

REGIMEN DE PROPIEDAD DE LOS RECURSOS PESQUEROS CHILENOS.*

ASPECTOS JURIDICOS

Alfonso Filippi Parada**
Capitán de Navío

I. INTRODUCCION

É

l régimen de propiedad de los peces es una materia generalmente no muy bien comprendida, salvo por algunos especialistas.

Usualmente, se tiende a pensar que los peces son alguna forma de bienes nacionales, ya sea de uso público o fiscal, o bien alguna forma de propiedad común de todos los chilenos de la cual el Estado podría disponer, ya que supuestamente tendría su dominio como parte del patrimonio nacional.

El presente trabajo pretende describir el régimen de propiedad que, dada su especial naturaleza, corresponde a los peces.

Iniciaremos esta exposición con algunas consideraciones sobre la naturaleza jurídica de los peces y los derechos de que éstos son susceptibles, tratando de explicar sintéticamente el origen de su régimen de propiedad a la luz del Derecho Natural. Posteriormente haremos algunas referencias al recién aprobado régimen internacional sobre el Derecho del Mar, para terminar exponiendo la forma en

que el derecho interno chileno trata el régimen de propiedad de los recursos pesqueros en sus aguas jurisdiccionales.

II. LOS PECES, SU NATURALEZA JURIDICA Y LOS DERECHOS DE QUE SON SUSCEPTIBLES

Veamos primero algunos aspectos del derecho que informan conceptualmente el régimen de propiedad de los peces.

Res nullius y res communis

El derecho usa diversas clasificaciones para las cosas. Con relación a los peces, interesa especialmente el criterio de distinción entre las cosas susceptibles de apropiación y aquéllas que no lo son, estableciéndose así la distinción entre las cosas *apropiables* y las cosas *inapropiables*.

Las cosas apropiables se subdividen — a su vez — en cosas apropiadas, porque ya lo fueron, y en cosas inapropiadas, las que pudiendo llegar a tener dueño actualmente no

* Conferencia dictada el 20 de mayo de 1982.

** Jefe de la Oficina de Intereses Marítimos, del Gabinete de la Armada en la Junta de Gobierno.

pertenecen a nadie. Entre las cosas inapropiadas –*res nullius*– están los animales que viven en estado salvaje, y entre éstos específicamente los peces. Esta calificación, que en Chile es anterior a la independencia nacional, aunque durante el imperio de la legislación española los bienes de nadie fueron llamados *bienes mostrencos*, es de la mayor importancia en relación con la naturaleza de los peces y de los derechos de que éstos son susceptibles.

Las cosas inapropiables, como su nombre lo indica, son aquéllas que no pueden ser objeto de apropiación. Entre éstas, lo son esencialmente las que la naturaleza ha hecho comunes a todos los hombres y que no pueden ser apropiadas exclusivamente, porque constituyen una necesidad de la vida misma. Los ejemplos clásicos de este tipo de cosas son la alta mar, el aire atmosférico, la luz solar, etc. De acuerdo con el Derecho Romano son denominadas cosas comunes a todos los hombres –*res communis omnium*– pues están sustraídas a la propiedad privada y su uso es común a todos, es decir, no son susceptibles de dominio, y ninguna nación, corporación o individuo tiene el derecho de apropiárselas. Su uso y goce son determinados, entre individuos de una nación, por las leyes de ésta, y entre distintas naciones por el Derecho Internacional. Las cosas comunes son inapropiables consideradas en su totalidad, pero nada se opone a que sean aprovechadas exclusivamente, en forma parcial e inocua, para el uso y goce de todos. Así se explica, por ejemplo, que libremente se extraiga oxígeno del aire y se venda comprimido en balones metálicos.

Esta clasificación de *res communis*, en el sentido que le dan las instituciones de Justiniano y el jurisconsulto Marcianus, corresponde con exactitud a la alta mar, que en su inmensidad e ilimitación no admite la posibilidad de una apropiación colectiva o individual, al mismo tiempo que proporciona a todos y a cada uno de los hombres la utilidad correspondiente. Algunos autores discuten la calidad

de *res communis* de alta mar, porque sólo puede ser de todos lo que es susceptible de pertenecer a cada uno separadamente, y la alta mar no lo puede ser. Por eso, agregan, lo que es común no es propiamente el mar en sí, sino su uso. Se cita en abono de este punto de vista la expresión del jurista romano Celso: *Maris communum usum omnibus omnibus*. Obviamente, tampoco es una *res nullius*, porque no puede ser objeto de ocupación. En resumen, la alta mar, sin ser una *res nullius*, no pertenece a nadie, pero su uso es común a todos los hombres.

La propiedad o el dominio

La propiedad es el derecho que confiere a un sujeto el poder más amplio sobre una cosa, facultándolo para apropiarse, en forma exclusiva, de todas las utilidades que el bien es capaz de proporcionar. El término propiedad se usa generalmente como sinónimo de dominio. Diversos autores han tratado de explicar la existencia de diferencias entre las palabras “propiedad” y “dominio”, lo mismo que se han intentado varias definiciones, tales como las analíticas y las sintéticas; sin embargo, para lo que a este trabajo interesa, es suficiente la definición de dominio o propiedad como el derecho real en una cosa corporal, para gozar y disponer de ella arbitrariamente, no siendo contra la ley o contra derecho ajeno. Agreguemos que el dominio presenta tres características: es un derecho absoluto, es exclusivo y es perpetuo.

Evolución histórica del derecho de propiedad

Desde la época de los pueblos nómadas primitivos, entre los cuales existía una concepción vaga de la propiedad de todo el grupo social sobre las tierras necesarias para la caza y el pastoreo, hasta nuestros días, el derecho de propiedad ha tenido una evolución histórica

que, hasta el Derecho Romano antiguo, no diferenció claramente entre la propiedad colectiva y la propiedad individual. Es a partir de la Ley de las Doce Tablas, también conocida como de las Doce Partidas, en el año 449 a.C., que la propiedad empieza a mostrarse individualizada por completo, pasando posteriormente por diversas etapas hasta que, en la época de Justiniano, el régimen de propiedad quedó unificado a base del derecho pretorio, llegando al concepto moderno de propiedad.

Las legislaciones bárbaras y la organización feudal durante la Edad Media introducen una transformación en el concepto de propiedad, llegando a existir sobre una misma cosa dos clases de propiedades: la propiedad del señor –dominio directo– y la del vasallo –dominio útil–. En la Edad Moderna se separa los conceptos de soberanía y propiedad y se reconoce que el titular del dominio útil es el verdadero dueño de la cosa sobre la que aquél recae. Al estallar la Revolución Francesa ya era propietario el poseedor.

La época actual se caracteriza por dar una mayor importancia a la propiedad mueble, lo mismo que por el vigoroso desarrollo de la propiedad individual y de otras formas de propiedad colectiva, y por la multiplicación creciente de las limitaciones que rodean al derecho de propiedad. La legislación dictada con posterioridad a la Primera Guerra Mundial acoge un sentido social de la propiedad, pero siempre sobre la base de reconocer la propiedad privada.

La ocupación

Hemos definido a los peces como cosas inapropiadas –*res nullius*– pero apropiables, es decir, susceptibles de que sobre ellos se establezca un régimen de propiedad o dominio. Posteriormente definiremos brevemente el concepto de propiedad o dominio. Pero,

¿cómo se establece ese régimen de propiedad o dominio sobre tales peces, hasta ahora bienes de nadie?

En derecho existen varios modos de adquirir. En relación a los peces nos interesa aquel modo de adquirir llamado *ocupación*.

Se entiende por ocupación el modo por el cual se adquiere el dominio de las cosas que no pertenecen a nadie –*res nullius*– y cuya adquisición no es prohibida por las leyes o por el Derecho Internacional. Tal es el caso de los peces mientras permanecen en su medio natural.

La ocupación es un modo de adquirir originario, porque hace adquirir la propiedad independientemente de un derecho anterior de cualesquiera otras personas. Esto es importante, porque cuando el modo de adquirir es originario, para medir el alcance del derecho que se adquiere hay que atender al del titular y nada más, es decir, sólo se atiende al acto de ocupación. A diferencia de los originarios, en los modos de adquirir derivativos hay que atender también al derecho que tenía el dueño anterior, *porque nadie puede transferir o transmitir más derechos que los que tiene*.

La ocupación también es un modo de adquirir a título singular, porque no se adquiere la universalidad de los bienes, sino una parte de ellos; también es un modo de adquirir a título gratuito, porque el adquirente de dominio, a diferencia del que lo hace a título oneroso, no hace sacrificio pecuniario alguno.

La ocupación es, por lo tanto, constitutiva y no traslativa de dominio; es un modo de adquirir originario, singular y gratuito; implica adquisición sin enajenación, y natural e históricamente es anterior a todos los otros modos de adquirir, porque mediante ella las cosas apropiables que se hallan en comunidad negativa pasan a ser de dominio privado.

Para que pueda llegar a tener lugar la ocupación, es necesario que se cumplan tres requisitos:

- 1) Que la cosa no pertenezca a nadie –*res nullius*–;
- 2) Que su adquisición no esté prohibida por la ley o por el Derecho Internacional; y
- 3) Que haya aprehensión material de la cosa, con intención de adquirirla (*animus apprehendi*).

Los peces, como animales que se encuentran en estado de naturaleza –*in laxitati naturali*– en estado de comunidad negativa, forman parte de la clasificación de animales bravíos o salvajes, los que, a diferencia de los animales domésticos o domesticados, no han tenido nunca dueño, es decir, no han pertenecido especialmente a nadie, por lo que cualquiera tiene el derecho de apoderarse de ellos. Esto cumple el primer requisito de la ocupación.

El Derecho Internacional, conforme a la Convención que la Tercera Conferencia de Naciones Unidas para el Derecho del Mar acaba de aprobar el 1º de mayo, coincidiendo curiosamente con la iniciación de nuestro Mes del Mar, también dedicado al Derecho del Mar, reconoce al Estado ribereño –en su Zona Económica Exclusiva– derechos de soberanía para los fines de exploración, explotación, conservación y ordenación de los recursos naturales vivos. Nótese que el texto de la nueva Convención del Derecho del Mar confirma el carácter de bienes de nadie –*res nullius*– de los peces mientras permanezcan en el agua, y no adjudica al Estado ribereño la propiedad o el dominio de tales animales bravíos, entregándole solamente los derechos necesarios para regular su explotación racional y conservación, como recursos naturales semovientes, lo que los Estados deben establecer en su Constitución, en sus leyes nacionales y en sus reglamentos derivados, bajo la

forma de disciplina por medio de la cual los privados, como primeros propietarios, acceden a esos recursos por medio de la pesca, especie de ocupación que las leyes del mundo reconocen como válida para adquirir el dominio de los animales bravíos.

El tercer requisito es que haya aprehensión material y ánimo o intención de adquirir el dominio de la cosa, en este caso de los peces. Dentro de este requisito hay que distinguir dos elementos: la aprehensión material y el ánimo. El primero es material, real o de hecho; el segundo es intencional. El primero, en el caso de la pesca, se cumple con la captura física del pez, por lo que no puede faltar; si falta no hay modo de adquirir. Tampoco puede estar ausente el ánimo, y por esa razón los dementes y los infantes, que carecen en absoluto de voluntad, no pueden adquirir por ocupación ya que faltaría el requisito de hecho, el elemento de intencionalidad, el *animus apprehendi*.

Del análisis de estos tres requisitos podemos ver que la pesca cumple con todas las condiciones de la ocupación y que, por lo tanto, esta última es el modo de adquirir el dominio de los peces, los que forman parte de los animales bravíos o salvajes, los únicos que pueden ser adquiridos por ocupación.

¿En qué momento se entiende que el pescador se apodera del pez y lo hace suyo, es decir, en qué momento la ocupación ocurre? Se consideran tres casos:

- 1) Cuando lo ha tomado materialmente, es decir, cuando ha logrado la aprehensión del pez;
- 2) Cuando lo ha herido gravemente de manera que ya no le sea fácil escapar y mientras el pescador persista en capturarlo; o
- 3) Cuando el pez ha caído en las redes u otras artes de pesca del pescador, siempre que las haya calado en lugares en que sea lícito pescar.

Se ha estimado conveniente y necesario recordar brevemente estos principios del Derecho Natural, que a través del Derecho Romano y del Código Napoleónico han llegado a nuestro Derecho Civil Contemporáneo, porque, como dijimos al comenzar, es común que se presente una confusión entre los bienes de nadie —*res nullius*— y los bienes nacionales, tanto de uso público como fiscal. Por la misma razón, hemos definido la propiedad o dominio y el modo de adquirir esa propiedad o dominio sobre los peces, es decir, la ocupación, como único sistema válido para generar un régimen de propiedad sobre los peces, constitutivo, singular y gratuito, por el que se adquiere sin enajenar, y que es anterior a todo otro modo de adquirir para el dominio privado.

Es corriente encontrar posiciones diferentes, generalmente basadas en esta confusión, entre quienes pretenden generar regímenes de propiedad o dominio sobre los peces en el agua, por caminos diferentes de la ocupación, postulando que son un bien público que pertenece a la sociedad en su conjunto, cuyo carácter es de propiedad común, mezcla de *res nacional* y *res communis*, por medio de la cual se justificaría una acción del Estado, apropiatoria de la *res nullius*, para transferirla como si fuera *res nacional* (fiscal), derivando así el régimen legítimo de propiedad de los peces, *constitutivo, singular y gratuito*, hacia otro *traslativo, universal y oneroso*, y, por lo tanto, contrario al Derecho Natural.

EL NUEVO REGIMEN INTERNACIONAL

(Adoptado por la Tercera Conferencia de las Naciones Unidas para el Derecho del Mar, el 1º de mayo de 1982).

Los peces, por ser semovientes, tienen desplazamientos que no reconocen fronteras. Por otro lado, el rendimiento de una pesquería es función de limitantes biológicas, de la interacción entre las diferentes especies, de estas

últimas con el medio y de la condición jurídica que regula el acceso a su captura.

En la alta mar rige la libertad de pesca. Mientras prevaleció la anchura del mar territorial de 3 a 12 millas, sin una Zona Económica Exclusiva, la mayor parte de los recursos pesqueros permaneció en una zona en la que se aplicaba el régimen jurídico de libertad de pesca, principio que, como ha sido innumerables veces demostrado, favoreció más a las grandes potencias, en detrimento de las más pequeñas que carecían de capitales, flotas y tecnología. El régimen de libertad de captura debe considerarse como contrario a los intereses de la comunidad internacional, pues a la falta de responsabilidad en cuanto a la conservación y a la consiguiente ausencia o pobreza en la administración de los recursos, se agrega el hecho de que su utilización ha estado fuertemente inclinada en favor de los países desarrollados.

La reciente adopción de la Zona Económica Exclusiva de 200 millas tiene la virtud de colocar la mayor parte de los recursos pesqueros existentes en los mares del mundo, bajo los derechos de soberanía de los Estados ribereños, Estados que asumen la responsabilidad de su administración y conservación, ajustándose al nuevo régimen que al efecto acaba de establecer la Convención, fiel intérprete de lo que ya era derecho consuetudinario. En consecuencia, este nuevo régimen internacional, basado en una concepción intelectual chilena, beneficia a la comunidad internacional toda, al obligar a sus miembros a la conservación y a la explotación racional de las pesquerías dentro de sus respectivas Zonas Económicas Exclusivas.

Conservación de los recursos vivos

Para el efecto de la conservación de los recursos vivos, la nueva Convención establece, en el artículo 61, cinco reglas. La primera

dice que es el Estado ribereño el que determinará la captura permisible en su Zona Económica Exclusiva. Esta es una obligación del Estado ribereño, que se deriva de su deber de conservación y ordenación de los recursos que establece el artículo 56.

La segunda regla dice que el Estado ribereño, teniendo en cuenta los datos científicos más fidedignos de que disponga, asegurará, mediante las medidas adecuadas de conservación y ordenación, que la preservación de los recursos vivos de su Zona Económica Exclusiva no se vea amenazada por un exceso de explotación. El Estado ribereño y las organizaciones internacionales competentes, sean estas subregionales, regionales o mundiales, según proceda, cooperarán con este fin. Esta regla exige del Estado ribereño que se evite la sobreexplotación de los recursos, al mismo tiempo que destaca la necesidad de la cooperación internacional para prevenir la sobreexplotación.

La tercera regla agrega que las medidas indicadas en la segunda también tienen la finalidad de preservar o restablecer las poblaciones de las especies capturadas, a niveles que puedan producir el máximo rendimiento sostenible, con arreglo a los factores ambientales y económicos pertinentes, incluidas las necesidades económicas de las comunidades pesqueras ribereñas y las necesidades especiales de los Estados en desarrollo, y teniendo en cuenta las modalidades de la pesca, la interdependencia de las poblaciones y cualesquiera otras normas mínimas subregionales, regionales o mundiales, generalmente recomendadas. Como puede apreciarse, esta regla califica la forma en que el Estado ribereño debe fijar el límite de captura, sacándolo del concepto científico-matemático de la regla segunda y haciéndolo más amplio por la consideración de factores ambientales y económicos, con el propósito de optimizar el máximo rendimiento sostenible.

La cuarta regla ordena al Estado ribereño que, al tomar las medidas indicadas en las reglas anteriores, tenga en cuenta sus efectos sobre las especies asociadas o dependientes de ellas, con miras a preservar o restablecer las poblaciones de tales especies asociadas o dependientes, por encima de los niveles en que su reproducción pueda verse gravemente amenazada. La importancia de esta regla reside en su profundo contenido ecológico, preservativo, preventivo o restaurativo, según sea el caso, constituyendo un complemento necesario de las reglas anteriores.

La regla quinta se refiere al intercambio de información científica, de estadísticas sobre captura y esfuerzo, y de otros datos para la conservación de las poblaciones de peces, ya sea por intermedio de organizaciones internacionales, subregionales, regionales o mundiales, según proceda.

Utilización de recursos vivos

El artículo 62 de la recién adoptada Convención establece que el Estado ribereño promoverá el objetivo de la utilización óptima de los recursos vivos en la Zona Económica Exclusiva, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 61, es decir, de las reglas de conservación. Esta es la norma básica de utilización.

Al detallar la norma básica se establece que el Estado ribereño determinará su capacidad de capturar los recursos vivos de la Zona Económica Exclusiva, y que, cuando ese Estado ribereño no tenga capacidad para explotar toda la captura permisible que él mismo ha determinado, dará acceso a otros Estados al excedente de la captura permisible, mediante acuerdos u otros arreglos y de conformidad con las modalidades, condiciones y reglamentos que fije el ribereño.

Cuando en virtud de este artículo se da acceso a otros Estados a la Zona Económica Exclusiva, el Estado ribereño deberá tener en

cuenta una serie de factores, tales como la importancia para el ribereño de los recursos vivos de la zona, las disposiciones en relación con el derecho de los Estados sin litoral y el de los Estados con características geográficas especiales, las necesidades de los Estados en desarrollo de la región o subregión con respecto a la captura de parte de los excedentes, y la necesidad de reducir al mínimo la perturbación económica de los Estados cuyos nacionales han pescado habitualmente en la zona o han hecho esfuerzos sustanciales de investigación e identificación de las poblaciones.

Los nacionales de los Estados que pescan en la Zona Económica Exclusiva del Estado ribereño, deben observar las medidas de conservación y las demás modalidades y condiciones que éste ha establecido en los reglamentos anteriormente citados, los que, en consonancia con la Convención, podrán referirse, entre otras, a cuestiones como la concesión de licencia a pescadores, buques y equipos de pesca, pago de derechos, especies capturables, cuotas de captura, temporadas de pesca, áreas de pesca, tipo, tamaño y cantidad de aparejos, número, tamaño y tipos de buques pesqueros, edad y tamaño de peces capturables, información que deben proporcionar los buques, exigencia de participar en programas de investigación pesquera, embarco de observadores, descarga de captura, modalidad relativa a empresas conjuntas, formación de personal, transferencia de tecnología pesquera, etc., debiendo los Estados ribereños dar a conocer debidamente sus reglamentos en materia de conservación y ordenación.

En este artículo 62 están presente tres principios básicos que determinan el régimen de pesca en Zona Económica Exclusiva, y ellos son los siguientes:

- 1) El Estado ribereño promoverá el objetivo de la utilización óptima;
- 2) El Estado ribereño determinará su capacidad de explotar los recursos vivos de su zona; y
- 3) El Estado ribereño, cuando no tenga capacidad para explotar toda la captura permisible, dará acceso a otros Estados al excedente de tal captura.

Estos tres principios, junto con el enunciado en el artículo 61, es decir, en que el Estado ribereño determinará la captura permisible de los recursos vivos en su Zona Económica Exclusiva, constituyen las bases del nuevo régimen de pesca que estableció la Convención sobre el Derecho del Mar.

Normas adicionales para casos especiales del régimen general

La nueva Convención sobre el Derecho del Mar reconoce la existencia de casos especiales en los que deben existir normas adicionales al régimen general. Tales normas están contenidas en los artículos 63 al 68 y se refieren a aquellas poblaciones de peces que se encuentren tanto dentro de las Zonas Económicas Exclusivas de dos o más Estados ribereños –ya sea dentro de la Zona Económica Exclusiva o en un área más allá de ésta y adyacente a ella –como también a las especies altamente migratorias, a los mamíferos marinos, a las poblaciones anádromas, a las especies catádromas y a las especies sedentarias, normas a las cuales no nos referiremos en detalle, en esta ocasión.

Derechos de los Estados sin litoral y de los Estados con características geográficas especiales, a participar en la explotación de los recursos vivos de la Zona Económica Exclusiva

El artículo 69 de la Convención establece que los Estados sin litoral tendrán “derecho a participar”, sobre una base equitativa, en la

explotación de una parte apropiada del excedente de recursos vivos de las Zonas Económicas Exclusivas de los Estados ribereños de la misma subregión o región, teniendo en cuenta las características económicas y geográficas pertinentes de todos los Estados interesados, y de conformidad con lo dispuesto en el mismo artículo y en los artículos 61 y 62, es decir, los que se refieren a la conservación y a la utilización de los recursos vivos. Durante la negociación, una de las mayores dificultades en relación con este artículo fue el empleo de la terminología "derecho a participar", ya que los Estados ribereños sostuvieron la incompatibilidad conceptual entre la Zona Económica Exclusiva y este derecho a participar. En reemplazo del término conflictivo se propuso usar la terminología "acceso asegurado".

Las modalidades y condiciones de la participación de los Estados sin litoral deberán ser establecidas mediante acuerdos bilaterales, subregionales o regionales, teniendo en cuenta, entre otras, las siguientes consideraciones: la necesidad de evitar efectos perjudiciales para las comunidades o industrias pesqueras del Estado ribereño; la medida en que el Estado sin litoral esté participando o tenga derecho a hacerlo, conforme a acuerdos, en la explotación de los recursos vivos de las Zonas Económicas Exclusivas de otros Estados ribereños; la medida en que otros Estados sin litoral y Estados con características geográficas especiales estén participando en la explotación de recursos vivos de la Zona Económica Exclusiva del Estado ribereño, y la consiguiente necesidad de evitar una carga especial para cualquier Estado ribereño o parte de éste; y la necesidad en materia de nutrición de las poblaciones de los respectivos Estados.

En el caso de que la capacidad de captura de un Estado ribereño se aproxime a un punto en que pueda efectuar toda la captura permisible de los recursos de su Zona Económica Exclusiva, el Estado ribereño y otros Estados interesados deberán cooperar para

establecer acuerdos equitativos bilaterales, subregionales o regionales que permitan a los Estados en desarrollo sin litoral, de la misma subregión o región, participar en la explotación de los recursos vivos de las Zonas Económicas Exclusivas de los Estados ribereños de la subregión o región, en forma adecuada a las circunstancias y en condiciones satisfactorias para todas las partes, teniendo en cuenta los mismos factores recién enumerados.

En el caso de los Estados desarrollados sin litoral, éstos tendrán acceso a participar en la explotación pesquera sólo en las Zonas Económicas Exclusivas de los Estados ribereños también desarrollados de la misma subregión o región, tomando en consideración la medida en que el Estado ribereño, al facilitar el acceso de otros Estados a los recursos vivos de su Zona Económica Exclusiva, haya tenido en cuenta la necesidad de reducir al mínimo las consecuencias perjudiciales para las comunidades pesqueras y las perturbaciones económicas en los Estados cuyos nacionales hayan pescado habitualmente en la zona.

Finalmente, se declara que las disposiciones relacionadas con el derecho de los Estados sin litoral no afectan a los acuerdos concertados en subregiones o regiones donde los Estados ribereños puedan conceder, a Estados sin litoral de la misma región o subregión, derechos iguales o preferenciales para la explotación de los recursos vivos en las Zonas Económicas Exclusivas.

El artículo 70 de la Convención establece que los Estados con características geográficas especiales tendrán derecho a participar, sobre una base equitativa, en la explotación de una parte apropiada del excedente de los recursos vivos en las Zonas Económicas Exclusivas de los Estados ribereños de la misma subregión o región, teniendo en cuenta las características económicas y geográficas pertinentes de todos los Estados interesados, y de conformidad con lo dispuesto en tal artículo y en los artículos 61 y 62, es decir, los que se

refieren a la conservación y a la utilización de los recursos vivos.

Una de las dificultades durante la negociación de esta Convención fue lograr una definición exacta de lo que debe entenderse por "Estado con características geográficas especiales". Al efecto de la Convención, "Estados con características geográficas especiales" son los Estados ribereños, incluidos los ribereños de mares cerrados o semicerrados, cuya situación geográfica les haga depender de la explotación de los recursos vivos de las Zonas Económicas Exclusivas de otros Estados de la subregión o región para el adecuado abastecimiento de pescado, a fin de satisfacer las necesidades en materia de nutrición de su población o parte de ella, así como de los Estados ribereños que no puedan reivindicar Zonas Económicas Exclusivas propias.

Tanto en lo referente a las modalidades y condiciones de participación mediante acuerdos, como a la eventualidad de que la capacidad de captura del Estado ribereño se aproxime al punto en que pueda efectuar toda la captura permisible, y a otras especificaciones, hay coincidencia entre las que la Convención establece para el caso de los Estados con características geográficas especiales y las ya descritas en relación con el caso de los Estados sin litoral.

El artículo 71 de la Convención se refiere a la inaplicabilidad de los artículos 69 y 70, es decir, los que se refieren a los derechos de los Estados sin litoral y al derecho de los Estados con características especiales. Dice este artículo, brevemente: "las disposiciones de los artículos 69 y 70 no se aplicarán en el caso de un Estado ribereño cuya economía dependa abrumadoramente de la explotación de los recursos vivos de su 'Zona Económica Exclusiva'".

La importancia de este artículo, también conocido como "Fórmula Islandesa", reside en que en función de la interpretación que se

le dé a la palabra "abrumadoramente" se podrá regular la fuerza de los artículos 69 y 70.

El artículo 72 de la Convención, al referirse a las restricciones en la transferencia de derechos, establece que los derechos previstos en los artículos 69 y 70, para explotar los recursos vivos, no se transferirán directa o indirectamente a terceros Estados o a los nacionales de éstos, por cesión o licencia, por el establecimiento de empresas conjuntas ni de cualquier otro modo que tenga el efecto de tal transferencia, a menos que los Estados interesados acuerden otra cosa y sin perjuicio que estos últimos obtengan asistencia técnica o financiera de terceros Estados o de organizaciones internacionales, a fin de facilitar el ejercicio de los derechos previstos en los artículos 69 y 70, siempre que ello no tenga el referido efecto de transferir directa o indirectamente los derechos a terceros.

III. EL REGIMEN DE PROPIEDAD DE LOS RECURSOS PESQUEROS EN EL DERECHO INTERNO CHILENO

Antecedentes históricos

La primera norma legislativa sobre pesca, en el Chile independiente, apareció en un Reglamento de fecha 22 de febrero de 1811, relativo a la Apertura y Fomento del Comercio y Navegación, que en su artículo 36 se refería a la "libertad de la pesca y sus privilegios".

El primer Reglamento para la Pesca fue establecido por el Senado Consulto, el 8 de octubre de 1819. La primera franquicia pesquera fue establecida por ley del 18 de octubre de 1832, la que declaró: "libres de derechos de importación y exportación los productos de la pesca que se hagan en buques nacionales". Diversos decretos y leyes fueron reglamentando la actividad, incluyendo la aprobación del Código Civil, el 14 de diciembre de 1855, y normando sobre la caza de ballenas (1863), el

aceite de pescado (1868), la orgánica ministerial pesquera en el Departamento de Industria y Obras Públicas (1877), el fomento pesquero (1907), la protección pesquera (1925), etc., hasta que por D.F.L. N° 34, de 1931, se legisó sobre la industria pesquera y sus derivados.

Posteriormente, la legislación y reglamentación pesquera ha proliferado abundantemente, especialmente en forma paralela al desarrollo pesquero que se generó desde 1960 gracias al D.F.L. N° 266, que estableció franquicias tributarias y arancelarias a las personas jurídicas que ejercieran la actividad de la pesca, instrumento legal que permitió a Chile elevar sus capturas hasta llegar a ser uno de los diez primeros países pesqueros del mundo. Otros hitos importantes en la legislación pesquera fueron el Decreto Ley N° 500, de 1974, que estableció un régimen temporal de operación de barcos pesqueros extranjeros en aguas bajo la jurisdicción nacional, que permitió descubrir, evaluar e incorporar al desarrollo pesquero la importante pesquería demersal austral, al sur del paralelo 43° Sur, y el Decreto Ley N° 1626 de 1976, que creó la Subsecretaría de Pesca en el Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, trasladando así la autoridad pública pesquera que hasta esa fecha residía en el Ministerio de Agricultura.

La Constitución Política de la República de Chile

La Constitución Política de la República de Chile, aprobada en 1980 y en vigencia desde el 11 de marzo de 1981, establece en su Capítulo III, de los Derechos y Deberes Constitucionales, lo siguiente:

“Artículo 19. La Constitución asegura a todas las personas:

“23°. La libertad para adquirir el dominio de toda clase de bienes, excepto aquéllos que la naturaleza ha hecho comunes a todos los hombres o que deban pertenecer a la

“Nación toda y la ley lo declare así. Lo anterior es sin perjuicio de lo prescrito en otros preceptos de esta Constitución.”

“Una ley de quórum calificado y cuando lo exija el interés nacional puede establecer limitaciones o requisitos para la adquisición del dominio de algunos bienes;”

Esta nueva garantía constitucional ha sido denominada, siguiendo la intención de los redactores de la Constitución, “el derecho a la propiedad”, y con ella se pretende reforzar este derecho fundamental en la siguiente forma:

- a) Destacando, como principio general del régimen constitucional del país, el derecho de propiedad privada sobre todos los bienes de consumo y de producción. Por ello son tan escasas y estrictas las excepciones a dicho principio general;
- b) Asegurando que todos los bienes se encuentren en el comercio humano y sean susceptibles de apropiación privada, por cualesquiera de los modos de adquirir que la legislación franquea; y
- c) Garantizando a todas las personas su capacidad para transformarse en propietarios, accediendo al dominio privado de los bienes aludidos.

Con el objeto de hacer más sólido el régimen de dominio privado de los bienes, desapareció –del texto constitucional que recién se transcribió– la posibilidad de reservar al Estado determinados bienes que carecieran de dueño –*res nullius*– como se contemplaba al tratar de esta garantía en el Acta Constitucional N° 3 (Artículo 1°, N° 15).

Por las razones anteriores, el inciso final del N° 23° que comentamos, que autoriza al legislador para imponer “limitaciones o requisitos para la adquisición del dominio de algunos bienes”, debe entenderse y aplicarse en

armonía con el propósito fundamental que el constituyente ha buscado al establecer este "derecho a la propiedad". Es decir, tales "limitaciones o requisitos" no pueden llegar a afectar al derecho esencial de los particulares para adquirir el dominio de todos los bienes que se encuentran en el comercio humano, ni imponer condiciones que en la práctica les impidan ejercer su capacidad de adquirir.

Esta conclusión se ve confirmada también por el N° 26 del mismo artículo 19 de la Constitución vigente, que a la letra dispone:

"26°. La seguridad de que los preceptos "legales que por mandato de la Constitución "regulen o complementen las garantías que "ésta establece o que las limiten en los casos "en que ella lo autoriza, no podrán afectar los "derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre "ejercicio.

"Se exceptúan las normas relativas a los "estados de excepción constitucional y demás "que la propia Constitución contempla".

Por los motivos anteriores, las "limitaciones o requisitos" sólo pueden tener el siguiente alcance:

- a) Las "limitaciones" se fundan en la naturaleza del bien objeto de ella, lo que significa que se trata de limitaciones objetivas y de cantidad, que se expresan en un porcentaje, monto máximo o cuota de aquel bien que se entrega al dominio privado bajo esas condiciones, por ejemplo, la cuota máxima de captura anual.
- b) Los "requisitos", por contraposición a las "limitaciones", importan establecer un criterio con relación a las personas, que, por lo mismo, sea de orden subjetivo. Estas restricciones son las que afectan a determinadas categorías. Por ejemplo, la prohibición que pesa sobre determinados extranjeros

para pescar en aguas bajo la jurisdicción nacional.

Por lo tanto, no le es permitido al legislador que al establecer una determinada "limitación o requisito" para la adquisición del dominio configure una situación que coloque a los bienes de que se trate fuera del comercio humano, impidiendo en la práctica su apropiación por los particulares, ya que de hacerlo estaría vulnerando las garantías constitucionales. A mayor abundamiento, tales limitaciones y requisitos deberán fundarse, además, en criterios de justicia que no se aparten del principio general de igualdad ante la ley garantizado por el constituyente.

Finalmente, citaremos otra garantía constitucional en relación a este tema:

"Artículo 19. La Constitución asegura a "todas las personas:

.....
 "8°. El derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Es deber del "Estado velar para que este derecho no sea "afectado y tutelar la preservación de la naturaleza.

"La ley podrá establecer restricciones "específicas al ejercicio de determinados derechos o libertades para proteger el medio "ambiente".

Como puede apreciarse fácilmente, la Constitución Política de la República de Chile es muy clara y consecuente, tanto con la naturaleza de los peces y los derechos de que son susceptibles cuanto con el nuevo régimen internacional.

El Código Civil

El Código Civil chileno, en su Libro II, se refiere a los bienes y a su dominio, posesión, uso y goce. Citaremos solamente los artículos

más relevantes con respecto al tema que nos interesa.

En el título II, Del Dominio, artículo 585, establece que las cosas que la naturaleza ha hecho comunes a todos los hombres, como la alta mar, no son susceptibles de dominio, y ninguna nación, corporación o individuo tiene derecho de apropiársela. Su uso y goce son determinados entre individuos de una nación por las leyes de ésta, y entre distintas naciones por el Derecho Internacional.

En el título III, De los Bienes Nacionales, artículo 589, define a los bienes nacionales, distinguiendo entre los de uso público, o bienes públicos, y los del Estado, o bienes fiscales.

En el artículo 593 define el mar territorial y su zona contigua. Respecto de este artículo haremos algunas consideraciones adicionales.

El 23 de junio de 1947 Chile hizo una declaración, en la que confirmó y proclamó la soberanía nacional sobre el zócalo continental adyacente a las costas continentales o insulares del territorio nacional, reivindicando por consiguiente todas las riquezas naturales que existen sobre dicho zócalo, en él y bajo él, conocidas o por descubrirse.

En el párrafo 2º de tal declaración, el Gobierno de Chile confirmó y proclamó la soberanía nacional sobre los mares adyacentes a sus costas, cualquiera que sea su profundidad, en toda la extensión necesaria para reservar, proteger, conservar y aprovechar los recursos y riquezas naturales de cualquier naturaleza que se encuentren sobre dichos mares, en ellos y bajo ellos, sometiendo a la vigilancia del Gobierno especialmente las faenas de pesca y caza marítima, con el objeto de impedir que las riquezas de ese orden sean explotadas en perjuicio de los habitantes de Chile y mermadas o destruidas en detrimento del país y del continente americano.

En el párrafo 3º de la misma declaración, Chile demarcó su zona de protección de caza y pesca marítima como todo el mar comprendido dentro del perímetro formado por la costa con una paralela matemática proyectada en el mar a 200 millas marinas distante de las costas continentales chilenas.

Posteriormente, el 18 de agosto de 1952, en la conocida como Declaración de Santiago, Chile suscribió, con Perú y Ecuador, declaraciones sobre Zona Marítima y otras que habían sido concertadas en la Primera Conferencia sobre Explotación y Conservación de las Riquezas Marítimas del Pacífico Sur. Tales declaraciones y convenciones fueron aprobadas por el Congreso Nacional en septiembre de 1954. El Presidente de la República las aceptó y ratificó, mandando llevarlas a efecto en todas sus partes como ley de la república, por decreto N° 432 del 23 de septiembre de 1954, publicado en el Diario Oficial del 22 de noviembre del mismo año.

En la declaración sobre Zona Marítima se hace presente que la extensión del mar territorial y de la zona contigua son insuficientes para la conservación, desarrollo y aprovechamiento de esas riquezas, a que tienen derecho los países costeros. Como consecuencia de lo anterior los tres países proclaman, como norma de su política internacional marítima, la soberanía y jurisdicción exclusiva que a cada uno de ellos corresponde sobre el mar que baña las costas de sus respectivos países, hasta una distancia mínima de 200 millas marinas, medidas desde las referidas costas.

Esta norma de las 200 millas marinas no derogó tácitamente el artículo 593 del Código Civil como algunos pretendieron, basados en el informe del Consejo de Defensa Fiscal N° 119 del 6 de marzo de 1956, sino que definió una jurisdicción más amplia, pero de una característica jurídica diferente a la del artículo 593, dando nacimiento al concepto de Derecho Internacional Marítimo hoy conocido como Zona Económica Exclusiva, creación chilena que

después de formar parte del derecho consuetudinario, el recién pasado 1º de marzo recibió el reconocimiento de la Comunidad Internacional, al adoptarse la nueva Convención del Derecho del Mar.

Finalmente, en el título IV, De la Ocupación, el artículo 606 y siguientes de nuestro Código Civil establecen:

“Artículo 606. Por la ocupación se adquiere el dominio de las cosas que no pertenecen a nadie, y cuya adquisición no es prohibida por las leyes chilenas o por el derecho internacional”.

“Artículo 607. La caza y pesca son especies de ocupación por las cuales se adquiere el dominio de los animales bravíos”.

“Artículo 608. Se llaman animales bravíos o salvajes, los que viven naturalmente libres o independientes del hombre, como las fieras y los peces; domésticos, los que pertenecen a especies que viven ordinariamente bajo la dependencia del hombre, como las gallinas y ovejas; y domesticados, los que sin embargo de ser bravíos por su naturaleza, se han acostumbrado a la domesticidad y reconocen en cierto modo el imperio del hombre. Estos últimos, mientras conservan la costumbre de volver al amparo o dependencia del hombre, siguen la regla de los animales domésticos, y perdiendo esta costumbre vuelven a la clase de los animales bravíos”.

“Artículo 611. Se podrá pescar libremente en los mares, pero en el mar territorial sólo podrán pescar los chilenos y extranjeros domiciliados. Se podrá también pescar libremente en los ríos y en los lagos de uso público”.

Los artículos 612 al 615 se refieren a los derechos y obligaciones que tienen los pescadores y dueños de las tierras contiguas, con respecto al uso que pueden hacer los primeros de las playas y riberas para sus faenas.

“Artículo 617. Se entiende que el cazador o pescador se apodera del animal bravío y lo hace suyo, desde el momento que lo ha herido gravemente, de manera que ya no les sea fácil escapar y mientras persiste en perseguirlo; o desde el momento en que el animal ha caído en sus trampas o redes, con tal que las haya armado o tendido en paraje donde le sea lícito cazar o pescar. Si el animal herido entra en tierras ajenas donde no es lícito cazar sin permiso de su dueño, podrá éste hacerlo suyo”.

“Artículo 618. No es lícito a un cazador perseguir al animal bravío que ya es perseguido por otro cazador o pescador; si lo hiciera sin su consentimiento y se apoderare del animal, podrá el otro reclamarlo como suyo”.

“Artículo 622. En lo demás, el ejercicio de la caza y de la pesca estará sujeto a las ordenanzas especiales que sobre esta materia se dicten. No se podrá, pues, cazar o pescar sino en lugares, en temporadas y con armas y procederes que no estén prohibidos”.

Todos los artículos del Código Civil chileno, anteriormente citados, lo mismo que la Declaración de Zona Marítima, reflejan aquellos principios del derecho natural a que hacíamos mención en la primera parte de este trabajo. Por otro lado, son consecuentes con las normas del nuevo régimen internacional relativo a la pesca en la Zona Económica Exclusiva y a la Constitución Política vigente.

Otras normas

Además de las normas de rango constitucional y de carácter general, como las ya enunciadas, por ser Chile un país de característica geográfica esencialmente marítima, tiene una legislación y reglamentación marítima, especialmente pesquera, abundante. Tal es así que, además de las normas sobre jurisdicción marítima, tales como los artículos del

Código Civil ya citados, existen otras normas generales sobre legislación marítima, tales como la Ley Orgánica de la Dirección General del Territorio Marítimo y de Marina Mercante, y las normas sobre concesiones marítimas; normas generales sobre legislación marítima comercial, tales como el libro tercero del Código de Comercio, que se refiere al comercio marítimo, la Ley de Navegación y la Ley sobre Hipotecas de naves; las normas relativas a pesquerías, como la Ley de Caza, del año 1929, la Ley de Pesca, conocida como D.F.L. N° 34, del año 1931, el Reglamento de la Ley de Pesca, del año 1934; las normas de fomento, como el Reglamento sobre el Establecimiento de Industrias Pesqueras, el Reglamento sobre Permisos de Explotación por medio de barcos fábrica; las normas sobre tributación y franquicias, que a la luz de la política económica vigente han sido prácticamente eliminadas; las normas de control, tales como la ley 17.286, que modifica fundamentalmente al D.F.L. N° 34, de 1931, sustituyendo algunas penas de prisión por multas; etc., y, finalmente, las normas orgánicas relativas a servicios del Estado, tales como la misma Ley Orgánica de la Dirección General del Territorio Marítimo y de Marina Mercante, la Ley Orgánica de la Subsecretaría de Pesca, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, la Ley Orgánica del Instituto Hidrográfico de la Armada, del Ministerio de Defensa Nacional, la creación del Comité Oceanográfico Nacional y otras.

La enumeración anterior, sin pretender ser exhaustiva, se complementa con innumerables resoluciones de la autoridad marítima y de la autoridad pesquera, para resolver sobre casos puntuales, aunque siempre dentro de un sistema que no se contraponga al nuevo régimen internacional ni al derecho natural.

No obstante lo anterior, derivada de las normas generales relativas a la pesca nace la necesidad de adaptar la reglamentación nacional al nuevo régimen internacional. Tal adaptación, afortunadamente, y probablementen-

te porque Chile fue el país originador del concepto de las 200 millas, hoy denominado Zona Económica Exclusiva, requiere ser menor, lo que quiere decir que, con pequeños ajustes, nuestra reglamentación derivada de aquellas normas generales relativas a la pesca servirá perfectamente a los grandes principios que establece el nuevo régimen a los recursos pesqueros en la Zona Económica Exclusiva.

IV. CONCLUSION

El nuevo Derecho del Mar, es decir, la Convención recién adoptada, que nace de la III Conferencia de las Naciones Unidas para el Derecho del Mar, establece las normas internacionales con respecto al régimen de pesca aplicable en la Zona Económica Exclusiva de 200 millas.

El Sistema del Pacífico Sur, integrado originalmente por Chile, Ecuador y Perú, y actualmente además por Colombia, ha sido a nivel mundial el gran impulsor de la doctrina de las 200 millas, la que resultó ser la única solución a los problemas vigentes del Derecho del Mar. La mayor virtud del nuevo sistema consiste en el control que el Estado ribereño ejerce sobre los recursos pesqueros de la Zona Económica Exclusiva que le pertenece, pudiendo así controlar y evitar la sobreexplotación de tales recursos por las grandes potencias marítimas que tradicionalmente han sido países pesqueros de aguas distantes. El nuevo sistema, más que nuevos derechos genera nuevas obligaciones, como, por ejemplo, aquélla que dice que el ribereño que no tenga la capacidad necesaria para capturar todo el permisible en su zona, dará acceso a otros Estados al excedente de captura, mediante acuerdos u otros arreglos.

La cooperación internacional pasa a ser un complemento indispensable de este nuevo ordenamiento jurídico. Sin esa colaboración internacional, la conservación en el tiempo de

esas poblaciones de peces dentro de las Zonas Económicas Exclusivas de los Estados ribereños no conducirá necesariamente a un uso racionalmente justo de los recursos pesqueros.

El nuevo régimen internacional no ha hecho sino codificar aquellas normas que la naturaleza ha establecido con respecto a los peces, normas del Derecho Natural. La ley, como expresión de la razón escrita, en el caso interno chileno no requiere sino de pequeños ajustes para ser consecuente a la perfección con el nuevo sistema internacional, debido a que el concepto base del nuevo régimen aplicable a los recursos pesqueros en la Zona Económica Exclusiva nació como una concepción intelectual de nuestra nacionalidad, específicamente del sector pesquero chileno.

Para estudiar el pequeño ajuste que requiere la legislación interna, es absolutamente necesario tener muy clara la condición de *res nullius* que tienen estos semovientes llamados peces, a diferencia del *res communis*, con el cual continuamente se tiende a confundirlos; asimismo, es necesario tener presente que la propiedad sobre ellos solamente puede ser adquirida por la ocupación, ya que ningún otro modo es válido. Cualquier iniciativa de actuar en contrario ha sido y seguirá siendo un intento de actuar contra la naturaleza, contra el orden natural y, por lo tanto, no podrá tener éxito.

Con qué satisfacción de chilenos, en este Mes del Mar 1982, dedicado con toda justicia al Derecho del Mar, presentamos, no como una aspiración sino como un resultado concreto, como un gran logro, el nuevo régimen internacional del Derecho del Mar, concepción intelectual original del sector pesquero chileno, inseparable en su origen de nombres tales como Empresa Pesquera INDUS y Fernando Guarello Fitz-Henry, y tales como Gabriel González Videla en la decisión, como la Armada de Chile y el Ministerio de Relaciones Exteriores en la consecución, como Fernando Zegers Santa Cruz en la ejecución, y como el Chile de hoy en la consolidación.

Una última reflexión: Es satisfactorio y es motivo de orgullo nacional ver que una tesis nuestra, un producto exclusivo del intelecto chileno, nuevamente haya dictado cátedra en el Derecho Internacional. Es importante enfatizar esto en los momentos en que, lamentablemente, otros pueblos sufren por automarginación del Derecho Internacional.

¿Será que, en este caso, nuestra condición geográfica esencialmente marítima orientó oportunamente a nuestra geopolítica?, y, como consecuencia: ¿Será bueno seguir escuchando a estos quijotes pregoneros de la "conciencia marítima"?

BIBLIOGRAFIA

- Alessandri, Somarriva, Vodanovic, *Curso de Derecho Civil*, Editorial Nascimento, 1957.
- Bello, Andrés, *Principios de Derecho Internacional*, Santiago, 1832. (Edición de sus obras completas por la Universidad de Chile, 1886).
- Biblioteca del Congreso Nacional, *Boletín de Legislación Nacional – Legislación sobre Pesca (1810-1977)*, Año II, N° 6, 1977.

- Biggs Bruna, Gonzalo, *Recopilación de la legislación pesquera y marítima de Chile y su jurisprudencia*, Publicación N° 4, Instituto de Fomento Pesquero, 1965.
- Caminos, Hugo, *El Régimen de pesca y conservación de los recursos vivos en la Zona Económica Exclusiva; implicaciones jurídicas y económicas*, 1980.
- Chile, *Código Civil*, 1855.
- Chile, *Constitución Política de la República de Chile*, 1980.
- Claro Solar, Luis, *Explicaciones de Derecho Civil chileno y comparado*, Vol. III, De los Bienes, Editorial Jurídica de Chile.
- C.P.P.S., *Legislación Marítima y Pesquera Vigente de Chile*, 1972.
- Filippi Parada, Alfonso, *El Régimen de Pesca aplicable a la Zona Económica Exclusiva*, 1981.
- Naciones Unidas, *Convención sobre el Derecho del Mar*, 1982.
- Orrego Vicuña, Francisco, *Chile y el Derecho del Mar*, Editorial Andrés Bello, 1972.
- Servicio Agrícola Ganadero, División de Pesca y Caza, *Principales Disposiciones legales sobre Pesca*, Santiago, 1972.
- Zegers Santa Cruz, Fernando, *Zona Económica y sus Aspectos Pesqueros en la Conferencia sobre los Derechos del Mar*, 1974.

