internacional” (Centro de Derecho Ambiental, 2014, pág. 65).

Por otro lado, hay que distinguir las obligaciones internacionales establecidas en los tratados suscritos por Chile y la jerarquía que éstos tienen dentro de nuestro ordenamiento, puesto que el Derecho Internacional General, establece el *pacta sunt servanda* respecto de los tratados internacionales y la consecuente responsabilidad de los Estados ante un eventual incumplimiento, asimismo determina que los Estados no pueden justificar su incumplimiento en el derecho interno. Sin embargo, no aborda la manera en que los tratados deban implementarse, la jerarquía o el efecto directo que éstos tengan, dejando estas materias entregadas al criterio del legislador de cada país.

Respecto a la jerarquía de los tratados internacionales, en el derecho comparado existen distintas posturas (Pizarro Aguilera, 2010, pág. 59) y en nuestro país, ha ido variando conforme a la doctrina y jurisprudencia a lo largo de la historia (Beca, 2014).

De este modo, hasta la década de los 80' se consideraba de manera uniforme, por la doctrina y jurisprudencia, que los tratados tenían una jerarquía igual a la ley¹³. Esta idea

¹² Incentivos económicos, informes y consultas, etc.

¹³ Por ejemplo, en Godoy y otros con Fisco (Revista de Derecho y Jurisprudencia, 1913, pág. 104) y, Sucesión Juan Gardaix con Fisco (Revista de Derecho y Gaceta de los Tribunales, 1921, pág. 22).

comienza a variar con la modificación constitucional de 1989, que cambió su artículo 5° inciso segundo, limitando el ejercicio de la soberanía a los tratados internacionales suscritos por Chile y vigentes. En un inicio se interpretó que se refería a los tratados de derechos humanos, pero luego se fue extendiendo a todo tipo de tratados (Henriquez, 2008, pág. 100).

A partir de esto, surge la pregunta de si la jerarquía superior otorgada a los tratados mediante este artículo es sólo superior a la ley chilena o inclusive supraconstitucional.

El Tribunal Constitucional terminó zanjando la discusión en el fallo de 8 de abril de 2002¹⁴, relativo a un requerimiento parlamentario para que se declarara la inconstitucionalidad del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, concluyendo en la sentencia que debían primar las normas fundamentales sobre las de los tratados internacionales sobre derechos humanos vigentes y ratificados por Chile¹⁵.

De manera que hoy prima la idea de la infraconstitucionalidad¹⁶ de los tratados internacionales (basada en el principio de la supremacía constitucional) y de su superioridad respecto de la ley interna.

Respecto al efecto directo de los tratados, éste consiste en la “posibilidad de que los órganos públicos nacionales y muy especialmente los tribunales, apliquen directamente las normas contenidas en los tratados sin necesidad de la dictación de una norma nacional que ponga en operación o implemente lo dispuesto en el tratado” (Centro de Derecho Ambiental, 2014), es decir, significa que el juez puede aplicar directamente las normas de un tratado para resolver una controversia jurídica específica.

Para determinar cuándo un tratado tiene efecto directo, en el derecho comparado se han seguido distintas posturas (Riofrío Martínez, 2007, págs. 280-281).

En Chile se ha seguido el criterio del contenido y precisión necesarios aplicado por el Tribunal Constitucional en la sentencia sobre la constitucionalidad del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT). En dicho fallo señaló que un tratado puede ser directamente aplicado en la medida de que "el contenido y precisión necesarias que las habilita para ser aplicadas sin otro trámite como derecho interno" (Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N°309, 2000, pág. 30).

¹⁴ Capítulo VI, considerandos 59 al 75.

¹⁵ Considerando 72.

¹⁶ Se reitera la idea en consecuentes fallos del TC, roles 1050, 1288, 1307 y 1988.

Sin embargo, en un fallo posterior sobre la aplicación del artículo 6 del Convenio 169 de la OIT a una modificación de la ley de pesca, el Tribunal Constitucional vació de contenido la idea de autoejecutabilidad de los tratados al señalar que si bien tal Convenio (de efecto directo) impone la obligación de consulta a los pueblos indígenas en medidas legislativas que hayan de afectarlos, dicha norma varía las atribuciones del Congreso Nacional por lo tanto mientras no se modifique su ley orgánica, dicha consulta ha de ser facultativa de este organismo (Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N°2388 , 2013, pág. 35).

Por lo tanto, independiente de la jerarquía y eventual efecto directo de los tratados internacionales medioambientales, como ya se señaló, las obligaciones contenidas en ellos representan generalmente un mínimo común denominador para la comunidad internacional, de contenido amplio y por regla general de *soft law*. Si bien, se reconoce que los problemas medioambientales por la magnitud de sus efectos (transfronterizos) requieren de la cooperación internacional (Centro de Derecho Ambiental, 2014, pág. 104), por la naturaleza de sus instrumentos se necesita un desarrollo normativo y local para poder cumplir a cabalidad las finalidades perseguidas por los tratados.

Como consecuencia de lo anterior, surge la necesidad de implementación de los tratados internacionales (incluso los de efecto directo) y especialmente respecto de aquellos que establecen la obligación de penalizar en coherencia con el principio *nullum crimen, nulla poena sine lege* y, en consecuencia, cumplir “con las características de previa, escrita y estricta, tanto en cuanto la conducta tipificada como en cuanto a la sanción. El antedicho principio, hoy ampliamente reconocido a nivel mundial como un derecho humano, ya en los tiempos de Bello había sido sistematizado por Feuerbach. Es evidente que el pleno respeto a esta garantía hace necesaria la implementación nacional de las normas penales internacionales, ya que tanto los tratados como la costumbre internacionales, aparte de contener a veces tipos difusos, jamás contienen, en lo que conozco, sanciones determinadas” (Cárdenas, 2006, págs. 9-10).

2.2. Instrumentos relativos a la pesca INDNR suscritos por Chile

Nuestro país es parte de una multiplicidad de instrumentos internacionales que tienen incidencia en la pesca INDNR.

En particular, existen instrumentos relativos a la gestión sostenible de los recursos pesqueros que entregan herramientas a los Estados para eliminar estas conductas, entre los cuales se encuentran: la Convención de las Naciones Unidas sobre Derecho del Mar¹⁷ (aunque este instrumento se centra más en la protección del medio ambiente que en la ordenación pesquera), el Acuerdo para Promover el Cumplimiento de las Medidas Internacionales de Conservación y Ordenación por los Buques Pesqueros que Pescan en Alta Mar (1993)¹⁸, El Acuerdo sobre la aplicación de las disposiciones de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (1982) relativas a la conservación y ordenación de las poblaciones de peces transzonales y las poblaciones de peces altamente migratorios o Acuerdo de Nueva York (1995)¹⁹, El Código de Conducta sobre la Pesca Responsable (CCPR) de (1995), el Plan de Acción Internacional para prevenir, desalentar y eliminar la pesca ilegal, no declarada y no reglamentada (2001), el Acuerdo sobre Medidas del Estado Rector del Puerto destinadas a Prevenir, Desalentar y Eliminar la Pesca Ilegal, No Declarada y No Reglamentada (2009)²⁰, las Directrices Voluntarias sobre la Gobernanza responsable de la tenencia de la tierra, la pesca y los bosques en el contexto de la seguridad alimentaria nacional (DVGT) y las Directrices Voluntarias para lograr la Sostenibilidad de la Pesca en Pequeña Escala en el Contexto de la Seguridad Alimentaria y la Erradicación de la Pobreza (Directrices PPE).

Estos instrumentos, si bien se relacionan con la pesca INDNR, no establecen prohibiciones que pudieran importarnos para efectos de su definición y tampoco contienen la obligación de penalizar determinadas conductas en el derecho interno.

Por otro lado, existen tratados suscritos por Chile que se encuentran orientados a la conservación de especies marinas, razón por la cual tienen una mayor relevancia para esta investigación.

En este grupo de instrumentos, se encuentra el Convenio sobre la Conservación de Especies Migratorias de la Fauna Salvaje²¹, que tiene como finalidad proteger a los seres vivos enumerados en sus anexos entre los cuales se menciona fauna marina. La mayor parte de las obligaciones establecidas en este instrumento son de *soft law* debido a que el lenguaje

¹⁷ Promulgada a través del Decreto Supremo N°1393 del Ministerio de Relaciones Exteriores de 1997.

¹⁸ Fue ratificado por Chile el 23 de enero del 2004 y promulgado a través del Decreto Supremo N°78 de 2004 del Ministerio de Relaciones Exteriores.

¹⁹ Promulgado por el Decreto N°31 del Ministerio de Relaciones Exteriores de 21 de septiembre de 2016.

²⁰ Promulgado mediante Decreto 105 del Ministerio de Relaciones Exteriores de 11 de noviembre de 2016.

²¹ Promulgado mediante el Decreto N°868 del Ministerio de Relaciones Exteriores de 12 de diciembre de 1981.

utilizado es especialmente débil al utilizar expresiones como “deberán esforzarse” y “en la medida que sea factible”. Con todo, la Convención señala que los Estados partes ubicados en el área de distribución de las especies migratorias deberán prohibir la captura (pesca) de animales que se encuentren enumerados en el Anexo I, es decir, especies en peligro de extinción. Sin embargo, el Convenio no prohíbe directamente su captura (ni alude directa o indirectamente al establecimiento de un régimen penal) sino que queda entregada a la voluntad del Estado contratante.

Igualmente, nuestro país suscribió el Protocolo II de la Convención sobre prohibición de la Pesca con Redes de Deriva y de Gran Escala en el Pacífico Sur o “Convención de Wellington”²² y al igual que la Convención anterior, el Protocolo es una norma internacional de *soft law*, ya que sólo dispone en su artículo 3 que cada Estado Parte “podrá” prohibir el uso de redes a la deriva y trasbordo de especies obtenidas con redes a la deriva en áreas bajo su jurisdicción, para evitar la captura incidental –y consecuente muerte- de otras especies como mamíferos y aves (albatros y petreles).

Asimismo, Chile ratificó la Convención sobre la Diversidad Biológica²³ en la Conferencia de Río de 1999, la que tiene dentro de sus objetivos la conservación de la diversidad biológica en unión con el desarrollo sustentable. “Un poco más que una ‘invitación’, pero no mucho más que una ‘sugerencia’ parecen ser las prescripciones del Convenio sobre la Diversidad Biológica” (Matus & Orella, 2001, pág. 102), ya que establece meramente obligaciones de *soft law*, en palabras de la propia Convención “en la medida de lo posible” y “según proceda”.

En síntesis, los últimos tres instrumentos señalados tienen en común que no establecen prohibiciones directas, sino que queda a discreción del legislador del Estado contratante el establecimiento de esa limitación en su derecho interno. Por lo tanto, la infracción a estos instrumentos no constituiría pesca ilegal en el sentido de la definición dada en el primer capítulo.

En el caso particular del Acuerdo para la Conservación de Albatros y Petreles²⁴, el instrumento busca proteger a estas especies (aves marinas) cuya existencia se ve amenazada

²² Promulgada mediante el Decreto Supremo N°1516 del Ministerio de Relaciones Exteriores de 1994.

²³ Promulgada mediante el Decreto Supremo N°1963 del Ministerio de Relaciones Exteriores de 6 de mayo de 1995.

²⁴ Promulgado mediante Decreto N°272 del Ministerio de Relaciones Exteriores del 3 de noviembre de 2005.

por la mortalidad²⁵ que produce su descarte y la captura incidental que se genera en las actividades pesqueras de palangre o arrastre, muriendo ahogadas cuando se enganchan a los anzuelos y cuando chocan con los cables de cala. El fundamento de este acuerdo es que estas especies tienen la característica de ser migratorias, razón por la cual se requiere de la cooperación internacional para su protección. Específicamente en el artículo 5 señala que las partes “desarrollarán y aplicarán medidas para evitar, neutralizar, anular; minimizar o mitigar el efecto adverso de actividades que puedan interferir con el estado de conservación de los albatros y petreles”, sin embargo, no señala la naturaleza de esas medidas, por lo que no se puede afirmar que exista la obligación de penalizar su captura.

Por otro lado, en la Antártica existe un régimen jurídico internacional específico aplicable que se denomina el Sistema Antártico que se encuentra conformado por el Tratado Antártico junto con otras convenciones que en conjunto regulan las relaciones internacionales relativas a la Antártida y que tienen aplicación sobre todas las tierras y barreras de hielo ubicadas al sur del paralelo 60° latitud sur, sin afectar los derechos sobre la alta mar existente.

El sistema del Tratado Antártico está conformado por:

- a) Convención para la Conservación de las Focas Antárticas (1978)
- b) Convención para la Conservación de Recursos Vivos Marinos Antárticos (1982)
- c) Protocolo al Tratado Antártico sobre Protección del Medio Ambiente (1998)

La Convención para la conservación de focas antárticas²⁶, es concebida por muchos autores como “el primer instrumento internacional que organiza la protección de una especie animal antes de que comience su explotación comercial, con el probable efecto de prohibirla prácticamente o al menos de retardarla considerablemente” (Van der Essen, 1983, pág. 326). En efecto, esta convención prohíbe la captura o sacrificio de las especies de focas que se enumeran en el artículo 1, dentro del espacio de aplicación del Tratado Antártico, sin perjuicio de las excepciones que establece la misma Convención²⁷.

²⁵ Se calcula que sólo en la zona austral de Chile las flotas de arrastre generan una mortalidad de 2.500 aves al año, esto sin considerar las flotas que no están sujetas a observación científica. Asimismo, se ha establecido que la mortalidad aumenta dependiendo de la hora, la época del año, la zona y el uso de net-sonda (Canales, 2018).

²⁶ Promulgada mediante Decreto N°191 del 24 de abril de 1980 del Ministerio de Relaciones Exteriores.

²⁷ El artículo 4 establece un sistema de permisos especiales consistentes en proveer de alimento indispensable a hombres o perros, investigación científica y proveer de ejemplares a los museos, instituciones educativas o culturales. Estos permisos son informados a las demás partes contratantes, y a la SCAR (Comité Científico para investigación Antártica del Consejo Internacional de Uniones Científicas).

En su primer artículo señala que cada parte contratante debe adoptar para sus nacionales y los buques bajo su bandera las leyes reglamentos y otras medidas, inclusive un sistema de permisos, para la ejecución de esta convención. Si bien la norma utiliza un lenguaje imperativo como “adoptará” y “no serán sacrificadas o capturadas”, no señala la naturaleza de las medidas que deben ser adoptadas en el derecho interno, por lo que no se puede afirmar que esta convención impone la obligación de establecer sanciones penales.

Respecto a la prohibición establecida, en la convención se fija una temporada de veda entre el 1 de marzo y el 31 de agosto de cada año, en que se prohíbe la captura o sacrificio de focas, y el periodo entre el 1 de septiembre y el último día de febrero se establece como temporada de caza de focas. Asimismo, se constituyen reservas en lugares específicos destinadas a la reproducción e investigaciones científicas de largo plazo en que se prohíbe capturar o sacrificar focas. Por lo que, la contravención a estas restricciones constituiría pesca ilegal en el sentido del artículo 3.1.2. del Plan de Acción Internacional para Prevenir Desalentar y Eliminar la Pesca INDNR.

También se establecen restricciones en lo relativo a los métodos de captura. En efecto, se invita al SCAR (Comité Científico para investigación Antártica del Consejo Internacional de Uniones Científicas) a informar sobre métodos de caza de focas y a hacer recomendaciones con vistas a asegurar que el sacrificio o captura de las focas sea rápido, indoloro y eficiente. Se señala que las Partes Contratantes, según sea pertinente, adoptarán normas para sus nacionales y buques bajo sus banderas respectivas dedicados al sacrificio o captura de focas, considerando debidamente los puntos de vista del SCAR.

Asimismo se dispone que las Partes Contratantes convienen en tomar las medidas apropiadas, a la luz de la información científica y técnica disponible, para asegurarse que sus nacionales y buques bajo sus banderas respectivas se abstengan de sacrificar o capturar focas en el agua²⁸, salvo en cantidades limitadas para investigación científica, de conformidad con los objetivos y principios de la Convención, por lo que la contravención a ello también constituye pesca ilegal.

²⁸ Antes de la existencia de esta Convención, las focas que estaban en tierra se encontraban protegidas en virtud de las medidas acordadas para la conservación de la flora y fauna antártica, conforme a las cuales paradójicamente cuando se encontraban en el agua o en hielo flotante quedaban sometidas al régimen general de libertad de pesca en alta mar (Lertora Pinto, 2013, pág. 272).

Por su parte, la Convención sobre la Conservación de los Recursos Vivos Marinos Antárticos²⁹, surgió a partir de la sobreexplotación del krill, especie de gran relevancia en la cadena alimenticia del ecosistema antártico (Knox, 1983, pág. 72) y en consecuencia, se encarga de regular la pesca en la zona austral con el objetivo de conservar los recursos vivos marinos antárticos, que implica su utilización racional.

Establece que toda recolección debe ser realizada de conformidad con los principios de conservación de la Convención, establecidas en el artículo 2, esto quiere decir:

- a) Prevención de la disminución del tamaño de la población de cualquier especie recolectada a niveles inferiores a aquéllos que aseguren su restablecimiento a niveles estables. Con tal fin no deberá permitirse que disminuya a un tamaño inferior a un nivel aproximado al que asegure el mayor incremento anual neto;
- b) Mantenimiento de las relaciones ecológicas entre poblaciones recolectadas, dependientes y afines de los recursos vivos marinos antárticos y reposición de poblaciones disminuidas por debajo de los niveles definidos en el apartado a); y
- c) Prevención de cambios o minimización del riesgo de cambios en el ecosistema marino que no sean potencialmente reversibles en el lapso de dos o tres decenios teniendo en cuenta el estado de los conocimientos existentes acerca de las repercusiones directas e indirectas de la recolección, el efecto de la introducción de especies exóticas, los efectos de actividades conexas sobre el ecosistema marino y los efectos de los cambios ambientales, a fin de permitir la conservación sostenida de los recursos vivos marinos antárticos.

Asimismo, la Convención establece que las partes se comprometen a que no se dedicarán a ninguna actividad contraria a los propósitos y principios del Tratado Antártico³⁰.

Crea la Comisión para la Conservación de los Recursos Vivos Marinos Antárticos (CCRVMA) de la cual nuestro país es parte integrante, cuya relevancia para estos efectos está en que dicho organismo determina las medidas de conservación sobre la base de datos científicos (medidas que pueden consistir en la cantidad de cualquier especie que puede ser recolectada, designación de especies protegidas, tamaño, edad o sexo de las especies que pueden ser recolectadas, las temporadas de veda, métodos de recolección, etc.) siendo

²⁹ Promulgada mediante Decreto N°662 del 13 de octubre de 1981 del Ministerio de Relaciones Exteriores.

³⁰ Estos principios son: la utilización para fines pacíficos, la libertad de la investigación científica y el congelamiento de los asuntos territoriales.

obligatorias para todos los miembros de la Comisión en la zona de aplicación de esta Convención, una vez transcurridos 180 días desde su notificación.

En consecuencia, las actividades realizadas en contravención a los propósitos y principios de la Convención, así como la violación a las medidas de conservación determinadas por la CCRVMA, constituyen pesca ilegal conforme a la definición dada anteriormente.

Distinto es que, si bien se establece un sistema de inspección del cumplimiento de las disposiciones de esta Convención y la imposición de sanciones ante una eventual contravención, no se señala que éstas deban ser penales, por lo que, igualmente queda a discreción de los Estados contratantes.

Por último, el Protocolo del Tratado Antártico sobre Protección del Medio Ambiente, es el único instrumento del Sistema Antártico que establece la obligación concreta de penalizar en el derecho interno, por lo que será abordado en el apartado siguiente junto con los instrumentos de esta naturaleza.

2.2.1. Instrumentos que imponen la obligación de establecer delitos a nivel interno

i) Convención sobre el Comercio Internacional de especies amenazadas de fauna y flora silvestre³¹

Esta convención, esencialmente regula el comercio internacional de las especies amenazadas de fauna y flora silvestre. Para ello establece una clasificación de especies, en 3 apéndices, que incluyen fauna marina. El apéndice I señala especies en peligro de extinción, cuyo comercio está sujeto a una reglamentación estricta y se limita a circunstancias excepcionales. El apéndice II contempla especies que no están en peligro de extinción, pero que podrían llegar a estarlo. El apéndice III señala las especies cuyo comercio se encuentra reglamentado dentro de la jurisdicción del correspondiente Estado parte, con el objeto de prevenir o restringir su explotación y requieren para ello cooperación de las demás partes. Éstas sólo pueden permitir el comercio de estas especies con arreglo a esta Convención.

³¹ Promulgada mediante el Decreto N°141 de 25 de marzo 1975 del Ministerio de Relaciones Exteriores.

Así, conforme a los artículos 3, 4 y 5 para la exportación de estas especies se requiere un permiso que cumpla con los siguientes requisitos:

- a) Que una autoridad científica verifique que dicha exportación no pondrá en riesgo la supervivencia de dicha especie;
- b) Que una autoridad administrativa certifique que el espécimen no fue obtenido en contravención a la normativa vigente sobre la protección de la flora y fauna del Estado en que se obtuvo;
- c) Que la autoridad administrativa verifique que el espécimen será acondicionado y transportado de manera que se reduzca al mínimo el riesgo de heridas, deterioro en su salud o maltrato y que verifique que el permiso de exportación fue otorgado por el Estado de exportación.

A su vez, la importación requiere de la concesión de un permiso de importación, que cumpla con los requisitos de que una autoridad científica verifique que no se pondrá en riesgo la supervivencia de la especie, que el que lo reciba lo va a albergar y cuidar adecuadamente y que una autoridad administrativa se cerciore de que no será utilizado para fines primordialmente comerciales.

Para la reexportación, se requiere un certificado para tal efecto, en que la autoridad administrativa del Estado que reexporta verifique que fue importado conforme a la Convención, que una autoridad administrativa verifique que será acondicionado y transportado de manera que reduzca al mínimo su riesgo de heridas, deterioro de salud y maltrato y que la autoridad administrativa del Estado reexportador verifique que un permiso de importación fue concedido.

De los permisos señalados anteriormente, se requiere uno para cada embarque de especímenes.

La Convención dispone como obligación que las partes adoptarán las medidas apropiadas para su cumplimiento y para prohibir el comercio de especies en violación a ésta. A su vez, señala que los Estados se comprometen a sancionar el comercio o la posesión de tales especies y prevé la confiscación o devolución al Estado de exportación de dichos especímenes. Asimismo, contempla que las partes pueden restringir la aplicación de estas reglas a más especies y establecer medidas más estrictas para las condiciones de comercio internacional.

Este instrumento no señala la naturaleza de la sanción a aplicar, sin embargo “ha sido la Conferencia de las Partes establecida en la propia Convención la que ha asumido en sus recomendaciones y decisiones que las sanciones a que se refiere su artículo 8 incluyen a las propiamente penales” (Matus & Orella, 2001, pág. 106), interpretado conforme al artículo 31.1 de la Convención de Viena, es decir, tomando en cuenta su objeto y fin (CITES SECRETARIAT, 2000, pág. 7).

ii) Convención para la regulación de la caza de ballenas y su anexo³²

La Convención aplica a los buques fábrica, plantas terrestres y barcos cazadores de ballenas bajo la jurisdicción de los Gobiernos contratantes, y a las aguas en que se realicen actividad de pesca de ballena por parte de dichos buques-fabricas, plantas terrestres y barcos cazadores de ballenas.

Establece una comisión ballenera internacional (CBI) que vela por el cumplimiento de las medidas de conservación y explotación de la Convención, de la cual Chile es parte.

“El objetivo puntual de la Convención es el de proveer una adecuada regulación para la conservación de las poblaciones de ballenas y permitir un desarrollo sostenible de la industria ballenera” (Burdiles Perucci, 2009, pág. 190). Sólo regula la caza de ballenas unida al desarrollo sustentable, pero no la prohíbe, radicándola a ciertas áreas especificadas para cada especie, fechas y mínimo de longitud.

En su artículo 9 numeral 3° señala “Los juicios por infracciones o contravenciones a esta Convención serán entablados por el Estado que tenga jurisdicción sobre tales delitos”.

En consecuencia, en esta convención se establece una obligación concreta de modificar o adecuar la legislación interna en orden a establecer disposiciones de carácter penal (Matus & Orella, 2001, pág. 104).

iii) Protocolo Antártico sobre protección del medio ambiente³³

³² Promulgado mediante el Decreto N°489 del Ministerio de Relaciones Exteriores 21 de septiembre de 1979.

³³ Promulgado mediante Decreto Supremo N°396 del Ministerio de Relaciones Exteriores del 3 de abril de 1995.

Por su parte, el Protocolo al Tratado Antártico sobre protección del medio ambiente fue suscrito en Madrid el 4 de octubre de 1991 y complementa el Tratado Antártico, sin modificarlo o enmendarlo.

Los objetivos del Protocolo son fijados en su artículo 2 el cual señala que: “Las Partes se comprometen a la protección global del medio ambiente antártico y los ecosistemas dependientes y asociados y, mediante el presente Protocolo, designan a la Antártica como reserva natural, consagrada a la paz y a la ciencia”. En consecuencia, este Protocolo “tiene una particular connotación que comprende tanto el enfoque ecosistémico propiamente tal aplicable al área del Tratado Antártico, como su ampliación hasta la convergencia antártica para abordar el tema de los recursos marinos vivos antárticos, como aquella que comprende también los ecosistemas dependientes del medio ambiente antártico que pudieren sufrir efectos ambientales por actividades que se desarrollen en Antártica” (Infante, 2004, pág. 321).

El artículo 3, tiene relevancia en este tema al señalar que las actividades que se lleven a cabo en el área del Tratado Antártico deberán ser planificadas y realizadas de manera que se limite el impacto perjudicial sobre el medio ambiente antártico y los ecosistemas dependientes y asociados y evitando cambios perniciosos en la distribución, cantidad o capacidad de reproducción de las especies o poblaciones de especies de la fauna y la flora e impidiendo peligros adicionales para las especies o poblaciones de tales especies en peligro de extinción o amenazadas.

Por último, el Protocolo señala en su artículo 13 que para su cumplimiento "cada Parte tomará medidas adecuadas en el ámbito de su competencia para asegurar el cumplimiento de este Protocolo, incluyendo la adopción de leyes y reglamentos, actos administrativos y medidas coercitivas".

Conforme a la literalidad del instrumento, es posible colegir que se trata excepcionalmente de un instrumento internacional ambiental de carácter más vinculante para el Estado respecto a establecer sanciones penales, “aunque el Protocolo no utiliza la expresión ‘delito’ u otra similar, al mencionar separadamente las leyes, reglamentos, y ‘actos administrativos’ de las ‘medidas coercitivas’, parece no dejar mucho lugar a otras medidas coercitivas diferentes a la adopción de una legislación penal en el orden interno” (Matus & Orella, 2001, pág. 106).

En conclusión, respecto a los tratados internacionales suscritos por Chile que tienen incidencia sobre la pesca INDNR, en el caso particular del Convenio sobre la Conservación de Especies Migratorias de la Fauna Salvaje, la “Convención de Wellington” y la Convención sobre la Diversidad, son instrumentos que, si bien se relacionan con estas conductas, son instrumentos internacionales de *soft law* u obligaciones de buena voluntad, por lo tanto no tienen incidencia en la consideración de la conducta de pesca ilegal, así como tampoco para efectos de tener la obligación de penalizar en el derecho interno. Por otro lado, el Acuerdo para la Conservación de Albatros y Petreles, es una obligación de desarrollo discrecional que tiene definido su objeto en proteger dichas especies, pero las medidas que deba tomar el Estado contratante para su cumplimiento quedan a su discrecionalidad, por lo tanto, no establece la obligación de penalizar conducta alguna, así como tampoco prohíbe conductas que podrían ser consideradas pesca ilegal. Respecto a los instrumentos que forman parte del Sistema Antártico la Convención para la Conservación de las Focas Antárticas y Convención para la Conservación de Recursos Vivos Marinos Antárticos establecen prohibiciones que tienen incidencia en la pesca por lo que su transgresión sería constitutiva de ilicitud. Por otro lado, es preciso distinguir que los anteriores instrumentos no establecen la obligación de penalizar como sí lo hacen el Protocolo al Tratado Antártico sobre Protección del Medio Ambiente, la Convención para la regulación de la caza de ballenas y la Convención sobre el Comercio Internacional de especies amenazadas de fauna y flora silvestre.

CAPÍTULO 3: LA PESCA ILEGAL EN EL DERECHO INTERNO

Como ya se señaló, en nuestro derecho interno, la pesca ilegal no está tratada directamente ni de manera uniforme como sí ocurre en otros países³⁴, sino que se combate indirectamente por medio de diversos cuerpos normativos.

Según la definición del PAI-pesca INDNR, constituyen pesca ilegal las actividades pesqueras realizadas en aguas de jurisdicción nacional contraviniendo los tratados internacionales suscritos y vigentes, así como las que infringiendo las leyes y reglamentos internos.

Si bien ya se analizaron los tratados internacionales suscritos por Chile cuya vulneración constituiría pesca ilegal, cuando los tratados son implementados mediante ley en el derecho nacional, la contravención de ésta igualmente es una verificación de esta ilicitud.

Sumado a lo anterior, existen diversas leyes³⁵ que también son útiles para determinar las conductas constitutivas de pesca ilegal, entre las cuales la más manifiesta es la LGPA pues regula toda la actividad pesquera extractiva en nuestro país.

3.1 Nivel de cumplimiento de los tratados internacionales

Como se mencionó anteriormente, es especialmente relevante la implementación de los tratados internacionales que imponen la obligación de penalizar en el derecho interno, para así cumplir con el principio de legalidad y con los propios fines perseguidos por el tratado respectivo.

En un análisis particular del nivel de cumplimiento de nuestro país sobre la obligación de penalizar que surge de los instrumentos determinados anteriormente, en el caso específico de la Convención sobre el Comercio Internacional de especies amenazadas de fauna y flora silvestre, específicamente la LGPA establece requisitos para la importación de especies marinas, en sus artículos 11 y 12 y en el inciso final de éste último prohíbe la

³⁴ Véase el ejemplo de Colombia y Ecuador.

³⁵ Ley de Aduanas, leyes que implementan los tratados, etc.

importación en contravención a estas normas, además el artículo 137 sanciona penalmente la internación de especies que no cuenten con la autorización que se señala en tales normas, con prisión en su grado máximo.

Por otro lado, la Ley 20.962 en su artículo 11, establece el delito de contrabando para el que introduzca en el territorio nacional o extraiga de él los especímenes de las especies, partes, productos o derivados de las especies o subespecies exóticas incluidos en los Apéndices de la Convención por lugares no habilitados; no presentándolos a la aduana; no pagando los derechos e impuestos y demás gravámenes, cuando corresponda; ocultándolos; utilizando documentación falsa, adulterada o parcializada o sin los correspondientes permisos y certificaciones que acrediten su legítimo origen, procedencia u obtención.

La sanción contemplada para las conductas descritas es de presidio menor en su grado medio³⁶, cuando se trate de especímenes de especies incluidas en el Apéndice I; presidio menor en su grado mínimo³⁷ para las especies incluidas en el Apéndice II; y con prisión en su grado máximo³⁸ para aquellas del Apéndice III.

Asimismo, incurre en el delito de contrabando la persona que venda, ofrezca para la venta, exponga o exhiba al público con fines comerciales, especímenes, partes, productos o derivados de las especies o subespecies exóticas incluidos en los Apéndices de la Convención, y que, siendo requerido por la autoridad competente, no acredite su obtención legal o legítima procedencia, de conformidad con las disposiciones de la Convención y la ley. Y el que almacene, custodie, transporte o distribuya, con fines comerciales, especímenes, partes, productos o derivados de las especies o subespecies exóticas incluidos en los Apéndices de la Convención y que, a requerimiento de la autoridad competente, no acredite su obtención legal o legítima procedencia, de conformidad con las disposiciones de la Convención y la ley. Este delito es sancionado con presidio menor en su grado mínimo a medio³⁹.

Por su parte, la protección de los cetáceos ha tenido un avance progresivo en nuestro país, incluso antes de la suscripción de la Convención sobre la caza de ballenas. Así en 1977

³⁶ Y con una multa de 100 a 200 unidades tributarias mensuales y comiso de las especies, partes o productos.

³⁷ Y con una multa de 50 a 100 unidades tributarias mensuales y comiso de las especies, partes o productos.

³⁸ Y con una multa de 10 a 50 unidades tributarias mensuales y comiso de las especies, partes o productos.

³⁹ Más una multa de 10 a 200 unidades tributarias mensuales y comiso de aquellos, sin perjuicio de la sanción establecida en el artículo 8 de la ley, es decir, con el comiso de aquellos y multa de hasta 100 unidades tributarias mensuales.

se dictó el Decreto N°381 del Ministerio de Agricultura que prohibió la caza de delfinas y toninas.

Con motivo la promulgación de la Convención sobre la caza de ballenas en 1979, en 1983 se dictó el Decreto N°50 del Ministerio de Economía para dar cumplimiento a los compromisos asumidos en la Convención Ballenera Internacional.

Con posterioridad, se dictó el Decreto Exento N°225 de 1995, el cual fue modificado por los Decretos Exentos N°135 de 2005 y N°434 de 2007, del Ministerio de Economía, que estableció una veda extractiva a nivel nacional por un tiempo de 30 años para ciertos y determinado mamíferos, reptiles y aves hidrobiológicas, entre los que se encontraban todos los cetáceos de nuestro territorio.

Posteriormente mediante el Decreto N°179 de 2008 del Ministerio de Economía, se prohibió de forma permanente la captura con resultado de muerte, la retención de animales vivos, la comercialización, transporte, procesamiento, elaboración y almacenamiento de las especies de cetáceos indicados en el decreto, vivas o muertas, enteras o en partes, en aguas de jurisdicción nacional, con la excepción de que previa resolución de la Subsecretaría de pesca que autorice la captura para la mantención en cautiverio con fines de investigación, de conservación (especies en peligro de extinción asociadas a planes o programas de reinserción al ambiente natural) y de rehabilitación (de animales enfermos o heridos).

Actualmente, en nuestra legislación existe un delito que sanciona el dar muerte, cazar o capturar a cualquier especie de cetáceo en el artículo 135 bis de la LGPA.

Este delito fue introducido por el artículo 6 de la ley 20.293, de fecha 25 de octubre de 2008. En la historia de la ley se señala que “El objetivo principal de la iniciativa es cumplir las obligaciones internacionales asumidas por el Estado de Chile en beneficio y protección de las especies cetáceas, como, asimismo, asegurar su uso no letal, declarándose zona libre de caza de cetáceos las aguas interiores, el mar territorial, la zona económica exclusiva de la República y las áreas adyacentes a esta última sobre las cuales exista o pueda llegar a existir jurisdicción nacional.” (Biblioteca Congreso Nacional, 2008, pág. 3).

Sin perjuicio de que esta Convención sólo establezca limitaciones a la caza de ballenas y no la prohíbe, la prohibición total establecida en esta norma nacional se debe a que también es producto de otros compromisos internacionales, como lo señala el propio mensaje de la Ley 20.293, de fecha 25 de octubre de 2008, que introdujo en su articulado

que “En el plano internacional, es preciso manifestar que Chile es parte de la Convención para la Protección de la Flora, Fauna y las Bellezas Escénicas Naturales de América, firmada en Washington, en el año 1940, promulgada por Decreto Supremo N°531, 1967, del Ministerio de Relaciones Exteriores, del Convenio sobre las Especies Migratorias de la Fauna Silvestre, suscrita en Alemania en el año 1979, promulgado por Decreto Supremo N°868, 1981, del Ministerio de Relaciones Exteriores y, por último, de la Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres, suscrita en Washington y promulgada por el Decreto Supremo N°141, 1975, del Ministerio de Relaciones Exteriores” (Biblioteca Congreso Nacional, 2008, pág. 4).

Por otro lado, en lo relativo a la obligación de penalizar contenida en el artículo 13 del Protocolo Antártico, sin perjuicio de que no distingue en específico a cuál conducta se deba imponer una sanción penal y no administrativa, lo cierto es que en nuestro país no existe legislación alguna que establezca penas corporales por el incumplimiento de los fines perseguidos por el Protocolo.

Así, la Ley de Pesca y Acuicultura únicamente se refiere al Sistema Antártico en su artículo 134 literal A, que establece una sanción administrativa de multa para conductas realizadas por nacionales que infrinjan las medidas de conservación adoptadas por la CCRVMA que sean aplicables a Chile y cuyo incumplimiento menoscabe los objetivos de la Convención para la Conservación de Recursos Vivos Marinos Antárticos, es decir, no refiriéndose al Protocolo Antártico.

Únicamente existe un proyecto de ley desde 2014 para establecer un Estatuto Antártico (Boletín 9256-27), que aún se encuentra en la Cámara de Diputados en el primer trámite constitucional.

Este proyecto incluye un listado de delitos especiales en su artículo 46⁴⁰ entre los cuales el único que tiene relevancia para el ámbito de la protección de los recursos hidrobiológicos en el Sistema Antártico es el establecido en su numeral 8 que señala:

“El que cazare, capturare o diere muerte a uno o varios ejemplares de focas en los términos y zonas establecidas en el punto 4 del Apéndice I de la Convención para la Conservación de las focas antárticas será sancionado con la pena de presidio mayor en su grado mínimo y multas de 300 a 1200 UTM.

⁴⁰ Entre los cuales se encuentran la eliminación de desechos radioactivos, actividades relacionadas con recursos mineros, descargo de sustancias nocivas o petrolíferas, etc.

El que tenga, posea, transporte, desembarque, elabore o efectúe cualquier proceso de transformación, así como comercialice o almacene las especies vivas o muertas o parte de éstas mencionadas en este numeral, será sancionado con la pena de presidio menor en su grado máximo y multa de 300 a 1200 UTM.”

Sin embargo, este delito penaliza las conductas señaladas en la Convención para la Conservación de las focas antárticas, no las pertenecientes al Protocolo Antártico, que es el instrumento que impone la obligación de establecer un delito en el derecho chileno.

Las únicas conductas que en este proyecto se corresponden con las prohibidas en el Protocolo son las señaladas en el artículo 40 numerales 1 y 2, que señalan:

“1. El que realice una actividad en la Antártica sin contar con las autorizaciones y evaluación de impacto ambiental previstas en esta ley será sancionado con multa de 100 a 1.500 UTM

2.El que estando a cargo de una actividad antártica debidamente autorizada y que cuente con la evaluación del impacto ambiental, al momento de realizarla no cumpla estrictamente la planificación que fue establecida en la actividad o proyecto aprobado ambientalmente o la planificación de la actividad autorizada de conformidad a los artículos 19 o 21, será sancionado con multa entre 100 a 1.000 UTM.”

En consecuencia, se puede colegir que las sanciones impuestas al incumplimiento del Protocolo Antártico señaladas incluso en este proyecto, son puramente administrativas, idea que queda fuera de toda duda con el artículo siguiente que señala que la competencia para conocer de estas infracciones será del Juzgado de Policía Local correspondiente y no un Juez de Garantía o Tribunal del Juicio Oral en lo Penal, como en el caso de los delitos del artículo 46.

En consonancia con lo anterior, el pleno de la Corte Suprema en un informe sobre el proyecto de ley (Oficio N° 116-2014) en virtud del artículo 70 de la Constitución Política de la República, hizo presente otras observaciones, entre las cuales es especialmente relevante la que hace sobre esta norma en que señala que “atendida la gravedad de las conductas referidas en el artículo 40, a las que concierne la norma proyectada, aparece arriesgado entregar la competencia absoluta y territorial para su conocimiento y fallo a los juzgados de policía local. Se observa más adecuado que sean los tribunales ordinarios de justicia, más específicamente los juzgados de garantía, los que tengan asignada la competencia sancionatoria en mención. Para esto, será necesario que las infracciones que el proyecto prevé sean elevadas a la categoría de falta, constituyendo, con ello, delitos radicados en sede penal.” (Pleno de la Corte Suprema, 2014, pág. 10).

En síntesis, respecto de los tres tratados internacionales que establecen a nuestro país la obligación concreta de imponer sanciones penales en el derecho interno, se constata su cumplimiento en lo relativo a la Convención sobre el Comercio Internacional de especies amenazadas de fauna y flora silvestre, así como en la Convención de la Caza de Ballenas. Sin embargo, el legislador nacional aún se encuentra en deuda en lo referido a establecer medidas coercitivas para asegurar el cumplimiento del Protocolo Antártico, permaneciendo esta carencia incluso en el actual proyecto de ley del Estatuto Antártico.

3.2. Su tratamiento en la Ley General de Pesca y Acuicultura

La Ley General de Pesca y Acuicultura (LGPA) N°18.892 de 1989, cuyo texto refundido y sistematizado fue recientemente promulgado en el año 2016⁴¹, conforme a su primer artículo, regula en nuestro país la preservación de los recursos hidrobiológicos y toda la actividad pesquera extractiva, de acuicultura, de investigación y deportiva, que se lleve a cabo en aguas terrestres, aguas interiores, mar territorial o zona económica exclusiva de la República y en las áreas adyacentes a ésta última sobre las que exista o pueda llegar a existir jurisdicción nacional de acuerdo con las leyes y tratados internacionales.

También quedan sometidas a esta ley las actividades pesqueras de procesamiento y transformación, y el almacenamiento, transporte o comercialización de recursos hidrobiológicos. Lo anterior es sin perjuicio de las disposiciones legales vigentes o convenios internacionales suscritos por la República, respecto de las materias o especies hidrobiológicas a las que ellos se refieran.

Los órganos competentes para la fiscalización del cumplimiento de la LGPA son el SERNAPESCA, la Armada y Carabineros, en cada una de sus jurisdicciones señaladas en el artículo 122.

Para los efectos de este trabajo, se analizará la actividad pesquera extractiva en conjunto con las actividades conexas (procesamiento, transformación, almacenamiento, transporte y comercialización). En efecto, la actividad pesquera se desarrolla como una cadena de actos consecutivos, en que primero se extraen los recursos hidrobiológicos del

⁴¹ Decreto Supremo N°430 del Ministerio de Economía, de 17 de junio de 2016.

mar, por medio de pesca industrial o artesanal, para luego ser transportados, procesados, almacenados y comercializados.

La LGPA establece requisitos para realizar operaciones de pesca industrial, así como para la pesca artesanal, en consecuencia, las actividades de pesca que se lleven a cabo sin cumplir con estas exigencias constituyen pesca ilegal al contravenir una normativa nacional.

Específicamente en el Título III que trata lo relativo al acceso a la actividad pesquera industrial, señala que, para el régimen general de acceso, cada nave requiere de una autorización de la Subsecretaría de Pesca. Luego, se exigen más requisitos para pescar en las unidades de pesquería que hayan sido declaradas en régimen de plena explotación, recuperación y desarrollo incipiente. Por su parte, el Título IV trata el régimen de acceso a la pesca artesanal (registro nacional de pescadores artesanales) y los requisitos para que excepcionalmente pescadores industriales accedan al área reservada para la pesca artesanal.

Por otro lado, la LGPA establece las medidas de administración que pueden adoptar el Ministerio de Economía y la Subsecretaría de Pesca sobre las pesquerías. Particularmente, el Ministerio, de conformidad con el artículo 3, puede incorporar mediante decreto en cada área de pesca independiente del régimen de acceso al que se encuentre sometida: vedas⁴²; establecer la prohibición de captura temporal o permanente de especies protegidas por convenios internacionales suscritos por Chile; fijar cuotas anuales de captura por especie en un área determinada o cuotas globales de captura; declarar áreas específicas y delimitadas como Parques Marinos (en tales áreas no se pueden desarrollar más actividades que las destinadas a la investigación); también puede establecer un porcentaje de desembarque de especies como fauna acompañante.

Asimismo, el artículo 6, señala que el Ministerio puede establecer, en las aguas marítimas de jurisdicción nacional, vedas extraordinarias o prohibiciones de captura mediante decreto supremo en el evento de fenómenos oceanográficos en un área o pesquería determinada que causen daño a una o más especies y el artículo 6 A señala que el Ministerio puede decretar determinadas áreas como Ecosistemas Marinos Vulnerables en las que la Subsecretaría tiene el deber de establecer las medidas que ahí se señalan⁴³.

⁴² Definida en el artículo 2 N°47.

⁴³ a) Prohibición de realizar actividades de pesca de fondo con artes, aparejos o implementos de pesca que afecten al ecosistema marino vulnerable en un área determinada (la contravención a dicha prohibición es castigada con una sanción administrativa de conformidad al artículo 40 E), b) Regulación de las características y diseño de las artes, aparejos e implementos de pesca. c) Prohibición del uso y porte de las artes y aparejos e

Por su parte el artículo 4 dispone las medidas de administración que puede adoptar la Subsecretaría de Pesca y Acuicultura entre ellas, la fijación de tamaños o pesos mínimos de extracción por especie en un área determinada y sus márgenes de tolerancia; la fijación de las dimensiones y características de las artes y los aparejos de pesca; establecimiento de uso y porte en las embarcaciones de dispositivos o utensilios para minimizar la captura de fauna acompañante o para evitar o minimizar la captura incidental, propendiendo a que la pesca sea más selectiva; establecimiento de uso y porte en las embarcaciones de utensilios para liberar ejemplares capturados incidentalmente por las artes y aparejos de pesca; y establecimiento de buenas prácticas pesqueras para evitar, minimizar o mitigar la captura incidental de mamíferos, aves y reptiles acuáticos.

Por otro lado, la LGPA desarrolla una multiplicidad de prohibiciones cuya contravención constituye, igualmente, pesca ilegal. Entre estas prohibiciones, se encuentran:

- La prohibición de desarrollar actividades pesqueras en contravención a las medidas que puede adoptar la Subsecretaría del artículo 4.
- La prohibición de realizar actividades pesqueras extractivas con artes, aparejos y otros implementos de pesca, que afecten el fondo marino, en el espacio de mar territorial y aguas interiores que señala el artículo 5⁴⁴.
- La mutilación de las aletas de cualquier especie de tiburón (*shark finning*)⁴⁵ a bordo de naves o embarcaciones de pesca o su transbordo y establece la obligación de desembarcar tales especies con las aletas total o parcialmente adheridas⁴⁶ (artículo 5 bis).

implementos de pesca a que se refiere la letra a) o que no cumplan con las características y diseño indicados en la letra b).

⁴⁴ Dentro de una franja de una milla marina, medida desde las líneas de base desde el límite norte de la República hasta el paralelo 41° 28,6' de latitud sur; y en las aguas interiores, en la forma que determine el reglamento, con excepción de la franja de mar de una milla marina medida desde la línea de más baja marea de la costa continental y alrededor de las islas. Esta prohibición regirá también en las bahías y dentro de las áreas que se delimiten con líneas imaginarias entre puntos notables de la costa mediante decreto supremo expedido por intermedio del Ministerio y previo informe técnico de la Subsecretaría. Asimismo, en virtud del principio precautorio, tratándose de montes submarinos, no se permitirá la pesca de fondo, a menos que exista una investigación científica realizada de acuerdo al protocolo y reglamento a que se refiere el artículo 6° B, que demuestre que la actividad de pesca no genera efectos adversos sobre los ecosistemas marinos vulnerables presentes en el área.

⁴⁵ Esta práctica consiste en el cercenamiento de la aleta de tiburón para posteriormente lanzarlos al mar dónde mueren por no poder nadar o por asfixia. Al año se estima que se capturan entre 100 y 150 millones de tiburones. Son vendidos principalmente en mercados asiáticos donde los utilizan para fines culinarios y farmacéuticos (Spiegel, 2000, pág. 24).

⁴⁶ Además, establece que si se encontrare una aleta de tiburón en una nave pesquera sin que esté completa y naturalmente adosada al tronco se presumirá que se ha contravenido tal artículo.

- La internación de especies en contravención a los requisitos de importación establecidos en el artículo 11 y 12 (artículo 12).
- El apozamiento⁴⁷ de recursos hidrobiológicos bentónicos en todo el litoral del país, en períodos que correspondan a su veda (artículo 49).
- El uso de redes y/o sistemas de arrastre en el área reservada para la pesca artesanal de conformidad con el artículo 47, con la excepción de las pesquerías de recursos hidrobiológicos que sólo pueden ser capturados con dichas redes o sistemas.
- La captura de especies anádromas y catádromas, provenientes de cultivos abiertos, en las aguas terrestres, aguas interiores y mar territorial, en aquellas áreas en que dichas especies inician o culminan su ciclo migratorio, ya sea como alevín o juvenil, o en su etapa de madurez apropiada para su explotación comercial⁴⁸ (artículo 70).

El artículo 107 tiene una especial relevancia, puesto que establece una prohibición general de capturar, extraer, poseer, propagar, tener, almacenar, transformar, transportar y comercializar recursos hidrobiológicos con infracciones de las normas de la LGPA y sus reglamentos o de las medidas de administración pesquera adoptadas por la autoridad, es decir, la LGPA prohíbe explícitamente desarrollar actividades pesqueras extractivas y conexas en contravención de las normas relativas a los tres niveles analizados anteriormente, a saber, el régimen de acceso (industrial o artesanal), las medidas de administración adoptadas por el Ministerio y la Subsecretaría, y las prohibiciones establecidas en la ley. Por lo tanto, el quebrantamiento a estas normas constituiría pesca ilegal bajo la definición del PAI-pesca INDNR. Asimismo, es relevante poner énfasis en que la prohibición se extiende a las acciones de poseer, propagar, tener, almacenar, transformar, transportar y comercializar recursos en contravención a las normas de la LGPA.

Las sanciones particulares que se imponen a cada una de estas conductas se encuentran establecidas en el Título IX de la LGPA y actualmente son sólo de carácter administrativo, en consecuencia, la competencia para conocer de estas infracciones recae sobre los Juzgados Civiles conforme al artículo 124 de la ley.

⁴⁷ Definido en el artículo 2 N°6 como “la acumulación de recursos hidrobiológicos bentónicos en su mismo medio de vida ya sea que estén confinados o libres, los cuales han sido removidos y trasladados desde los lugares en donde habitan en forma natural”.

⁴⁸ Las zonas sobre las que aplica se establecen mediante Decreto Supremo. Se puede exceptuar de esta prohibición mediante resolución fundada de la Subsecretaría, a las empresas de cultivo en que se verifique que se han originado dichas especies.

Al respecto la FAO en un informe de revisión de nuestra LGPA realizado en 2016 recomienda establecer sanciones que sean efectivamente disuasorias y que tengan correlación con la gravedad de las conductas, en efecto sugiere “evaluar la conveniencia de endurecer las sanciones de carácter administrativo como son la suspensión de licencias o de cuotas. En este sentido, sería adecuado considerar la posibilidad de contar con tipos infraccionales que permitan la discrecionalidad administrativa fundada (como todo acto sancionatorio)” (FAO, 2016, pág. 121).

En el ámbito penal, el título X de la LGPA establece un catálogo de delitos especiales con sus respectivas sanciones, cuyo conocimiento corresponde a los Juzgados de Garantía correspondientes, de acuerdo con el artículo 127 de la LGPA. Particularmente, los delitos que se relacionan con actividades de pesca son los siguientes:

a) La captura o extracción de recursos hidrobiológicos utilizando elementos explosivos, tóxicos u otros “cuya naturaleza provoque daño a esos recursos o a su medio” que tiene la pena de presidio menor en su grado mínimo y multa de 50 a 300 unidades tributarias mensuales (artículo 135);

b) Dar muerte o realizar actividades de caza o captura de un ejemplar de cualquier especie de cetáceo que tiene la pena de presidio mayor en su grado mínimo y comiso sin perjuicio de otras sanciones administrativas. También se sanciona al que tenga, posea, transporte, desembarque, elabore o efectúe cualquier proceso de transformación, así como comercialice o almacene estas especies vivas o muertas o parte de éstas, con la pena de comiso y presidio menor en su grado medio (artículo 135 bis);

c) Introducir, investigar, cultivar, importar o comercializar especies hidrobiológicas genéticamente modificadas sin contar con la debida autorización es sancionado con presidio menor en su grado mínimo y multa⁴⁹. Al que lo introduzca a cualquier cuerpo de agua sin la autorización correspondiente se le sanciona con presidio menor en su grado medio y multa⁵⁰ y si generare daño al medio ambiente la pena aumente en un grado (artículo 136);

d) Procesar, apozar, elaborar, transformar y almacenar recursos hidrobiológicos vedados, y el almacenamiento de los recursos hidrobiológicos vedados, así como de productos derivados de éstos, tiene la pena de multa, clausura

⁴⁹ 100 a 3.000 UTM.

⁵⁰ 500 a 5.000 UTM.

y al gerente o administrador del local en que se hubiere cometido la infracción se le sanciona con pena de presidio menor en su grado mínimo y una multa personal (artículo 139), y;

e) Extraer o capturar por cualquier medio recursos hidrobiológicos provenientes de un área de manejo de explotación de recursos bentónicos, sin ser titular de los derechos a que se refiere el inciso final del artículo 55 de la Ley, es sancionado con comiso y las multas y penas establecidas para el delito de hurto de conformidad con el artículo 446 del Código Penal, según el valor de los recursos extraídos, y si fuere pescador artesanal con la suspensión de la inscripción artesanal por dos años (artículo 139 bis).

La relevancia de estos delitos radica en que, si bien sancionan contravenciones a las prohibiciones establecidas en la propia LGPA y por ello constituirían pesca ilegal, en una eventual tipificación general del delito de pesca ilegal, estas conductas deberían quedar excluidas del tipo debido a que son sancionadas de manera particular y autónoma, es decir, existe un concurso aparente al tratarse de un caso de especialidad (Politoff, Matus, & Ramírez, 2003, pág. 458) y no podrían sancionarse además por el delito de pesca ilegal sin contravenir el principio de *non bis in idem*.

3.3. Proyectos de ley que modifican la LGPA:

Actualmente existen dos iniciativas legislativas que son de gran trascendencia en este tema. Por un lado, está el Proyecto que moderniza y fortalece el ejercicio de la función pública del Servicio Nacional de Pesca (Boletín N°10482-21), que tiene relevancia ya que modifica el artículo 2 de la LGPA e introduce la definición de pesca ilegal y nuevos tipos penales. Por otro lado, el Proyecto de ley de Boletín N°10444-21 que modifica la LGPA en el sentido de tipificar los delitos de pesca ilegal y el de receptación de especies hidrobiológicas de origen ilícito.

En un análisis de ambos proyectos la FAO recomendó tener en consideración la relevancia de aplicar una correcta técnica legislativa al establecer la tipicidad de las conductas sancionadas aplicando proporcionalidad entre la sanción y el ilícito cometido, a fin de evitar leyes penales en blanco, e instó a avanzar en la pronta aprobación de los

elementos en estas iniciativas legales que efectivamente permitan mejorar el sistema sancionatorio y delictual de la LGPA (FAO, 2016, pág. 65).

3.3.1. Proyecto que Moderniza y fortalece el ejercicio de la función pública de SERNAPESCA

Si bien ambos proyectos fueron ingresados en el año 2015, el más avanzado es éste, ya que se encuentra ad portas de finalizar su segundo trámite constitucional. En general, el proyecto otorga nuevas herramientas a SERNAPESCA para combatir la pesca ilegal mediante una mayor fiscalización y una adecuación de las infracciones y sanciones dispuestas por la actual Ley de Pesca, estableciendo nuevas sanciones penales.

En particular, el proyecto modifica la LGPA, añadiendo el numeral 72 al artículo 2 para definir la pesca ilegal de la siguiente manera:

“Actividad pesquera extractiva efectuada en aguas bajo la jurisdicción nacional o en alta mar, sea utilizando o no embarcaciones nacionales o extranjeras, en contravención a la normativa pesquera nacional vigente o a aquella establecida por organismos regionales o internacionales de los cuales Chile es parte. También se considera como pesca ilegal el uso de recursos hidrobiológicos contraviniendo la normativa nacional vigente en las actividades de transformación, elaboración, transporte, almacenamiento y comercialización de recursos hidrobiológicos o productos derivados de éstos.”

Sin perjuicio de que constituye un gran avance que se incorpore en nuestra ley una definición de pesca ilegal, puesto que difícilmente se pueden alcanzar los fines perseguidos mediante la cooperación internacional si esta última no tiene una consecuencia en el derecho interno, sería deseable que también se añadieran las definiciones de “Pesca No Declarada” y “No Reglamentada” de manera diferenciada⁵¹ y en línea con el PAI-pesca INDNR y el Acuerdo FAO sobre Medidas del Estado Rector de Puerto destinadas a prevenir, desalentar y eliminar la pesca INDNR del que Chile forma parte a efectos de evitar confusiones,

⁵¹ Sin perjuicio del texto actual, durante su tramitación en el Senado, han habido indicaciones como la del Senador De Urresti, en el sentido de definir tanto la pesca ilegal, no declarada y no reglamentada como: “actividad pesquera extractiva efectuada en aguas bajo la jurisdicción nacional o en alta mar, sea utilizando o no embarcaciones nacionales o extranjeras, que: a) no sea informada al servicio en la forma que los reglamentos y leyes establecen, impidiendo o entorpeciendo su fiscalización; b) se realice sin un permiso de pesca inscrito en los registros respectivos y que se encuentre vigente; c) se efectúe durante los períodos de veda que la autoridad administrativa determine; d) sea extraída bajo la talla mínima establecida; e) sea realizada utilizando artes de pesca prohibidos o no autorizados; f) contravenga los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes relativos a la pesca ilegal, no declarada y no reglamentada.” (Senado, 2015, pág. 3).

recomendación que hizo igualmente la FAO en un análisis de estos proyectos (FAO, 2016, pág. 64).

Por otro lado, la definición particular que el proyecto da sobre pesca ilegal se diferencia con la dada en el PAI-pesca INDNR, en que no incluye específicamente la vulneración de obligaciones internacionales⁵², sin embargo, dicha omisión podría ser salvada puesto que como ya se analizó, los tratados internacionales son incorporados a nuestro derecho y tienen jerarquía de ley, por lo tanto, su contravención también supone una contravención a la normativa nacional vigente.

Sumado a lo anterior, este proyecto añade nuevos tipos infraccionales (sancionados administrativamente) que superarían la falencia de nuestra legislación actual, que no contempla actualmente infracciones específicas para los elaboradores y comercializadores que no se inscriban en el registro llevado por el Servicio, así como para el procesamiento y almacenamiento que no acredite origen legal, que son etapas en las que se encuentra el incentivo económico de esta actividad. En efecto, el artículo 114 bis del proyecto se refiere a:

“El que elabore o comercialice recursos hidrobiológicos o productos derivados de ellos, sin estar inscrito en el registro que lleva el Servicio en los casos que corresponda será sancionado con multa de 50 a 100 unidades tributarias mensuales. En estos casos, el establecimiento permanecerá cerrado mientras se regulariza la inscripción ante el Servicio.”

El artículo 114 ter que sanciona a:

“El que procese, elabore o almacene recursos hidrobiológicos o productos derivados de ellos respecto de los que no se acredite su origen legal (...)” y a “El que comercialice recursos hidrobiológicos o productos derivados de ellos, sin acreditar el origen legal de los mismos (...)”.

Y el artículo 114 quáter, se refiere a:

“El que tenga en su poder, a cualquier título, recursos hidrobiológicos y no acredite su origen legal, será sancionado con la multa a que se refiere la letra b) del artículo 114 ter, sea que se trate o no de recursos hidrobiológicos sometidos a cuotas de captura.”

Todas estas infracciones contemplan únicamente sanciones administrativas de multa, con la salvedad establecida en el artículo 114 ter inciso tercero, que al tratarse de un recurso hidrobiológico que se encuentre en estado de colapsado o sobreexplotado se sancionará penalmente conforme al artículo 139 ter contenido en el proyecto.

⁵² De igual forma, el senado de Urresti hizo la misma indicación (Senado, 2015, pág. 3).

En efecto, el proyecto crea nuevos tipos penales relativos a la pesca ilegal propiamente tal, establecidos en los artículos 139 ter, 139 quáter y 140 bis; y modifica los ya existentes tipos penales consagrados en los artículos 139 y 139 bis.

El nuevo artículo 139 ter sanciona a:

“El que procese, elabore o almacene un recurso hidrobiológico que se encuentra en estado de colapsado o sobreexplotado, según el informe anual de la Subsecretaría a que se refiere el artículo 4 A, o productos derivados de ellos, respecto de los cuales no se acredite su origen legal (...)”.

En cualquiera de estas hipótesis (procesamiento, elaboración y/o almacenamiento), se sancionará con la pena de presidio menor en su grado medio y una multa de 30 a 2.000 unidades tributarias mensuales.

Asimismo, el inciso segundo sanciona la comercialización de dichos recursos hidrobiológicos o productos derivados de ellos, respecto de los cuales no se acredite su origen legal, pero con una pena menor a la del inciso anterior, de presidio menor en su grado mínimo y una multa, cuyo valor variará dependiendo si se trata de comercializadores inscritos en el registro que lleva el Servicio conforme al artículo 65 (multa de 30 a 2.000 UTM) o si se trata de comercializadores que no deban inscribirse en dicho registro (multa de 10 a 100 UTM).

En todos estos casos, si quien incurre en la conducta es una persona jurídica, responderán por ella sus gerentes o administradores, o quienes hagan las veces de éstos, y procederá el comiso de los recursos y derivados objetos del delito.

Además, la norma contempla dos particularidades en cuanto a sus efectos penales. Por un lado, dispone una norma especial respecto a los casos de reincidencia de los delitos antes descritos, que consiste en la cancelación de la inscripción de la planta, elaborador o comercializador infractor por el plazo de 5 años. Por el otro, señala que las conductas típicas a las que se refiere el artículo que hayan sido cometidas para el consumo de subsistencia⁵³ (una especie de estado de necesidad especial), se castigarán exclusivamente con sanciones administrativas y no penales, en referencia a las establecidas en el artículo 114 C.

En tanto, el nuevo artículo 139 quáter viene a sancionar la receptación como contrapartida a la comercialización de las mismas especies, en cuanto señala que:

⁵³ La ley entiende por consumo de subsistencia aquel de carácter personal y próximo en el tiempo.

“El que tenga en su poder, a cualquier título, recursos hidrobiológicos de que trata el artículo 139 ter y no acredite su origen legal, será sancionado con una multa equivalente a multiplicar hasta dos veces el valor sanción de la especie respectiva, vigente a la fecha de la denuncia, por la cantidad de recursos hidrobiológicos objeto de la infracción, reducida a toneladas de peso físico. En este caso procederá siempre el comiso de los recursos hidrobiológicos y de los productos derivados de éstos que hayan sido objeto de la infracción.”.

Por su parte, haciéndose cargo del carácter de crimen organizado y trasnacional que posee la pesca INDNR, el artículo 140 bis señala:

“Los que se asociaren u organizaren con el objeto de llevar a cabo una o más de los delitos contenidos en el Título X serán sancionados:

- a) Con presidio mayor en su grado mínimo, al que financie, ejerza el mando o dirección, o planifique los actos que se propongan.
- b) Con presidio menor en su grado mínimo a medio, al que suministre vehículos, naves, artefacto naval, aeronaves, artes o aparejos de pesca y cualquier otro elemento necesario para realizar la faena pesquera, inmuebles, establecimientos, contenedores, cajas, instrumentos, alojamiento, escondite, lugares de reunión, o colabore de cualquier otra forma para la consecución de los fines de la organización.

Para los efectos de lo dispuesto en este artículo, la asociación se entenderá efectivamente organizada en atención a la cantidad de sus miembros, su dotación de recursos y medios, así como su capacidad de planificación e incidencia sostenida en el tiempo. Cuando la asociación hubiere formado una persona jurídica o utilizado una existente, se podrá imponer, además, como consecuencia accesoria de la pena impuesta a los responsables individuales, la disolución o cancelación de la personalidad jurídica.”

En lo relativo a las modificaciones que se hacen a los ya existentes artículos 139 y 139 bis, el primer artículo quedaría de la siguiente forma:

“El procesamiento, el apozamiento, la elaboración, la transformación, el transporte, la comercialización y el almacenamiento de recursos hidrobiológicos vedados, así como también la elaboración, el transporte y almacenamiento de productos derivados de éstos, serán sancionados con multa de 3 a 4 veces el resultado de la multiplicación del valor de sanción de la especie respectiva, vigente a la fecha de la denuncia o querrela, por la cantidad de producto o recurso hidrobiológico objeto de la infracción, reducida a toneladas de peso físico de recurso, y además con la clausura del establecimiento o local en que se hubiere cometido la infracción, hasta por un plazo de 30 días.

El gerente y el administrador del establecimiento industrial serán sancionados con la pena de presidio menor en su grado mínimo, y personalmente con una multa de 3 a 150 unidades tributarias mensuales.

En caso de reincidencia en las infracciones de este artículo, las sanciones pecuniarias se duplicarán.

Si se tratara de recursos hidrobiológicos en estado colapsado o sobreexplotado y la conducta descrita en el inciso primero fuera cometida con dolo, se aplicará lo dispuesto en el artículo 139 ter.”.

Por su parte, el artículo 139 bis, es reemplazado por el siguiente texto:

“El que realice actividades extractivas, con o sin resultado de capturas, en áreas de manejo y explotación de recursos bentónicos, sin ser titular de los derechos a que se refiere el inciso final del artículo 55 B de esta ley, será sancionado con la pena de presidio mayor en su grado mínimo.

En caso que hubiere capturas se castigará, además, con la pena de multa equivalente al doble del resultado de la multiplicación del valor sanción de la especie respectiva, vigente a la fecha de la denuncia, por la cantidad de recursos hidrobiológicos objeto de la infracción, reducida a toneladas de peso físico.

En el caso que quien hubiere cometido este delito tuviere la calidad de pescador artesanal, se suspenderá, además, la inscripción en el registro pesquero artesanal por dos años, contados desde la fecha en que quede ejecutoriada la sentencia.

La conspiración para cometer este delito será sancionada con la pena asignada al delito rebajada en un grado.

El delito se sancionará como consumado desde que haya principio de ejecución.

El tribunal ordenará el comiso de los equipos de buceo, de las embarcaciones y de los vehículos utilizados en la perpetración del delito.”.

Los textos de los artículos analizados, aprobados por el Senado en general y por la Comisión de Intereses Marítimos, Pesca y Acuicultura, en particular los que contienen disposiciones penales, han sido objeto de nuevas indicaciones en la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, impulsadas por el Senado y el Ejecutivo y que van en la línea de que al tratarse de actividades empresariales las especificaciones en la responsabilidad de gerentes y administradores, asociaciones y organizaciones y exclusiones de la pesca no industrial, pasan por alto la existencia de delitos de asociación ilícita, reglas generales de imputación para el caso de personas jurídicas y la existencia de una ley que establece penas y procedimientos especiales para hacer efectiva la responsabilidad penal de las personas jurídicas apropiados para fenómenos como el que se pretende regular, es decir, la criminalidad organizada y empresarial. Por lo tanto, se plantea una revisión de estas disposiciones y la necesidad de incorporar estos delitos al artículo 1° de la Ley 20.393 que establece la responsabilidad penal de las personas jurídicas (Matus J.-P. , Comunicación personal 10 de enero de 2018, pág. 4).

En particular, respecto al artículo 139 y 139 bis en la Comisión⁵⁴ se han hecho observaciones referentes a que la multa debería fijarse en UTM, agregarse la expresión “sin perjuicio de las sanciones administrativas que correspondan”. Específicamente en el artículo 139 que deberían eliminarse la sanción de clausura administrativa y el inciso 2° por ser un privilegio injustificado para gerentes y administradores. Y en particular en el artículo 139

⁵⁴ Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento.

bis que las penas corporales deberían ser en el inciso primero presidio menor en su grado medio a máximo y, en el segundo, presidio menor en su grado máximo. Finalmente, respecto al artículo 140 se sugiere agregar un inciso o un artículo 140 bis que hiciera aplicable a las personas jurídicas las reglas de la Ley 20.393 (Matus J.-P. , Comunicación personal, 24 de enero, 2018, págs. 1-2).

3.3.2. Proyecto que penaliza la pesca ilegal

Diferente es el caso del proyecto de ley que modifica la LGPA tipificando la pesca ilegal, que no obstante haber sido presentado en el mismo año que el proyecto anterior, aún se encuentra en el primer trámite constitucional en la Cámara de Diputados, pese a que es de suma importancia puesto que sanciona como delito la pesca ilegal, añadiendo el artículo 140 bis y también tipifica la receptación de especies extraídas con vulneración de la normativa vigente en el artículo 140 ter.

Respecto al tipo penal de pesca ilegal se describe de la siguiente forma:

“Artículo 140 bis: El que dolosamente realice u ordene la realización de actividades pesqueras extractivas, de procesamiento o elaboración, de transporte, comercialización o almacenamiento de recursos hidrobiológicos y sus productos, con o sin embarcación, o bien por embarcaciones nacionales o extranjeras en aguas bajo la jurisdicción nacional o en alta mar, en contravención a las leyes u otras disposiciones de carácter general, será sancionado con presidio menor en su grado medio.

El que culposamente incurriese en alguna de las conductas del inciso anterior será sancionado con presidio menor en su grado mínimo.

Lo señalado precedentemente será aplicable, sin perjuicio de las sanciones establecidas en la Ley General de Pesca y Acuicultura indicadas en el Título IX ‘Infracciones, Sanciones y Procedimientos’, Párrafo 1º De las infracciones y Sanciones. (...)”.

La enorme relevancia que tiene esta tipificación es que las conductas que constituyen contravenciones a las disposiciones y prohibiciones de la LGPA y que actualmente están sancionadas únicamente de manera administrativa, ahora pueden ser consideradas como delito de pesca ilegal (salvo las que ya se sancionan penalmente de manera autónoma) y consecuentemente se les puede aplicar esta pena sin perjuicio de las sanciones

administrativas que actualmente tienen, conforme lo señala el propio artículo y sin vulnerar el principio *non bis in ídem*⁵⁵ (Matus Acuña & Ramírez Guzmán, 2015, pág. 152).

Así, con esta norma serían punibles las actividades de pesca que infrinjan las prohibiciones de captura, extracción, transporte, comercialización, transformación, y/o almacenamiento de la LGPA, sus reglamentos y las medidas de administración adoptadas por el Ministerio de Economía y la Subsecretaría de Pesca. A modo ilustrativo, sería constitutivo de este delito:

- Realizar pesca industrial sin la correspondiente autorización o permiso, o en contravención a éstos.
- Realizar pesca artesanal sin estar inscritos en el respectivo registro artesanal o en contravención a lo establecido en la inscripción.
- Realizar capturas en una nave industrial en el área reservada para la pesca artesanal sin contar con las autorizaciones de los artículos 47⁵⁶ y 47 bis⁵⁷.
- Sobrepasar las cuotas anuales de captura por especie o cuotas globales de captura fijadas por el Ministerio conforme al artículo 3 letra c.
- Capturar contraviniendo las medidas adoptadas por la Subsecretaría en un área que haya sido declarada por el Ministerio como Ecosistema Vulnerable.
- Capturar con artes o aparejos prohibidos por la Subsecretaría y, en consecuencia, contraviniendo el artículo 4 de la ley.
- Operar sin los dispositivos o utensilios fijados por la Subsecretaría, para disminuir la captura de fauna acompañante y la captura incidental, o para liberar los especímenes capturados de tal forma.
- Operar contraviniendo las buenas prácticas pesqueras para evitar, minimizar o mitigar la captura incidental de mamíferos, aves y reptiles acuáticos establecidas por la Subsecretaría.
- Utilizar artes o aparejos que afecten el fondo marino en el área en está prohibido hacerlo de conformidad con el artículo 5.

⁵⁵ El Tribunal Constitucional ha señalado que esto es posible en la sentencia Rol N°20402-2013 de fecha 26 de noviembre de 2013.

⁵⁶ Permiso excepcional de pescadores industriales para realizar actividades en la zona reservada para la pesca artesanal.

⁵⁷ Autorización transitoria para el ejercicio de actividades de pesca en el área reservada para la pesca artesanal por embarcaciones de una eslora mayor a 12 metros.

- Realizar mutilación de aletas de tiburones, así como la transformación, transporte, posesión, tenencia, comercialización y almacenamiento de éstas, contraviniendo la prohibición establecida en el artículo 5 bis.
- Utilizar redes o sistemas de arrastre en el área reservada para la pesca artesanal, salvo las excepciones establecidas en el artículo 47.
- Capturar transgrediendo las medidas para la instalación de colectores u otras formas de captación de semillas en bancos naturales de recursos hidrobiológicos establecidas en el artículo 48 letra c.
- El procesamiento, el apozamiento, la elaboración, la transformación y el almacenamiento de los recursos bentónicos extraídos de un área de manejo y obtenidos en contravención a la normativa que rige tal medida de administración (artículo 49).
- Capturar en alta mar enarbolando el pabellón chileno con infracción de los tratados y convenciones internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.
- Realizar descarte que no corresponda al señalado en el párrafo 1 bis del Título II.
- Ser nacional chileno y embarcarse, a sabiendas, en naves de pesca sin nacionalidad, que no enarbolem pabellón, o en aquellas que se encuentren incluidas en listados⁵⁸ que realizan pesca ilegal, elaborados por organizaciones competentes y avaladas por los Estados Partes, o en virtud de tratados de los cuales Chile es parte, salvo en casos de fuerza mayor debidamente justificada.
- La extracción, procesamiento, transporte, comercialización, tenencia y almacenamiento de:
 - a) Recursos hidrobiológicos vedados (en este caso sólo la extracción y tenencia porque las demás conductas son sancionadas conforme al artículo 139).
 - b) Especies protegidas por convenios internacionales de los cuales Chile sea parte y sobre las cuales el Ministerio haya decretado la prohibición de captura temporal o permanente.
 - c) Recursos hidrobiológicos pertenecientes ubicados en Parques Marinos, puesto que se prohíbe hacer cualquier tipo de actividad en tales áreas salvo con fines científicos y no lucrativos, según señala el artículo 3.

⁵⁸ Los listados indicados en el inciso anterior serán publicados en la página web de la Subsecretaría, y producirán sus efectos transcurridos diez días desde su publicación.

- d) Especies hidrobiológicas en calidad de fauna acompañante en una proporción superior a la establecida en el Decreto Supremo correspondiente, adoptado como medida de administración o prohibición del Ministerio.
- e) Especies por debajo del peso o talla mínima de extracción y en exceso del margen de tolerancia establecido para cada especie en un área determinada por la Subsecretaría de Pesca.
- f) Especies anádromas y catádromas, provenientes de cultivos abiertos, en las aguas terrestres, aguas interiores y mar territorial, en aquellas áreas en que dichas especies inician o culminan su ciclo migratorio, ya sea como alevín o juvenil, o en su etapa de madurez apropiada para su explotación comercial.

Por otro lado, el proyecto igualmente incluye la receptación de especies extraídas con vulneración a la normativa vigente de la siguiente manera:

“Artículo 140 ter: El que conociendo su origen o no pudiendo menos que conocerlo, tenga en su poder, a cualquier título especies hidrobiológicas obtenidas de la pesca ilegal, las transporte, compre, venda, transporte o comercialice en cualquier forma aun cuando ya se hubiese dispuesto de ellos, sufrirá la pena de presidio menor en cualquiera de sus grados y multa de 5 a 100 UTM.

En cuanto a la determinación de la pena será aplicable en lo pertinente lo dispuesto en el Artículo 456 Bis A del Código Penal.”

La introducción de este tipo penal podría generar confusiones respecto a la responsabilidad penal de las personas jurídicas puesto que la ley 20.393 en su artículo 1° señala entre los delitos que generan esta responsabilidad a la receptación. Sin embargo, no aplica en este caso puesto que el listado de delitos de la norma es taxativo y hace referencia únicamente a la receptación tratada en el artículo 456 bis A del Código Penal, es decir, especies robadas, hurtadas y objeto de abigeato, no pudiendo extenderse a aquellas especies que son producto de la pesca ilegal de este tipo especial de receptación sin vulnerar el principio de legalidad. Asimismo, podría ser equívoco que el artículo 140 ter del proyecto haga referencia al artículo 456 bis A del Código Penal, sin embargo, esta remisión es sólo una norma dirigida al juez para la determinación de la pena, pero no la hace equiparable a esa figura penal. En consecuencia, si se quiere abarcar el carácter organizacional de este delito, sancionar a las personas jurídicas e incentivar la autorregulación a través de

programas de cumplimiento, es necesario modificar la ley 20.393 y añadir específicamente este tipo de receptación.

CAPÍTULO 4: PROBLEMA DE LA APLICACIÓN DE LA JURISDICCIÓN CHILENA SOBRE LA PESCA INDNR

4.1 Jurisdicción

Como ya se ha analizado, la pesca INDNR está conformada por una multiplicidad de actos que se desarrollan consecutivamente y pueden ocurrir cada uno en distintos lugares del mundo⁵⁹ (por ejemplo, los recursos hidrobiológicos pueden ser capturados ilegalmente en Chile por un barco que enarbole bandera china, ser transportados y procesados por un barco filipino para terminar siendo comercializado en los mercados europeos). Es por lo anterior, que a partir de una eventual tipificación de pesca INDNR surgen las preguntas de hasta qué punto nuestro país tiene jurisdicción para sancionar estos delitos cuando son cometidos por nacionales o extranjeros, en el mar territorial o más allá de este.

Primero que todo, la idea de jurisdicción es una de las tres manifestaciones de la soberanía y es consustancial al territorio de un Estado, es decir, “la soberanía confía el ejercicio del poder judicial a la autoridad, cuyo conjunto sistemático se denomina ‘orden judicial’. La potestad que cada una de estas autoridades despliega, en el ejercicio de sus funciones, se llama jurisdicción” (Fontecilla Riquelme, 1978, pág. 59)

El término "jurisdicción" tiene su origen etimológico en el latín "*jurisdictio*", que significa “decir el derecho” lo que implica en palabras de (Carnelutti, 1961, pág. 34) el poder-potestad de "*dicere ius super partes*".

Particularmente, la jurisdicción penal para (Chiovenda, 1925, pág. 366) “consiste en la substitución de los órganos jurisdiccionales a los órganos administrativos para la afirmación de la existencia de la voluntad de ley de que el reo sea castigado”. En cambio, para (Carnelutti, 1961, pág. 145) “la jurisdicción penal es la que se manifiesta en el proceso penal mediante la comprobación del delito y la aplicación de la pena”.

⁵⁹ En este sentido puede ser considerado análogo al delito de tráfico de estupefacientes que se clasifica dentro de los “delitos de emprendimiento o de empresa en los cuales el comportamiento delictivo consiste en una intervención cuantitativamente indeterminada en una empresa jurídica ya existente, o iniciada por el autor” (Matus J.-P. , 1996, pág. 121).

En el derecho comparado, la jurisdicción penal se sustenta en varios principios (territorial, extraterritorial e internacional) (Corzo Aceves & Corzo Aceves, 2008, pág. 40). Particularmente, el principio internacional es aquel que ejercen los Tribunales Internacionales en virtud de la aceptación de jurisdicción por los Estados o por mandato del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, no es aplicable a la pesca INDNR puesto que no existen Tribunales Internacionales que persigan estos delitos, así como tampoco este delito tiene el carácter de internacional, es únicamente transnacional.

Respecto a la extraterritorialidad, es aquel principio que permite a los tribunales ejercer jurisdicción fuera de su territorio, particularmente nuestro país podría tener jurisdicción, en virtud de la personalidad activa, sobre los nacionales que se embarquen en naves sin nacionalidad⁶⁰ o de las que se encuentran incluidas en listados de pesca INDNR, en virtud del artículo 115 bis de la LGPA así también sobre los buques que enarbolan la bandera chilena en virtud del artículo 6 N°4 del Código Orgánico de Tribunales.

Por su parte, el principio de la territorialidad es aquel principio que otorga competencia a los órganos jurisdiccionales de un Estado sobre los delitos cometidos o que tengan efectos en su territorio nacional, esto porque en Chile se sigue la teoría de la ubicuidad (Politoff, Matus, & Ramírez, 2003, pág. 119), es decir, la ley chilena sería aplicable tanto si el delito sólo fue consumado en el país, así como si sólo se dio principio a su ejecución aquí, quedando fuera de toda duda que también aplica cuando ocurren ambas cosas dentro del territorio nacional. Específicamente, el artículo 5° del Código Penal señala que “la ley penal chilena es obligatoria para todos los habitantes de la República, incluso los extranjeros.”, en consecuencia, el territorio sirve como vínculo entre la conducta delictiva y la jurisdicción de un Estado (Corzo Aceves & Corzo Aceves, 2008, pág. 44).

Para poder entender los alcances del principio de territorialidad en nuestro país, se debe precisar qué se entiende por territorio nacional. En efecto, “El territorio de Chile es el espacio de tierra, mar y aire sujeto a la soberanía del Estado, según el derecho internacional.” (Politoff, Matus, & Ramírez, 2003, pág. 116). Específicamente la segunda parte del artículo 5 del Código Penal, establece que “los delitos cometidos dentro del mar territorial o adyacente quedan sometidos a las prescripciones de este Código.”

⁶⁰ Esto es discutible, puesto que, conforme al derecho internacional, las personas que se embarcan en naves sin nacionalidad quedan sujetas a la jurisdicción de cualquier Estado.

El Derecho Internacional reconoce seis zonas marítimas: el mar territorial, zona contigua, zona económica exclusiva (ZEE), plataforma continental, alta mar y el fondo de mar o la “zona”.

De modo general, se reconoce que los Estados costeros tienen diferentes derechos sobre el mar territorial, la zona contigua, la plataforma continental y la ZEE (Corzo Aceves & Corzo Aceves, 2008, pág. 48). En cambio, no así para el “alta mar” puesto que tiene el carácter de *res nullius* (cosa de nadie) y tampoco sobre “la zona” que se considera *como res communis* (cosa de todos).

4.1.1. Mar Territorial

Sobre el mar territorial, el artículo 3 de la CONVEMAR establece que todo Estado con litoral tiene derecho a establecer la anchura de su mar territorial de una distancia que no exceda las 12 millas medidas desde la correspondiente línea base, consecuentemente el artículo 593 del Código Civil señala que el mar territorial es la franja de mar que baña nuestras costas “hasta la distancia de doce millas marinas medidas desde las respectivas líneas de base”.

Este espacio queda sujeto a la completa soberanía del Estado ribereño, que se extiende además por el suelo subsuelo y el espacio aéreo que lo cubre. En consecuencia, la jurisdicción sobre hechos cometidos en este espacio es igual a la que se tendría si hubiesen sido cometidos en el espacio terrestre nacional. Por consiguiente, el mar territorial queda sujeto a sus leyes y reglamentos, además el Estado ribereño tiene derecho exclusivo de pesca y exploración de sus recursos naturales y derecho a reservar el cabotaje a sus nacionales. La única excepción a la soberanía es el derecho de paso inocente establecido en los artículos 18 y 19 de la CONVEMAR, éste último señala que el paso se considera inocente mientras no sea perjudicial para la paz, orden o seguridad del Estado ribereño y seguidamente señala cuándo el paso de un buque extranjero es pernicioso para la paz y entre las acciones que enumera está cualquier actividad de pesca, por lo que no aplicaría tal excepción a la soberanía y la jurisdicción del Estado ribereño para sancionar la pesca ilegal.

En lo relativo específicamente a la jurisdicción penal, el artículo 27 de la CONVEMAR señala que no debería ejercerse sobre un buque extranjero que pase por el mar territorial salvo en los siguientes casos: cuando el delito tenga consecuencias en el Estado

riberaño; cuando el delito sea de tal naturaleza que pueda perturbar la paz del país o el buen orden en el mar territorial; cuando el capitán del buque o un agente diplomático o funcionario consular del Estado del pabellón hayan solicitado la asistencia de las autoridades locales; o cuando tales medidas sean necesarias para la represión del tráfico ilícito de estupefacientes o de sustancias sicotrópicas.

En consecuencia, el Estado costero sí tiene jurisdicción para juzgar penalmente a quienes cometan actos de pesca INDNR en el mar territorial, sean nacionales o extranjeros, puesto que estas actividades al contravenir la normativa nacional, tiene efectos sobre el Estado riberaño (sobre su economía, perjudica a sus nacionales que se dedican a esta actividad, sobre el ecosistema, etc.) asimismo las actividades de pesca en mar territorial realizada por embarcaciones extranjeras son perjudiciales para la paz, de conformidad con el artículo 19 de la CONVEMAR.

4.1.2. Zona Contigua

Por otro lado, la zona marítima contigua es la que se establece en el artículo 33 de la CONVEMAR y el artículo 593 del Código Civil, que señala: “para objetos concernientes a la prevención y sanción de las infracciones de sus leyes y reglamentos aduaneros, fiscales, de inmigración o sanitarios, el Estado ejerce jurisdicción sobre un espacio marítimo denominado zona contigua, que se extiende hasta la distancia de veinticuatro millas marinas, medidas de la misma manera” que el mar territorial. Consecuentemente en este espacio el Estado riberaño puede tomar medidas necesarias de fiscalización sólo para prevenir las infracciones de sus leyes y reglamentos aduaneros, fiscales, de inmigración o sanitarios que pudieren cometerse en su territorio o en su mar territorial y en opinión de la doctrina mayoritaria⁶¹ tiene jurisdicción penal para sancionar las infracciones de esos reglamentos (las leyes aduaneras, fiscales, de inmigración y sanitarias) cometidas en su territorio o en su mar territorial (Politoff, Sergio; Matus, Jean-Pierre, 1999, pág. 265).

⁶¹ Excepcionalmente (Carlos Palma, 1999, pág. 274) opina que “El art. 593 del C.C., segunda parte, no debe ser entendido como un caso de aplicación extraterritorial de la ley penal chilena por aplicación del art. 6° del C.P., sino sólo como la ampliación de las facultades policíacas, y, por tanto, la autorización para adoptar en la zona contigua todas las medidas de fiscalización que se estime conveniente para prevenir y sancionar las infracciones a las leyes y reglamentos aduaneros, fiscales, de inmigración o sanitarias cometidos en el territorio chileno o mar territorial.”

En suma, nada se dice respecto a la jurisdicción que podría tener relación con la pesca INDNR, sólo tienen una relación indirecta con la pesca ilegal (el tráfico de personas o regulación sanitaria que se exige en los mercados para la comercialización de productos marinos), pero no es una regulación directa de este delito, sino que de asuntos relacionados, por lo tanto el Estado chileno no tiene jurisdicción en este espacio para perseguir esta conducta en particular.

4.1.3. Zona Económica Exclusiva

Respecto a la ZEE⁶², su tratamiento tiene importancia porque más de un 90% de la pesca mundial se desarrolla en la ZEE y cubre el 36% de los océanos (Llanos Mansilla, 1991, pág. 356). Debido al reconocimiento por la comunidad internacional de la tesis de 200 millas recogida en el artículo 57 de la CONVEMAR, se modificó el artículo 596 del CC, que señala: “El mar adyacente que se extiende hasta las doscientas millas marinas contadas desde las líneas de base a partir de las cuales se mide la anchura del mar territorial y más allá de este último, se denomina zona económica exclusiva. En ella el Estado ejerce derechos de soberanía para explorar, explotar, conservar y administrar los recursos naturales vivos y no vivos de las aguas suprayacentes al lecho, del lecho y el subsuelo del mar, y para desarrollar cualesquiera otras actividades con miras a la exploración y explotación económica de esa zona.”

Pese a que se utilice el concepto de soberanía, no es igual al mar territorial⁶³, sino que un espacio marítimo *sui generis* orientado a propósitos económicos. En efecto, el artículo 56 de la CONVEMAR señala los derechos que tiene el Estado ribereño en la ZEE entre los cuales sólo se encuentran los derechos de soberanía orientados a fines de exploración y explotación, conservación y administración de los recursos naturales⁶⁴, tanto

⁶² Históricamente surge a partir de actos unilaterales que llevaron a su reconocimiento por la comunidad internacional, entre los cuales se encuentran la Declaración de Trumann (1945), Declaración de Gabriel González Videla (1947), la Declaración de Santiago (1952)⁶², la Declaración de Montevideo (1970), la Declaración de Lima (1970) y La Declaración de Santo Domingo (1972).

⁶³ De hecho, en la zona económica exclusiva, todos los Estados, sean ribereños o sin litoral, gozan las libertades de navegación y sobrevuelo y de tendido de cables y tuberías submarinos, y de otros usos del mar internacionalmente legítimos relacionados con dichas libertades, tales como los vinculados a la operación de buques, aeronaves y cables y tuberías submarinos.

⁶⁴ En lo relativo a la conservación y utilización de los recursos vivos marinos los artículos 61 y 62 señalan que el Estado ribereño determina la captura permisible de éstos en su ZEE con miras a asegurar que su preservación no se vea amenazada por un exceso de explotación.

vivos como no vivos de las aguas suprayacentes al lecho y del lecho y el subsuelo del mar, y con respecto a otras actividades con miras a la exploración y explotación económica de la zona, tal como la producción de energía derivada del agua de las corrientes y de los vientos, además de otros derechos y deberes contenidos en la misma Convención.

Respecto a la conservación y administración de los recursos naturales en esta zona el Estado ribereño determina la captura permisible y su propia capacidad de captura que, en caso de ser menor a la permitida, abrirá espacio a buques extranjeros mediante acuerdos, concesiones, etc. Además, el Estado puede adoptar medidas de conservación y administración para que los recursos no se vean amenazados por un exceso de explotación.

Específicamente respecto de la jurisdicción, la Convención señala que el Estado ribereño tiene jurisdicción para el establecimiento y la utilización de islas artificiales, instalaciones y estructuras, la investigación científica marina y para la protección y preservación del medio marino.

En particular, refiriéndose a la jurisdicción penal, el artículo 73 N°3 de la CONVEMAR señala que “Las sanciones establecidas por el Estado ribereño por violaciones de las leyes y los reglamentos de pesca en la zona económica exclusiva no podrán incluir penas privativas de libertad, salvo acuerdo en contrario entre los Estados interesados, ni ninguna otra forma de castigo corporal.” En consecuencia, el Estado costero no podrá sancionar con penas privativas de libertad por el delito de pesca ilegal respecto de extranjeros que realicen esta conducta en su ZEE sin el riesgo de la responsabilidad internacional que eso implicaría.

4.1.4. Alta mar

Por otro lado, en la alta mar, se realiza entre el 8 al 10% de la pesca mundial (Llanos Mansilla, 1991, pág. 425). Conforme al artículo 86 de la CONVEMAR es “todas las partes del mar no incluidas en la zona económica exclusiva, en el mar territorial o en las aguas interiores de un Estado, ni en las aguas archipelágicas de un Estado archipelágico.” Y conforme al artículo 585 del Código Civil es una cosa que la naturaleza ha hecho común a todos los hombres. En consecuencia, la alta mar no es susceptible de ser apropiada y todos los Estados tienen sobre ella los mismos derechos.

En este espacio existe lo que se conoce como la libertad en alta mar, que en el ámbito específico de la pesca⁶⁵ se relaciona con la libertad de pesca y de navegación, que quiere decir, que todos los Estados, incluidos los que no poseen litoral, tienen derecho a que los buques que enarbolan su bandera naveguen en alta mar y que tales buques están sujetos a la autoridad y jurisdicción exclusiva del Estado cuya bandera enarbolan con las excepciones de la piratería, derecho de visita y derecho de persecución.

El derecho de los Estados a que se enarbole su pabellón tiene como fundamento que la alta mar no se encuentra sometida a la soberanía de ningún Estado, por ende es necesario que se enarbole bandera para que exista un vínculo de jurisdicción para así proteger el orden público en alta mar, por lo demás la libertad de navegación es un derecho exclusivo de los Estados y por lo tanto un buque que no tenga nacionalidad no puede hacer uso de ella (Fuentes, 2009, pág. 22). En virtud de lo anterior, los buques quedan sometidos a las leyes y reglamentos de los Estados cuya bandera enarbolan, así como a los tratados internacionales y las medidas adoptadas por las organizaciones internacionales a las cuáles pertenezca ese Estado, lo que tiene como contrapartida que los buques quedan sometidos a la jurisdicción exclusiva del Estado del pabellón, en razón de esto se considera a los buques como territorio ficto y las conductas ilícitas que se cometan a bordo quedan sometidas a la ley del Estado cuya bandera de enarbola. En consecuencia, nuestro país sólo tendría jurisdicción penal sobre aquellos buques que enarbolan su bandera en alta mar,

4.1.5. Plataforma Continental

Respecto a la Plataforma Continental se encuentra definida en el artículo 76 de la CONVEMAR de la siguiente forma: “comprende el lecho y el subsuelo de las áreas submarinas que se extienden más allá de su mar territorial a todo lo largo de la prolongación natural de su territorio, o bien hasta el borde exterior del margen continental⁶⁶, o bien hasta una distancia de 200 millas marinas contadas desde la línea de base, a partir de las cuales se mide la anchura del mar territorial, en los casos en que el borde exterior del margen

⁶⁵ Existen otras que igualmente constituyen “libertad en alta mar”. Así, la Convención sobre alta mar suscrita en Ginebra (1958) establece además la libertad de tender cables y tuberías submarinas y la libertad de sobrevuelo. La CONVEMAR, añade la libertad de construir islas artificiales y otras instalaciones y la libertad de investigación científica.

⁶⁶ El margen continental comprende la prolongación sumergida de la masa continental del Estado ribereño y está constituido por el lecho y el subsuelo de la plataforma, el talud y la pendiente pre-continental.

continental no llegue a esa distancia”. Además, el artículo 72 de la CONVEMAR, señala que el Estado ribereño ejerce derechos de soberanía sobre la plataforma continental a los efectos de la exploración y explotación de sus recursos naturales. Análogamente, en los últimos dos incisos del artículo 596 del Código Civil señala que “el Estado ejerce derechos de soberanía exclusivos sobre la plataforma continental para los fines de la conservación, exploración y explotación de sus recursos naturales. Los derechos del Estado ribereño sobre la Plataforma continental son exclusivos de éste, de modo que si no explora ni explota los recursos en dicha área, nadie podrá hacerlo sin el consentimiento del Estado ribereño. Además, al Estado le corresponde toda otra jurisdicción y derechos previstos en el Derecho Internacional respecto de la Zona Económica Exclusiva y de la plataforma continental.”

4.1.6. La Zona

Y, por último, respecto a la Zona, de acuerdo con el artículo 1° de la CONVEMAR comprende los “fondos marinos y oceánicos y su subsuelo fuera de los límites de la jurisdicción nacional”, comienza donde termina la plataforma continental. Es un patrimonio común de la humanidad, no es susceptible de apropiación, y ningún Estado puede reivindicarse o ejercer derechos soberanos sobre ella, por lo tanto, no existe jurisdicción nacional sobre ella.

Por lo tanto, habiendo analizado las zonas marítimas conforme al Derecho Internacional, se llega a la conclusión de que, sin perjuicio de que en el Derecho Internacional se reconocen “derechos soberanos” al Estado ribereño sobre la zona contigua, ZEE y la plataforma continental, estos derechos de ninguna manera son comparables a la idea de soberanía y se refieren a los recursos, no a la zona en sí misma. En consecuencia, nuestro país sólo tiene completa soberanía, y por ende jurisdicción penal ante una eventual tipificación del delito de pesca ilegal, en el mar territorial (sea cometida en buques nacionales o extranjeros), sobre nacionales que se embarquen a sabiendas en naves sin nacionalidad o que se encuentran en los listados de pesca ilegal y en el territorio ficto de los buques que navegan en alta mar enarbolando la bandera chilena.

CONCLUSIONES

Los problemas que la pesca INDNR trae consigo son principalmente que destruye los ecosistemas marinos, pone en peligro la seguridad alimentaria, perjudica a los pescadores que operan legalmente, daña la economía de los Estados, constituye un riesgo para la estabilidad geopolítica y se le considera un crimen organizado transnacional que se vincula con delitos de elevada gravedad como lo son el tráfico de personas, de drogas, armas, el terrorismo, cohecho, entre otros.

Según el derecho internacional, particularmente el PAI-pesca INDNR, esta actividad es ilícita cuando se realiza por embarcaciones nacionales o extranjeras en aguas bajo la jurisdicción de un Estado, sin su permiso o contraviniendo sus leyes y reglamentos; por embarcaciones que enarbolan el pabellón de Estados que son partes de una organización regional de ordenación pesquera competente, pero faenan contraviniendo las medidas de conservación y ordenación adoptadas por dicha organización y en virtud de las cuales están obligados los Estados, o las disposiciones de derecho internacional aplicable; y en violación de leyes nacionales u obligaciones internacionales, inclusive las contraídas por los Estados cooperantes con respecto a una organización regional de ordenación pesquera competente.

En el derecho nacional la pesca INDNR no está sancionada de manera directa, sino que se castiga indirectamente por medio de diversas normas nacionales que regulan fortuitamente esta conducta. En efecto, en el derecho interno esta actividad es ilícita porque vulnera los tratados internacionales que tienen jerarquía de ley, las leyes que implementan esos tratados y la regulación de la pesca extractiva y actividades conexas que hace la LGPA. Además, existen proyectos de ley que tipifican la pesca ilegal, la receptación de especies hidrobiológicas, la asociación ilícita con fines de realizar pesca ilegal y el procesamiento, elaboración o almacenamiento de recursos hidrobiológicos sobreexplotados o colapsados, entre otras conductas.

Estos proyectos de ley son parte de la tónica general del avance que se generó durante el segundo gobierno de la presidenta Michelle Bachelet en materia de la protección ambiental y particularmente respecto a la protección del océano en que se expandió la proporción de ZEE cubierta por áreas marinas protegidas de un 4,3% a un 46% (Laborda, 2017). En el presente estudio se identifican como resultado de estos proyectos la

penalización de conductas que actualmente sólo se sancionan de manera administrativa. En este sentido, a partir de las conductas que en este trabajo se establecen como constitutivas del delito de pesca ilegal, así como de los nuevos delitos que se sancionan en los proyectos, queda abierta una tarea para la dogmática nacional en orden a desarrollar un análisis especial de estos delitos. Asimismo, queda pendiente la tarea del legislador nacional de definir la pesca no declarada y no reglamentada de conformidad con el derecho internacional, así como establecer sanciones penales con el objetivo de cumplir el Protocolo Antártico.

Finalmente, a partir de la eventual tipificación de estos nuevos delitos, dadas sus características, surgen preguntas respecto de la amplitud de la jurisdicción penal que Chile podría tener para sancionarlos, quedando fuera de toda duda que nuestro país tiene jurisdicción sobre las personas que cometan pesca ilegal en el mar territorial, sean nacionales o extranjeros, asimismo tiene sobre los nacionales que se embarquen a sabiendas en naves sin nacionalidad y también tiene jurisdicción en el territorio ficto de los buques que enarbolean el pabellón chileno. Más allá de estos espacios marinos, nuestro país no podría sancionar penalmente sin el riesgo de la responsabilidad internacional que eso acarrearía.

BIBLIOGRAFÍA

- Asamblea General de las Naciones Unidas. (4 de diciembre de 2009). Resolución 64/72 de pesquerías sustentables.
- Agnew, D., Pearce, J., Pramod, G., Peatman, T., Watson, R., & John R. Beddington, T. J. (2009). *Estimating the Worldwide Extent of Illegal Fishing*.
- Balton, D. (enero de 2003). International instruments for international fisheries. *8(1)*, 5. Recuperado el 21 de noviembre de 2017, de http://www.gc.noaa.gov/documents/gcil_balton_8_econ.pdf
- Banco Mundial. (2005). *Turning the Tide*.
- Beca, J. P. (2014). De la discusión sobre jerarquía de los tratados. *Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política*, 23-38.
- Biblioteca Congreso Nacional. (02 de septiembre de 2008). Historia de la Ley N° 20.293. *Segundo Trámite Constitucional: Senado, Discusión en Sala*. Valparaíso, Chile.
- Burdiles Perucci, G. (mayo de 2009). El régimen jurídico internacional aplicable a la pesca marítima. *Justicia Ambiental(1)*, 169-202.
- Canales, C. (2018). Incidental catch, seabirds mortality and discard in trawling fishing at extreme southern Chile (39° - 57°S): Towards an ecosystem approach in fisheries. 16.
- Cárdenas, C. (2006). Los crímenes del Estatuto de la Corte Penal Internacional en el derecho chileno, necesidad de una implementación. *Revista Electrónica Semestral de Políticas Públicas en Materias Penales, N° 2*, 1-17.
- Carlos Palma. (1999). *El Derecho Internacional del Tráfico Ilícito de Estupefacientes y los problemas de territorialidad y extraterritorialidad de la ley penal chilena*. Santiago: Lexis Nexis.
- Carnelutti, F. (1961). *Cuestiones sobre el Proceso Penal*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América.
- Centro de Derecho Ambiental, F. d. (2014). Derecho Internacional y Comparado del Medio Ambiente. *Actas de las VII Jornadas de Derecho Ambiental*. Santiago: Legal Publishing.
- Chiovenda, J. (1925). *Principios de Derecho Procesal Civil*. Madrid: Reus S.A.
- Chivers, C. J., & Schmitt, E. (10 de marzo de 2017). *The New York Time*. Obtenido de Arms Seized Off Coast of Yemen Appear to Have Been Made in Iran: <https://www.nytimes.com/2017/01/10/world/middleeast/yemen-iran-weapons-houthis.html>
- CITES, C. o. (2000). Resoluciones of the Conference of the Parties to CITES in effect after the 11th meeting. *Res. 11.3*, (pág. 119). Genève.
- Conferencia de las Partes de Naciones Unidas. (8-17 de octubre de 2008). *Conferencia de las Partes de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, cuarta sesión*. Viena.

- Congreso Nacional. (2015). Proyecto de Ley que Moderniza y fortalece el ejercicio de la función pública del Servicio Nacional de Pesca. *Boletín 10482-21*. Chile.
- Corzo Aceves, V. E., & Corzo Aceves, E. E. (2008). El principio de jurisdicción territorial en materia penal. *Iter Criminis Revista de Ciencias Penales*, 37-70.
- del Pozo, M. F. (2000). *El Derecho Humano a un Medio Ambiente Adecuado*. Bilbao: Universidad Deusto, Instituto de derechos humanos.
- FAO. (1996). *Puntos de referencia para la Ordenación Pesquera, Documento Técnico de Pesca*.
- FAO. (1999). *Orientaciones técnicas de Fao N°4: Ordenación Pesquera*.
- FAO. (2002). Aplicación del Plan Internacional para prevenir, desalentar y eliminar la pesca ilegal, no declarada y no reglamentada. Roma, Italia.
- FAO. (2014). Acuerdo sobre medidas del estado rector del puerto destinadas a prevenir, desalentar y eliminar la pesca ilegal, no declarada y no reglamentada: antecedentes y guía de aplicación. *FAO, Circular de Pesca y Acuicultura No 1074*. Roma, Italia.
- FAO. (2014). *The State of the World Fisheries and Aquaculture: Opportunities and Challenges*. Rome. Recuperado el 17 de febrero de 2018, de <http://www.fao.org/3/a-i3720e.pdf>
- FAO. (2016). "Asistencia para la revisión de la Ley General de Pesca y Acuicultura, en el marco de los instrumentos, acuerdos y buenas prácticas internacionales para la sustentabilidad y buena gobernanza del sector pesquero". Santiago.
- FAO. (2016). *El estado mundial de la pesca y acuicultura*.
- FAO. (2016). *The State of World Fisheries and Aquaculture 2016: Contributing to food security and nutrition for all*. Roma, United Nations.
- Fernandez Casadavante, C. R. (1991). La protección del medio ambiente en derecho internacional, derecho comunitario europeo y derecho español. Vitoria, España: Servicio de publicaciones del gobierno vasco.
- Fontecilla Riquelme, R. (1978). *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Santiago: Editorial Jurídica.
- Fuentes, X. (2009). Apuntes sobre Derecho de Mar.
- Gastrow, P. (2001). Triad Societies and Chinese Organised Crime in. *Institute for Security Studies, Occasional Paper No.48*. Recuperado el 15 de noviembre de 2017, de <http://dspace.africaportal.org/jspui/bitstream/123456789/31288/1/paper48.pdf?1>
- Global Financial Integrity. (2016). Catch reconstructions reveal that global marine fisheries catches are higher than reported and declining. *Nature Communications volume 7(10244)*. Recuperado el 04 de marzo de 2018, de <https://www.nature.com/articles/ncomms10244>
- Gunnar Stølsvik. (11 de octubre de 2010). Obtenido de https://www.regjeringen.no/globalassets/upload/FKD/Vedlegg/Diverse/2010/FFA/CasesAndMaterials_FFAPubl.pdf
- Hayes, R. M. (2017). Remarks at Sept. 2017 NMIO NIAG. Obtenido de <https://www.youtube.com/watch?v=WskeM0FRO5o>

- Henriquez, M. (2008). Jerarquía de los Tratados de Derechos Humanos: Análisis Jurisprudencial desde el método de casos. *Estudios Constitucionales*, 6(2), 73-119.
- Infante, M. T. (2004). El Sistema Antártico y el desarrollo del Derecho Internacional. *Cursos Euromediterráneos Bancaja de Derecho*, VIII/IX, 321.
- Kara, S. (julio de 2010). *Sex Trafficking: Inside the Business of Modern Slavery*. Columbia University Press.
- Knox, G. (1983). *Los recursos vivos en el océano Austral*. Santiago: Instituto de Estudios Internacionales, Universidad de Chile.
- Lertora Pinto, F. J. (2013). *El sistema antártico y el derecho de mar*. Santiago, Chile: Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile.
- Llanos Mansilla, H. (1991). *La creación del nuevo Derecho del Mar: el aporte de Chile*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Matus, J.-P. (1996). *El tráfico ilícito de estupefacientes en sentido amplio, como figura básica en la ley N° 19.366*. Santiago: ConoSur.
- Matus, J. P., & Orella, M. (2001). Acerca de la existencia de obligaciones internacionales de establecer delitos medioambientales, contempladas en los tratados suscritos por la república de Chile. *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, 106.
- Matus Acuña, J. P., & Ramírez Guzmán, M. C. (2015). *Lecciones de derecho penal chileno: parte general: fundamentos y límites constitucionales del derecho penal positivo*. Santiago: Thomson Reuters.
- Meseguer Sánchez, J. L. (1999). *Los espacios marítimos en el nuevo derecho del mar*. Barcelona: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales.
- Muchapondwa, E., Brick, K., & Visser, M. (4 de marzo de 2014). Abalone Conservation in the Presence of Drug. 3. Recuperado el 15 de noviembre de 2017, de http://www.efdnitiative.org/sites/default/files/publications/dr_b_12-15_final_march_4.pdf
- Njoroge, G. (3 de septiembre de 2014). Blast Fishing Destroying Tanzania's Marine Habitats. *BBC Africa (Tanzania)*.
- PEW. (27 de agosto de 2013). *The pew charitable trusts*. Obtenido de <http://www.pewtrusts.org/en/research-and-analysis/fact-sheets/2013/08/27/faq-illegal-unreported-and-unregulated-fishing>
- Phelps Bondaroff, T. N. (2015). The illegal fishing and organized crime nexus. *The Global Initiative Against Transnational Organized Crime and*.
- Pizarro Aguilera, S. (2010). *Jerarquía Jurídico Normativa de los Tratados de derechos humanos en el derecho interno*. Memoria para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales, Santiago. Recuperado el 16 de febrero de 2018, de http://repositorio.uchile.cl/tesis/uchile/2010/de-pizarro_s/pdfAmont/de-pizarro_s.pdf
- Pleno de la Corte Suprema. (2014). *Informe proyecto de ley 34-2014*. Santiago.

- Politoff, S., Matus, J.-P., & Ramírez, M. C. (2003). *Lecciones de Derecho Penal chileno, Parte General*. Santiago: Editorial Jurídica.
- Politoff, Sergio; Matus, Jean-Pierre;. (1999). *Lavado de dinero y tráfico ilícito de estupefacientes*. Santiago: Jurídica Cono Sur.
- Prellezo, C. (2015). *Confronting the implementation of marine ecosystem-based management within the Common Fisheries Policy Reform*. Ocean and Coastal Management.
- Riofrío Martínez, J. C. (2007). ¿Prevalcen los tratados internacionales sobre la Constitución? *La jerarquía de los tratados internacionales*, 259-281.
- Sander. (2014). "Conceptualizing Maritime Environmental and Natural Resources Law Enforcement – The Case of Illegal Fishing". En K. J. Sander. Environmental Development.
- Senado. (2015). Proyecto de Ley que Moderniza y fortalece el ejercicio de la función pública del Servicio Nacional de Pesca Boletín 10482-21. *Boletín de indicaciones* . Valparaíso.
- Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N°2388 , 2388 (Tribunal Constitucional 23 de enero de 2013).
- Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N°309, 309 (Tribunal Constitucional 4 de agosto de 2000).
- Shaver, A., & Yozell, S. (2018). *Casting a Wider Net The security implications of illegal, unreported, and unregulated fishing*. Washington D.C.: Stimson.
- Spiegel, J. (2000). *Even Jaws deserves to keep his fins: outlawing shark finning throughout global waters*. Boston: Boston College International and Comparative Law Review.
- Van der Essen, A. (1983). La aplicación del Derecho del Mar en el Continente Antártico. (U. d. Instituto de Estudios Internacionales, Ed.) *La Antártica y sus Recursos*, 326.
- Virally, M. (1985). La distinction entre textes internationaux de portée juridique et textes internationaux dépourvus de portée juridique. *Annuaire I.D.I*, 60(I), 166-257.
- Willock, A. (2006). *Follow the Leader: Learning from Experience and Best Practice in Regional Fisheries Management Organizations*. WWF International and TRAFFIC International.
- World Wide Fund for Nature. (s.f.). Fishing problems: Destructive fishing practices. Recuperado el 03 de marzo de 2018, de http://wwf.panda.org/about_our_earth/blue_planet/problems/destructive_fishing/