

Breve Análisis de la Ley 20.293 de Protección de los Cetáceos a 10 Años de su entrada en vigencia

Brief Analysis of Law 20.293 on Protection of Cetaceans at 10 years of entry into effect

Constanza Prieto Figelist

Ocean Rights Lead in Earth Law Center

Abogada de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso

Máster en Derecho Internacional Privado y Comercio Internacional

de la Université Panthéon Assas, París II

RESUMEN

Chile hace algunas décadas ha transitado hacia una visión proteccionista de los cetáceos. En el año 2008, a través de la promulgación de la ley 20.293 se establece la prohibición dar muerte, cazar, capturar, acosar, tener, poseer, transportar, desembarcar, elaborar o realizar cualquier proceso de transformación, así como la comercialización o almacenamiento de cualquier especie de cetáceos que habiten o surquen los espacios marítimos de soberanía y jurisdicción nacional. La presión internacional ha hecho que la caza comercial haya dejado de ser la principal amenaza de los cetáceos. Estudios recientes identifican como los principales riesgos a los cuales se ven expuestos los cetáceos la pesca incidental, la creciente actividad industrial en el medio ambiente marino y en la zona costera, así como el cambio climático. A 10 años de la promulgación de la ley 20.293 de protección a los cetáceos y en el marco del compromiso internacional de dar cumplimiento a los objetivos para el desarrollo sustentable, específicamente en su objetivo No 14 es interesante hacer un análisis crítico acerca de la ley, su contribución, aplicabilidad y cómo mejorar la obtención de los objetivos establecidos en ella a la luz del reciente movimiento internacional que reconoce a los aspectos esenciales de la naturaleza como entidades sujeto de derechos.

Palabras claves: Ley 20.293 Chile, santuario de cetáceos, santuario de ballenas y delfines, derechos de la naturaleza, ley de la tierra, derecho ambiental,

derecho de los océanos, aplicabilidad de la ley, prohibición caza de ballenas, prohibición acoso, pesca incidental.

ABSTRACT

Chile a few decades ago has moved towards a protectionist vision of cetaceans. In the year 2008, Chile through the enactment of law 20,293 that establishes the prohibition to kill, hunt, capture, harass, possess, have, transport, disembark, elaborate or carry out any transformation process, as well as the commercialization or storage of any species of cetacean that inhabits or transits the maritime spaces of sovereignty and national jurisdiction. The international pressure has made the commercial hunting no longer the main threat for cetaceans. Recent studies identify as cetaceans' main risks the bycatch, the growing industrial activity in the marine environment and the coastline, as well as climate change. Ten years after the enactment of Law 20,293 for the protection of cetaceans and in the context of the international commitment to comply with the objectives for sustainable development, specifically the objective No. 14, it is interesting to make a critical analysis about the law, its contribution, applicability and how to improve the achievement of its objectives, in light of the recent international movement recognizing the essential aspects of nature as legal entities.

Keys word: Law 20.293 Chile; cetaceans' sanctuary; sanctuary for whales and dolphins; rights of nature; earth law; environment law; ocean rights; law enforcement; prohibition of whaling; prohibition of cetaceans' harassment, bycatch.

CONTEXTO

Los cetáceos, al igual que la mayor parte de los recursos marinos han sido objeto de captura, pesca y de caza debido a que tradicionalmente han sido tratados únicamente como recursos naturales. Durante el siglo XX los cetáceos, especialmente las ballenas estuvieron muy cerca de desaparecer. Se estima que durante el siglo pasado se cazaron alrededor de 3 millones de ballenas en el mundo y 2 millones de ballenas solo en los océanos del hemisferio sur. En ese sentido la comunidad internacional a través de diversos convenios internacionales¹ ha expresado su preocupación ante dicha situación, en especial por medio de la Comisión Ballenera Internacional² (CBI) que ha buscado regular la pesca y la caza comercial de estas especies, originalmente a través de la fijación de cuotas de caza a sus miembros. Así, en el prólogo de su convenio se enarbola como objetivo “salvaguardar para las generaciones futuras los grandes recursos naturales que representa la especie ballenera”³ y continua “reconociendo que las existencias de ballenas pueden experimentar incrementos naturales si la pesca de la ballena se regula adecuadamente, y que el aumento de las existencias balleneras permitirá aumentar el número de ballenas que puedan capturarse sin poner en peligro dichos recursos naturales.”⁴ De este modo es posible apreciar que el convenio a pesar que busca reducir la caza de ballenas, posee una visión antropocéntrica en la cual el centro de preocupación es el hombre y su acceso a los recursos en el futuro.

Chile hace algunas décadas ha transitado hacia una visión proteccionista de los cetáceos. En este sentido, en el marco de su participación en la Comisión Ballenera Internacional en el año 1982⁵ suscribió la moratoria internacional de caza comercial de ballena y se opuso reiteradamente a que la moratoria de caza fuese alzada. En el año 2008, a través de promulgación de la ley 20.293 Chile toma una decisión más radical, plantearse ante la comunidad internacional como un país que adoptó definitivamente una visión conservacionista respecto de los cetáceos.

1 Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres (Washington, 1/07/1975), Convención sobre la Conservación de las Especies Migratorias de Animales Silvestres (Bonn, Alemania, 1/11/1983), Convención sobre la Conservación de los Recursos Vivos Marinos Antárticos (Camberra, Australia 7/03/1982), Convenio sobre la Diversidad Biológica (Río de Janeiro, Brasil, 9/12 1993).

2 Chile es miembro de la Comisión Ballenera Internacional desde 1979.

3 Convenio internacional para la regulación de la pesca de la Ballena (Washington, 2/12/1946), prólogo.

4 Ibid.

5 La moratoria internacional se adoptó en 1982, constituyendo el fin de la caza comercial, para hacerse efectiva en el año 1985-1986, finalmente se prorrogó hasta 1990, siendo prorrogada anualmente hasta la actualidad.

La decisión de Chile se enmarca dentro de un proyecto mayor, hacer de Latinoamérica un santuario ballenero, esto entendiendo que entre la línea del Ecuador y el paralelo 60 en la Antártica solo se pueda practicar el avistamiento de ballenas con fines turísticos, siempre y cuando se desarrolle bajo criterios de sustentabilidad, es decir, se aspira a una zona de no caza permanente. A pesar de que este proyecto no ha prosperado en el seno de la Comisión Ballenera Internacional, otros países de Latinoamérica han comenzado a presentar proyectos de ley en torno a la declaración de santuarios para ballenas y delfines y adoptar leyes similares a la de Chile. Es el caso de Uruguay que ha adoptado en el año 2013 una ley muy similar a la chilena, prohibiendo expresa y permanente en el mar territorial uruguayo la persecución, caza, pesca, apropiación y/o sometimiento a proceso de transformación de cualquier especie de ballenas y delfines. Asimismo, se han adoptado leyes similares en Ecuador y Costa Rica.

La zona económica exclusiva de Chile es excepcionalmente rica. Chile cuenta a nivel nacional con el 50% del total de las especies de cetáceos registradas a nivel mundial⁶, entre los cuales podemos encontrar la ballena franca austral, ballena azul, ballena minke, ballena rorcual austral, ballena rorcual sei, ballena bryde, ballena de aleta, ballena jorobada y ballena franca pigmea y una enorme variedad de delfines. Esto impone a Chile una gran responsabilidad ante la comunidad internacional. La protección de los cetáceos es capital no solo por razones morales sino porque los cetáceos juegan un rol fundamental en el ecosistema marino.⁷ Los especialistas señalan que "el hábitat de los cetáceos sirve como punto de partida para designar áreas marinas protegidas, sus límites y zonas. Las zonas más relevantes para los cetáceos son las áreas que usan para alimentarse, aparearse, reproducirse y socializar, también es necesario proteger las áreas que les permiten ejercer las funciones esenciales con el ecosistema y aquellas que sirven de hábitat para sus presas las cuales deberían considerarse como zona de no pesca. La visibilidad de los cetáceos proporciona una forma relativamente efectiva de

6 Centro de Conservación Cetácea y Ecoceános, *Proyecto Parque Eólico Chiloé. Impactos sobre las Especies de Cetáceos y el Ecoturismo Marino. Recomendaciones para la Localización de Parques Eólicos*. [Consulta: 27 de agosto 2018]. p.3. Disponible en: www.ccc-chile.org/docDownload.php?file=aW5mX2NldGFjZW9zInBhcnF1ZWVvbGljb19maW5hbC5wZGY

7 Los cetáceos son fundamentales para la salud de los océanos y sus ecosistemas. Sus movimientos contribuyen a mezclar columnas de agua de diferente profundidad y con ello se desplazan los nutrientes y microorganismos situados a diferentes niveles los que servirán de alimento a diversas especies. Asimismo, su orina y excremento son parte importante en el equilibrio del medio ambiente pues actúan como fertilizantes para el plancton. Incluso la muerte de la ballena es parte de un delicado equilibrio que trae beneficios al ecosistema marino, al morir el cuerpo de la ballena se hunde siendo comida para especies carroñeras del océano.

obtener la información necesaria para la designación y planificación de áreas marinas protegidas, y un exitoso estado de conservación en general.”⁸

A 10 años de la promulgación de la ley 20.293 de protección a los cetáceos y en el marco del compromiso internacional de dar cumplimiento a los objetivos para el desarrollo sustentable, específicamente el objetivo N° 14 “conservar y utilizar en forma sostenible los océanos, los mares y los recursos marinos para el desarrollo sostenible” es interesante hacer un análisis crítico acerca de la ley, su contribución, aplicabilidad y cómo mejorar la obtención de los objetivos establecidos en la ley.

II. ANÁLISIS DE LA LEY 20.293

Para analizar la pertinencia y la efectividad de la normativa protectora de los cetáceos vigente en Chile es preciso saber cuáles son en la actualidad los principales peligros a los que se encuentran expuestos los cetáceos.

A. Principales amenazas de los cetáceos en la actualidad

Actualmente los cetáceos se encuentran sometidos a diversas amenazas, todas de origen humano, que hacen que su población sea extremadamente vulnerable.

La caza con fines comerciales ha sido una de sus amenazas históricamente más importantes, especialmente afectando a ciertas especies que actualmente se encuentran en peligro crítico de extinción⁹. La caza sigue siendo una realidad incluso durante la vigencia de la moratoria internacional de caza de ballenas. Así, de Humane Society International pertinentemente señala que “desde que la moratoria a la cacería comercial de ballenas entró a regir en 1986, han muerto cerca de 30.000 ballenas, de las cuales más de 23.000 fueron cazadas por Japón, Noruega e Islandia. El número de ballenas cazadas en años recientes se encuentra entre los más altos desde que la moratoria está en vigor.”¹⁰ Debido a

8 BENDER, Michelle. Earth Law Framework for Marine Protected Areas. [Consulta: 07 de julio 2018]. p. 26. Disponible en: www.earthlawcenter.org/oceanrights/.

9 La IUCN clasifica las especies de acuerdo a sus diferentes grados de amenaza. Así, dentro de esta clasificación encontramos las siguientes categorías: especies extintas, especies extintas en la vida salvaje, en peligro crítico, en peligro, vulnerable, cerca de la amenaza y preocupación. La lista roja de IUCN sobre los cetáceos amenazados actualizada en el 2008 está disponible en: cmsdata.iucn.org/downloads/cetacean_table_for_website.pdf

10 Humane Society International, La moratoria de la CBI a la cacería comercial de ballenas, 31 de diciembre 2009. [Consulta: 07 de julio 2018]. Disponible en: www.hsi.org/spanish/issues/moratoria_cbi.html

esta depredación irracional, la caza sigue siendo la amenaza que más atención recibe especialmente de los medios, pero como veremos a continuación existen una diversidad de otros factores.

Otros factores de riesgo para la población de cetáceos son las actividades de carácter industrial de todo tipo como empresas navieras, empresas constructoras, proyectos industriales, criaderos de peces en cautiverio, empresas turísticas, proyectos energéticos (termoeléctricas e incluso parques eólicos), proyectos extractivos en el hábitat de los cetáceos, trasportes de petróleo, entre otros. Es un hecho que el comercio internacional se encuentra en constante crecimiento, por lo que el transporte marítimo ha aumentado su volumen y frecuencia, esto hace que exista mayor riesgo de colisión con los cetáceos. Asimismo, al existir mayor navegación surcando los mares hay mayor polución de todo tipo como contaminación acústica, a la cual son muy sensibles las ballenas, y descargas de petróleo, lo que contamina y degrada el hábitat de estos mamíferos marinos.

El cambio climático es apuntado como uno de los factores de mayor preocupación debido a la gran dificultad de revertir esta tendencia y a la bastedad del daño que está provocado. En este sentido se ha observado por los especialistas que el calentamiento global afecta la temperatura de las aguas y la salinidad lo cual repercute directamente en el ecosistema de ballenas y delfines. Asimismo, el cambio climático afecta directamente las rutas migratorias de los cetáceos. La escasez de alimento es también otro problema debido a que ciertas especies de ballenas se alimentan de krill y de pequeños crustáceos cuyo crecimiento es favorecido por las temperaturas bajas del océano, el calentamiento global afecta la reproducción de estos seres vivos y por ende la cadena alimenticia de muchas especies de cetáceos. En este sentido, "según el Fondo Mundial para la Naturaleza (WWF) el rorcual austral (*Balaenoptera bonaerensis*) pudo haber perdido en el 2008 entre el 5 y el 30% de su hábitat y las ballenas azul (*Balaenoptera musculus*) y jorobada (*Megaptera novaeangliae*) tuvieron que recorrer un tramo extra de 200-500 kilómetros para conseguir alimento en el océano Antártico."¹¹

La pesca incidental actualmente se ha sindicado como la principal causa de muerte en el mundo de los cetáceos. Se conoce como pesca incidental a aquella en que los cetáceos son atrapados por las redes de pesca sin ser objetivo de la

11 Whale Word, *Ballenas y calentamiento global*. [Consulta: 07 de julio 2018]. Disponible en: www.whale-world.com/ballenas-y-calentamiento-global/

extracción, pero se ven arrastrado por estas y en muchas ocasiones mueren ahogados, estimándose que a nivel mundial cerca de 300.000 ballenas, delfines y marsopas mueren cada año debido a estas causas, lo cual es realmente impactante.¹²

Chile no es la excepción en este contexto mundial. De acuerdo a las estadísticas del Servicio Nacional de Pesca (Sernapesca) se señala que “[l]os varamientos de fauna marina en Chile se quintuplicaron en los últimos siete años debido al cambio climático y a la captura incidental de especies no deseadas en las redes durante faenas pesqueras [...] en el año 2016 los ejemplares que llegaron al sector costero fueron 1.079 y en el último septenio vararon 4.188 ejemplares [...] de los cuales un 19% [fueron] cetáceos. Mauricio Ulloa, jefe nacional de la unidad de rescate, rehabilitación y conservación de Sernapesca, declaró al diario El Mercurio que en el caso de las ballenas Sei, se detectó en diez ejemplares la presencia de toxina amnésica y paralizante de marea roja [...] esto ratifica que las alteraciones en las condiciones oceanográficas atribuibles al cambio climático surgen como una de las causas del aumento del fenómeno, junto a los incidentes de la actividad pesquera. La intensificación del fenómeno del Niño puede estar afectando la productividad de los océanos y aumentando la cantidad de microalgas nocivas en ciertas épocas del año, intoxicando a los animales, aseveró Ulloa [...] el aumento de la temperatura del mar obliga a los ejemplares adultos a internarse en el océano y abandonar a sus crías.”¹³ Las cifras no dejan de ser desalentadoras considerando que no solo no disminuyó el varamiento de cetáceos, la mortandad vinculada al cambio climático, a las colisiones y a la pesca incidental, sino que aumentó a pesar de la legislación de protección de los cetáceos y del desarrollo reglamentario en torno a ella.

De lo antes dicho se puede desprender que a pesar que la caza de cetáceos es la amenaza más visibilizada, el problema es mucho más complejo. La presente situación de los cetáceos es el resultado colateral del sistema económico global, no pudiendo puntualizarse responsabilidades absolutas como en el caso de la caza. Aimee Leslie, líder del programa de cetáceos de WWF ha señalado que “[p]or mucho que no se puede permitir que Japón continúe sus operaciones de caza

12 Econoticias el periódico verde, *La captura accidental es la gran amenaza de las ballenas*, 20 de octubre 2016. [Consulta: 07 de julio 2018]. Disponible en: www.ecoticias.com/naturaleza/128251/captura-accidental-gran-amenaza-ballenas

13 El Mercurio [en línea], *Varamientos de fauna marina en el país se quintuplican en los últimos siete años*, 29 de junio de 2017. [Consulta: 07 de julio 2018]. Disponible: www.emol.com/noticias/Nacional/2017/06/29/864730/Varamientos-de-fauna-marina-en-el-pais-se-quintuplican-en-los-ultimos-siete-anos.html

ilegal, la CBI no puede seguir evitando hacer frente a la principal causa de muerte de los cetáceos: la captura accidental."¹⁴ La amenaza de extinción de los cetáceos no es un problema derivado de otros, es un problema en el que todos somos parte y por lo que la resolución del conflicto requiere adopción medidas legislativas, políticas, administrativas, económicas, medioambientales y sociales de carácter complejos y que involucra a actores de todas las esferas.

B. Objetivos de la Ley

Preliminarmente se puede señalar que la ley 20.293 es una ley bastante sucinta y cuenta solo con 6 artículos, de los cuales se desprenden los siguientes objetivos:

1. Hacer de la Zona Económica Exclusiva de Chile un área libre de caza, objetivo central e inmediato de la ley

Del análisis de la ley y de la historia de su promulgación se aprecia que su objetivo central e inmediato es hacer de la zona económica exclusiva chilena una zona libre de caza de ballenas y delfines. Esto se expresa inequívocamente en su artículo 1º señalando "los espacios marítimos de soberanía y jurisdicción nacional, como zona libre de caza de cetáceos [...]". En su artículo 2º se profundiza señalando que se prohíbe dar muerte, cazar, capturar, acosar, tener, poseer, transportar, desembarcar, elaborar o realizar cualquier proceso de transformación, así como la comercialización o almacenamiento de cualquier especie de cetáceo que habite o surque los espacios marítimos de soberanía y jurisdicción nacional." Asimismo, se introduce el artículo 135 bis a la Ley General de Pesca y Acuicultura N.º 18.892, que en su inciso 1º tipifica como delito la caza y actividades relacionadas a la caza comercial de cetáceos antes descritas con penas que van desde los 61 días a los 10 años de presidio.¹⁵

14 World Wildlife Found, *WWF denuncia que la captura accidental es la gran amenaza de las ballenas*, 20 de octubre de 2016. [Consulta: 07 de julio 2018]. Disponible en: www.wwf.es/?41300/WWF-denuncia-que-la-captura-accidental--es-la-gran-amenaza-de-las-ballenas

15 Artículo 135 bis de la ley N.º 18.892. "El que dé muerte o realice actividades de caza o captura de un ejemplar de cualquier especie de cetáceos será sancionado con la pena de presidio mayor en su grado mínimo y comiso, sin perjuicio de las sanciones administrativas que correspondan de conformidad a la ley. Asimismo, el 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 estas será sancionado con la pena de comiso y presidio menor en su grado medio, sin perjuicio de las sanciones administrativas que correspondan de conformidad a la ley."

Es pertinente cuestionarse si la prohibición de caza permanente en la zona económica exclusiva de Chile es una real contribución, considerando la existencia de la moratoria internacional de caza de ballenas desde 1986, que desde entonces puso fin a la caza comercial de cetáceos. La respuesta tanto en su dimensión política, jurídica y práctica, es que definitivamente sí lo es.

Como punto de partida hay que precisar que la moratoria internacional es solo una pausa en la pesca de carácter comercial y puede ser eventualmente alzada. Al interior de la CBI existe una permanente tensión entre los países conservacionistas y aquellos favorables a la explotación de cetáceos, liderados por Japón. Por lo que persiste la posibilidad eventual que el bloque favorable a la caza pueda revertir la decisión en caso de obtener más de un 75% de los votos de los Estados miembros.

Chile ante este escenario incierto en materia de conservación de los cetáceos en el derecho internacional, decide avanzar en su legislación interna adoptando medidas proteccionistas del medio ambiente en su zona económica exclusiva.

La caza de ballenas no es un hecho del pasado, Japón, Islandia y Noruega han decidido abiertamente desafiar a la comunidad internacional y continuar la caza de cetáceos. La moratoria prohíbe la caza comercial de cetáceos, sin embargo, Japón ha obtenido una autorización especial de la Comisión Ballenera Internacional, a través de su cuestionado programa científico de caza Jarpa, actualmente en su fase II, siendo su principal punto geográfico el océano Antártico, donde se encuentra emplazado el Santuario Austral de Ballenas. La Corte Internacional de Justicia (I.C.J.) el año 2014¹⁶ falló en contra de Japón ordenando la revocación de los permisos de caza en el océano Antártico concluyendo que los permisos especiales concedido a Japón para matar capturar y comercializar con ballenas en marco del programa Jarpa II no tienen fines científicos. Aún con el fallo de I.C.J., Japón recientemente llevó a cabo el programa Jarpa II en su expedición 2018 muy cerca de las aguas territoriales chilenas, teniendo como resultado la caza y captura de 300 ballenas, 122¹⁷ de las cuales estaban preñadas.

16 Corte internacional de Justicia (I.C.J.), Australia con Japón, Nueva Zelandia (interviniente), caza de ballenas en la Antártica (31/03/2014), Reporte 2014. pp. 226, p. 244-246. Disponible en: www.icj-cij.org/files/case-related/148/148-20140331-JUD-01-00-FR.pdf

17 BANDO, Takeharu; NAKAI, Kazuyoshi; KANBAYASHI, Jun; UMEDA, Kengo y otros, *Results of the third biological field survey of NEWREP-A during the 2017/18 austral summer season*, 2018. [Consulta: 07 de julio 2018]. p. 3. Disponible en: hsi.org.au/assets/user/default/SC_67B_SCSP_08_2018.pdf

En el caso de Noruega, no se encuentra vinculado a la moratoria internacional debido a que la ha objetado presentando una reserva. Islandia actualmente no está sujeto a la moratoria internacional pues no es miembro de la Comisión Ballenera Internacional.

La caza de ballenas sigue siendo una realidad, la decisión de Chile tiende a respaldar su visión conservacionista ante la CBI, por lo que establecer una zona libre de caza en su zona económica exclusiva es una apropiada y muy pertinente decisión para fines de protección del medio ambiente, marcando una tendencia en el ordenamiento interno y aspirando a generar un efecto espejo en las legislaciones comparadas de la región.

Si bien en esta investigación no se ha encontrado registro de la codena a nacionales o extranjeros por el delito tipificado en el artículo 135 bis de la ley 18.892, es un hecho que la legislación actúa como inhibición y existen un despliegue importante de la Armada de Chile vigilando las aguas territoriales para impedir el ingreso ilegal a aguas nacionales de buques extranjeros que tengan por objeto realizar pesca o caza ilegal u otros delitos.

2. Prohibición de acosar a los cetáceos en la zona económica exclusiva de Chile

El artículo 2º de la ley 20.293 habla de que “se prohíbe el acoso [...] de cualquier especie de cetáceo que habite o surque los espacios marítimos de soberanía y jurisdicción nacional.” Sin embargo, el acoso ha sido la única conducta de las descritas en el artículo 2º que no ha sido incorporada en el tipo penal del artículo 135 bis de la Ley General de Pesca y Acuicultura.

No obstante que la conducta de acoso a los cetáceos no constituye en Chile una conducta punible bajo la ley penal, esta prohibición es establecida indiscutiblemente como un mandato de abstención explícito y no como una simple aspiración programática. A pesar de que de la norma no se desprende una consecuencia evidente a esta prohibición, al hacer una interpretación sistemática atendiendo el artículo 3º de la ley 20.293 que establece como objetivo de la zona libre de caza la promoción de la conservación y reproducción de las poblaciones cetáceas y la protección de los espacios claves para el desarrollo de sus ciclos de vida, se debe considerar “la prohibición de acoso a los cetáceos” como un principio rector que debe ser apreciado transversalmente en la elaboración y evaluación de leyes, políticas, reglas, estrategias, planes, programas y proyectos específicos,

públicos y privados que puedan afectar directa o indirectamente a los cetáceos y su hábitat.

Pero ¿de qué hablamos cuando se habla de acoso a los cetáceos? La Real Academia de la Lengua Española (RAE) define acoso como "perseguir, sin darle tregua ni reposo, a un animal o a una persona. Apremiar de forma insistente a alguien con molestias o requerimientos. El Diccionario Jurídico de la RAE precisa "hostigar, acorralar, intimidar, agobiar o importunar." Esta última precisión ilumina y nos permite entender que el acoso no solo viene determinado por la conducta activa y/o la intención de quien realiza el acto de acosar, sino que se puede analizar desde las consecuencias de los actos de otro, desde percepción de quien se siente intimidado, agobiado o importunado, poniendo énfasis más que en la aparente magnitud de los actos, en los efectos de estos sobre quien es acosado.

En Chile, en general, se ha abordado y regulado la voz acoso de los cetáceos a partir de las prácticas de avistamiento, debido a que este constituye un acto deliberado de intromisión en su hábitat con fines de carácter turístico o científico. Sin embargo, prácticamente todas las actividades humanas marinas, aéreas e incluso costeras en áreas de interés para los cetáceos pueden intimidar, agobiar o importunarlos. En consecuencia, el mandato de la ley debe ser entendido en vista de reducir al mínimo posible los impactos de dichas actividades sobre los cetáceos y, si ello no es posible por las características de la actividad, es preciso abstenerse.

En estudios comparados se ha utilizado indistintamente la voz acoso o perturbación de la vida silvestre, por lo que el acoso podría constituir un hecho o un conjunto de ellos. Se aconseja analizar la conducta a partir de las consecuencias o posibles consecuencias de las actividades humanas que pueden generar en la población de cetáceos y sus hábitats, particularmente en zonas de especial interés para ellos y sus ciclos vitales. En Inglaterra "la ley de vida silvestre y naturaleza de 1981, enmendada por Countryside and Rights of Way Act 2000, utiliza la palabra 'perturbación' que, por lo tanto, puede interpretarse como un evento único o repetido. Las definiciones biológicas de la perturbación se pueden dividir en dos categorías; aquellos que causan efectos a corto plazo y aquellos que causan efectos a más largo plazo. Los efectos a corto plazo incluyen cambios inmediatos en el comportamiento precipitado por una influencia externa y pueden provocar que los animales dejen de alimentarse, socializar, descansar o viajar (cambios rápidos en la dirección o detención por completo). Los efectos a largo plazo de la perturbación o el acoso repetidos pueden incluir la pérdida de peso o un éxito

reproductivo reducido. Las fuentes de perturbación pueden incluir el tráfico de embarcaciones, el ruido de las aeronaves, la actividad pesquera, el sonar naval, las pruebas y levantamientos sísmicos, la extracción de áridos y /o la perforación y exploración de petróleo.”¹⁸

Como ya lo hemos señalado las prácticas de avistamiento tanto aéreo como marítimo pueden ser constitutivas de acoso para los cetáceos de no existir una regulación adecuada. En Chile, estas actividades han sido reguladas por el artículo 13 E de la ley 18.892 y por el “Reglamento General de Observación de Mamíferos, Reptiles y Aves Hidrobiológicas y del Registro de Avistamiento de Cetáceos”¹⁹ promulgado el año 2012. Así, en su título II el Reglamento regula la observación de mamíferos hidrobiológicos estableciendo distancias mínimas de aproximación de entre 50 y 300 metros, dependiendo de la especie observada y dependiendo del comportamiento de ésta. El reglamento remarca en numerosas ocasiones la necesidad de evitar la perturbación de los animales señalando que en “la observación de cetáceos se deberá evitar generar perturbaciones para los animales que se estén alimentando, en reproducción, en crianza, en reposo o en tránsito” o “evitar la perturbación o impacto de los animales” o “en caso de observarse cualquier cambio negativo en el comportamiento de los animales o estrés, se procederá al abandono del lugar.”

Como es fácil deducir el reglamento busca reducir al máximo la interacción con los cetáceos en prácticamente todo su ciclo social y vital. Si bien han existido voces críticas respecto del hecho que el reglamento no ha establecido velocidades máximas para las naves durante las prácticas de avistamientos, ni la cantidad de naves que pueden observar las especies al mismo tiempo, como tampoco el tiempo máximo de observación, se ha creado un Manual de Buenas Prácticas para Operaciones Marítimas de Avistamiento de Fauna Marina²⁰, desarrollado por WWF Chile, Centro Ballena Azul y el Gobierno de Chile, que viene a resolver estos vacíos en base a la experiencia y la legislación comparada de Nueva Zelandia y

18 KELLY C., GLEGG GA., SPEEDIE C.D., *Management of marine wildlife disturbance*, Ocean & Coastal Management, Elsevier Ltd, 2004, 47, pp. 1-19. [Consulta: 07 de julio 2018]. pp. 3-4. Disponible en: pdfs.semanticscholar.org/0e84/2ad318cf9b11484e1e0677f0dd33ff7daab5.pdf

19 Decreto 38 (07/05/2012), Reglamento General de Observación de Mamíferos, Reptiles y Aves Hidrobiológicas y del Registro de Avistamiento de Cetáceos, Ministerio De Economía, Fomento Y Turismo; Subsecretaría De Pesca. Disponible en: www.Leychile.cl/Navegar?Idnorma=1039695

20 RUIZ TROEMEL, J.; PAVEZ REYES, C.; HUCKE-GAETE, R.; BEDRIÑAMA, L.; ARROYO SARABIA, M. y WALTER, T., *Manual de Buenas Prácticas para Operaciones Marítimas de Avistamiento de Fauna Marina*, Valdivia, Chile, WWF, 2014. [Consulta: 07 de julio 2018]. Disponible en: d2ouvy59p0dg6k.cloudfront.net/downloads/manual_buenas_practicas.pdf

Australia. Entre las recomendaciones destacamos precisamente que se señala que no debe existir más de una nave a la vez observando y que la observación no se debería prolongar por más de 30 minutos. Asimismo, en el caso de la observancia de la ballena Franca Austral solo se permite su observación desde plataformas terrestres.

Es relevante desarrollar y ahondar en el concepto de acoso a los cetáceos en nuestra legislación, jurisprudencia y los actos de administración. Lo antes dicho debido a que de acuerdo a lo que se entienda por acoso, este concepto puede ser un utilizado como mecanismo que permita elevar los estándares de exigencia para aprobar proyectos o actividades que puedan afectar los cetáceos. Así, idealmente si el acoso se entiende como perturbar e importunar, la aplicación de este concepto y estándar permitiría aspirar una alta protección de los cetáceos y sus ambientes marinos. El principio de prohibición de acoso de los cetáceos se debe considerar al momento de presentar al sistema de evaluación ambiental declaraciones o estudios de impacto ambiental del proyecto o actividades que puedan afectar directa o indirectamente los cetáceos y su hábitat, y en consecuencia, la administración debe considerar este principio al evaluarlas y al emitir las resoluciones de calificación ambiental en concordancia con la Ley General del Medio Ambiente (ley 19.300) e igualmente para la autorización, monitoreo y evaluación del turismo de avistamiento o incluso aproximación con fines científicos.

El concepto de la prohibición del acoso debe ser un recurso judicial importante en la litigación ambiental al momento de moderar las actividades humanas turísticas, comerciales, científicas e industriales que pueda comprometer de alguna manera los cetáceos sus ciclos vitales y su hábitat. Lo anterior debe ser interpretado armónicamente con los objetivos expresado en el artículo 3º la ley 20.293 que habla de la propensión a la protección y conservación de las poblaciones de cetáceos, la biodiversidad relacionada y los ecosistemas de los cuales dependen, así como la protección espacios claves para el desarrollo de sus ciclos de vida.

3. Prevención de la pesca incidental de cetáceos, rescate, rehabilitación y reinserción

Como ya hemos señalado se estima que la pesca incidental afecta mundialmente a unas 300.000 especies de pequeños cetáceos y delfines²¹, siendo

21 World Wildlife Found, *Can you pick the target catch?*. [Consulta: 07 de julio 2018]. Disponible en: awsassets.panda.org/downloads/bycatch_factsheet.pdf

sindicada como una de las principales amenazas de los cetáceos en la actualidad.

En Chile hasta ahora ha existido un pobre levantamiento de datos respecto de la afectación real de los cetáceos por la pesca incidental. Sin embargo, se sabe que este problema constituye un hecho, aunque debido a la falta de información es difícil hacer un diagnóstico preciso de su magnitud. Debido a estas circunstancias se hace imposible hacer una evaluación con los resultados de los avances legislativos implementados recientemente. Con todo, dentro de las especies que se estiman más afectadas se encuentran los cachalotes y las orcas, aunque también se ha visto interacciones con ballenas azules. La mayor parte de las veces esta captura incidental se produce a través de enmallamientos que han resultado fatales para los cetáceos al enredarse en profundidad y morir asfixiados.

En la interacción de los cetáceos con la actividad pesquera no solo encontramos la afectación de los cetáceos por la pesca accidental o incidental sino por actos deliberados de los pescadores o empresas pesqueras con el objeto de matar, disuadir o repelerlos para proteger el producto de su pesca, utilizando explosivos, arpones, fusiles o incluso colisionando deliberadamente a los mamíferos. Estas conductas, atendidas las circunstancias, pueden ser calificadas como delitos punibles bajo el artículo 135 bis de la Ley de General de Pesca y Acuicultura, no siendo estas actividades parte de la eximente de responsabilidad penal en caso de muerte del cetáceo por pesca incidental regulada en el inciso 4º del artículo 135 bis de Ley de General de Pesca y Acuicultura que señala que “[n]o constituirá delito la muerte accidental de los ejemplares de cetáceos siempre que se acredite el cumplimiento de las normas de seguridad emanadas de las autoridades competentes y lo establecido en la ley [...]”

La pesca incidental o bycatch se ha definido como la muerte o lesiones generadas por la actividad pesquera. La ley general de pesca y acuicultura lo ha definido como “aquella conformada por especies que no son parte de la fauna acompañante y que está constituida por reptiles marinos, aves marinas y mamíferos marinos.” La ley 20.293 se hace cargo de esta amenaza y el inciso 2º de en su artículo 4º establece “todas las naves pesqueras deberán contar con un plan de contingencia en caso de colisión, daño o extracción accidental de un cetáceo, de acuerdo al reglamento respectivo.”

A partir de la ley 20.293 de protección a los cetáceos se ha promulgado otras normas con el objeto de atacar esta amenaza. En el año 2012 se promulga la ley

20.625²² que define el descarte de especies hidrobiológicas y establece medidas de control y sanciones para quienes incurran en esta práctica en las faenas de pesca y, el año 2017 y se promulgó el Decreto Supremo N° 76-2015 que Aprueba Reglamento del Dispositivo de Registro de Imágenes para Detectar y Registrar Descarte.²³

La ley 20.293 introduce el artículo 7º C a la Ley General de Pesca en la que se señala que "será obligatoria la devolución al mar de mamíferos marinos, reptiles, pingüinos y otras aves marinas, salvo que se encuentren severamente dañados o heridos, en cuyo caso serán retenidos a bordo para efectos de ser enviados a un centro de rehabilitación de especies." Así, La Ley General de Pesca y Acuicultura en sus artículos 13 A a 13 E regula la protección, rescate, rehabilitación, reinserción, observación y monitoreo de mamíferos, réptiles y aves hidrobiológicas.

La legislación chilena trata conjuntamente la pesca de descarte con la pesca incidental. La ley 20.625 introduce medidas novedosas tendientes a superar esta problemática, estableciendo el mandato de crear un programa de investigación para el descarte y la pesca incidental y la incorporación de la institución de los observadores científicos.

Respecto al programa de investigación ha sido liderado a partir del año 2013 por el Instituto de Fomento Pesquero denominándolo como "Programa de Investigación del Descarte y la Captura de la Pesca Incidental" el cual tiene como objeto recopilar antecedentes, elaborar un plan de reducción del descarte tanto de la especie objetivo como de la fauna acompañante y de la captura de la pesca incidental. Asimismo, a su cargo ha estado el programa de observadores científicos encargado de la observación y recopilación de datos a bordo de navas pesqueras, puntos de desembarque o en plantas de proceso, exclusivamente para la investigación con fines de conservación y administración de los recursos hidrobiológicos. Actualmente existen cerca de 220 observadores científicos, los cuales cubren cerca del 90% de las faenas pesqueras en todo el país.

22 Ley 20.625 (29/09/2012), Define el descarte de especies hidrobiológicas y establece medidas de control y sanciones para quienes incurran en esta práctica en las faenas de pesca, Ministerio de Economía, Fomento y Turismo; Subsecretaría de Pesca y Acuicultura. Disponible en: www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1044210

23 Decreto Supremo N° 76-2015 (20/03/2017), Aprueba Reglamento del Dispositivo de Registro de Imágenes para Detectar y Registrar Descarte, Ministerio de Economía, Fomento y Turismo; Subsecretaría de Pesca y Acuicultura. Disponible en: www.subpesca.cl/portal/615/w3-article-96157.html.

El Programa de Investigación del Descarte y la Captura de la Pesca Incidental en su reporte técnico del "Plan de Reducción del Descarte y de la Captura de Pesca Incidental para la pesquería industrial y artesanal de merluza común (*Merluccius gayi gayi*) en su Unidad de Pesquería" (2017) ha señalado que "la captura incidental de aves, mamíferos y tortugas marinas durante las operaciones de pesca, diversos antecedentes indican que puede alcanzar niveles significativos [...] [y] requiere ser considerada al momento de manejar las pesquerías bajo un enfoque ecosistémico o multiespecífico."²⁴

Asimismo, dicho reporte técnico se refiere a la elaboración del plan de acción para la reducción de la captura de la pesca incidental, esto es mamíferos marinos, aves marinas y reptiles marinos. El reporte establece medidas de corto plazo a implementar con el el objeto de reducir la pesca incidental , estableciendo: a) medidas de administración y conservación (uso obligatorio de líneas espantapájaros en la flota de arrastre, así como de otros dispositivos de exclusión y mitigación que al efecto se establezcan para las distintas artes y aparejos de pesca, de acuerdo a las condiciones operacionales de las naves o embarcaciones; devolución obligatoria de la pesca incidental; implementación de protocolos de identificación, manipulación adecuada y registro de captura incidental por parte de la flota extractiva; informar la captura de pesca incidental; homologar las normativas, procedimientos y recopilación de información a nivel nacional con los requerimientos de países y/o mercados consumidores de los productos de esta pesquería); b) programa de monitoreo del plan y evaluación de medidas (un programa básico o permanente de investigación debe mejorar y estandarizar las metodologías para monitorear y registrar las interacciones de la pesquería con la captura de pesca incidental, aplicación del reglamento de dispositivo de registro de imágenes, obligatoriedad progresiva de embarque de observadores científicos en naves industriales o embarcaciones artesanales); c) programa de capacitación y difusión (programa de capacitación y difusión a usuarios sectoriales, programa de capacitación y difusión a observadores); d) código de buenas prácticas para disminuir la pesca incidental; e) innovación y mejoras tecnológicas en los artes de pesca que disminuyan la pesca incidental.²⁵

24 Subsecretaría de Pesca y Acuicultura, Plan de Reducción del Descarte y de la Captura de Pesca Incidental para la pesquería industrial y artesanal de merluza común (*Merluccius gayi gayi*) en su Unidad de Pesquería, Valparaíso, junio 2017, informe técnico N° 115/2017. [Consulta: 07 de julio 2018]. Disponible en: cedepesca.net/wp-content/uploads/2017/07/SUBPESCA_RPESQ-115-2017_plan-reducci%C3%B3n-descarte-y-antecedentes-t%C3%A9cnicos-pesquer%C3%ADa-merluza-com%C3%BAn.pdf

25 *Ibid.* pp. 35-37.

Chile tiene especial interés en el mejoramiento de las prácticas de pesca incidental debido a una reciente modificación en la legislación estadounidense de protección de mamíferos marinos, la cual aplicará restricciones a la exportación de no comprobar que la normativa local cumple con los estándares de Estados Unidos. El reporte técnico N° 115/2017 de la Subsecretaria de Pesca y Acuicultura se refiere a esta situación y señala “existe un creciente interés y sensibilidad de la sociedad respecto a esta materia, lo que se traduce en restricciones en el acceso a mercados que requieren productos pesqueros provenientes de pesquerías sustentables. En este contexto, a contar de agosto de 2016, la Ley de Protección de Mamíferos Marinos de los Estados Unidos (Marine Mammal Protection Act) estableció regulaciones para aplicar restricciones a las importaciones de productos pesqueros capturados con tecnologías o artes de pesca que den como resultado matanzas o lesiones graves incidentales de mamíferos marinos superiores a los estándares de Estados Unidos, pudiendo el National Marine Fisheries Service (NMFS) catalogar pesquerías extranjeras como “exentas” (aquellas con baja probabilidad de incidencia de pesca incidental) o “de exportación” (aquellas con probabilidad de pesca incidental) donde, de no demostrarse lo contrario, se prohibirá el ingreso de todos los productos provenientes de una pesquería que no cumpla con los estándares norteamericanos (Fish and Fish Product Import Provisions of the Marine Mammal Protection Act, 2016). Chile, uno de los diez principales exportadores de productos pesqueros a Estados Unidos se vería eventualmente afectado por un incumplimiento de dicha normativa.”²⁶

Complementando la norma vigente el Decreto Supremo N° 76-2015 estableció la exigencia en naves pesqueras y artesanales la implementación de un dispositivo de imágenes para detectar pesca de descarte y pesca incidental. La norma es exigible para las naves industriales a partir de agosto de 2017 y para los pescadores artesanales desde febrero de 2020, el dispositivo deberá estar activado desde el zarpe hasta la recalada.

Se aprecia que existen enormes esfuerzos en términos legislativos por modernizar y elevar los estándares existentes en materia de pesca incidental. Sin embargo, es muy pronto para poder inferir conclusiones acerca del resultado, pues como hemos visto la normativa y su implementación está actualmente en desarrollo y solo tendría efectividad a partir del año 2018 -2019. Se destaca la existencia de una legislación progresista en la materia respecto de la actualidad

²⁶ Ibid., p. 2.

legislativa en la región de las Américas, además de la voluntad política de avanzar en los temas de conservación de los cetáceos.

4. Propender a la protección y conservación de las poblaciones de cetáceos

La historia de la ley 20.293 señala que dentro de los objetivos de la ley se "destacan el compromiso con la promoción de la conservación y reproducción de las poblaciones cetáceas y su biodiversidad, la protección de los espacios claves para el desarrollo de sus ciclos de vida, enfatizando los lugares de cría, apareamiento, alimentación y rutas migratorias", lo cual ha quedado consagrado en el artículo 3º de la ley.

La norma habla de objetivos, los cuales se deben entender como mandatos y principios que deben orientar la ley 20.293. Sin embargo, el mandato de conservación, protección y respeto de los espacios claves para el desarrollo de sus ciclos de vida, implementando medidas adicionales de protección en los lugares de cría, apareamiento, cuidado parental, alimentación y rutas migratorias no solo son dirigidas al legislador a fin fortalecer la normativa vigente, sino que deben ser observadas por el ejecutivo y el poder judicial. Asimismo, se debe educar a la ciudadanía en base a estos principios y propender a que los actores económicos y la sociedad civil respeten este mandato. Esto se confirma con lo señalado en el artículo 4 de la ley que establece "los organismos competentes en la materia deberán adoptar en forma coordinada e implementar las medidas y regulaciones necesarias para la protección de los cetáceos, su biodiversidad y los ecosistemas asociados."

Es claro que Chile ha dado pasos importantes en la protección y conservación de los cetáceos y su hábitat, adoptando una red normativa, de leyes, decretos y reglamentos, que buscan implementar un verdadero santuario de los cetáceos en su jurisdicción marítima. Una de las formas más efectivas de llevar a cabo los objetivos conservacionistas es sin duda la creación de áreas marinas protegidas (AMP). La Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza (IUCN) ha definido las AMP como "cualquier área de terreno intermareal o submareal, junto con su agua suprayacente y la flora, fauna, características históricas y culturales asociadas, que ha sido reservado por ley u otros medios efectivos para proteger parte o la totalidad del ecosistema."²⁷ En este sentido el artículo 3º h) de la ley

27 KELLEHER, G., *Guidelines for Marine Protected Areas*. IUCN, Gland, Switzerland and Cambridge, UK., 1999, pp. xxiv -107. [Consulta: 7 de julio 2018]. P. xi. Disponible en: www.iucn.org/sites/dev/files/import/downloads/mpaguid.pdf

20.293 señala “[...] se fomentará la creación de áreas marinas costera protegidas, parques o reservas.” Chile ha dado cumplimiento a ese eje programático creando progresivamente áreas marinas protegidas destinada a salvaguardar áreas de interés de los cetáceos, llegando a declarar un 42% de su zona económica exclusiva como área marina protegida, con diversos grados de protección.

Así, en las costas chilenas se pueden encontrar diversas áreas que han sido reconocidas por ley por su especial relevancia para los cetáceos y sus ciclos de vida. Es el caso del Parque Marino Nazca Desventuradas declarado el año 2016 (ballena azul)²⁸, Parque Marino Cabo de Hornos e Islas Diego Ramírez declarado el año 2018 (delfín austral, orca, ballena minke), Reserva Marina de Isla Choro y Damas declarada el año 2005 (ballena azul, din y jorobada, delfín de nariz de botella)²⁹, Parque Marino Francisco Coloane declarado el año 2003 (ballena jorobada, orca).³⁰

El año 2018 la presidenta Michelle Bachelet anunció la creación de nuevas áreas marinas protegidas, en la Isla Juan Fernández, Rapa Nui (migración de cetáceos), Cabo de Hornos y en Almirantazgo y Tortel (delfín chileno)³¹.

No obstante los progresos, de acuerdo a los datos del Servicio Nacional de Pesca los resultados no son concluyentes, y podemos entender que la conservación y protección aún se encuentra en ciernes. Si bien se han creado numerosas áreas marinas protegidas en los últimos 10 años, solo la Reserva Marina Francisco Coloane y Reserva Marina de Isla Choro y Damas cuentan con un plan de manejo y gestión. Ninguna área marina protegida creada después del año 2011 posee un plan de manejo, lo cual es un requisito sine qua non para que un área marina reciba recurso del Estado para su administración, implementación y estudios científicos.

Los planes de manejo no son un elemento accesorio, sino que son una pieza clave en términos de conservación pues son parte del marco legal requerido para

28 Decreto No 5 (14/03/ 2016), Declara Parque Marino “Nazca-Desventuradas”, Ministerio Del Medio Ambiente. Disponible en: www.mma.gob.cl/transparencia/mma/doc/DECRETO-NuMERO-5-DE-2016_DECLARA-PARQUE-MARINO-NAZCA-DESVENTURADAS.pdf

29 Decreto N° 151 (11/07/ 2005), Declara reserva marina espacio marítimo en torno a isla choros e isla damas, IV región, Ministerio de Economía, Subsecretaría Marina. Disponible en: www.leychile.cl/Navegar?idNorma=239968

30 Decreto 276 (15/01/2004), Declara área marina y costera protegida “Francisco Coloane”, un sector del Estrecho de Magallanes y fiordos adyacentes a la isla Carlos III y crea parque marino que indica, en la provincia de Magallanes, XII región de Magallanes y de la Antártica chilena, Ministerio de Defensa Nacional, Subsecretaría Marina. Disponible en: Véase. www.leychile.cl/Navegar?idNorma=220114

31 Hasta la fecha [julio 2018] estas áreas marinas protegidas aún no han sido oficializadas a través de decretos publicados en el Diario Oficial de Chile.

concretizar los macro objetivos de conservación descritos genéricamente en la normativa, siendo instrumentos ad hoc elaborados por especialistas que contienen la información, las instituciones, procedimientos, mecanismos de evaluación y los recursos necesarios para lidiar con la administración cotidiana de las áreas marinas protegidas en los casos concretos y atendiendo las circunstancias específicas de cada área marina protegida. Los planes de manejo son el medio de ejercer la gobernanza de nuestros océanos.

Los planes de manejo deben contar con descripción del área en términos geográficos, pormenorizando la biodiversidad, la flora y fauna, estableciendo claramente sus objetivos, vías de realización y mecanismos de seguimiento y evaluación. Igualmente, se deben identificar los riesgos y conflictos potenciales, actuales e históricos de la zona, así como sus aspectos vulnerables. Asimismo, se debe identificar concretamente a través de una lista las partes interesadas de la zona (comunidades de pescadores, navieras, industria pesquera, industria piscícola, empresas de turismo, industria extractiva, grupos indígenas, comunidades locales y costeras, científicos, entre otros) y en concordancia con ellos identificar los impactos económicos y sociales de la implementación del área marina protegida en las partes interesadas y/o potencialmente afectadas, especificando los beneficios de desarrollar el plan de manejo, como también la vías de mitigación de los perjuicios colaterales, por ejemplo de las restricciones en la pesca. En ese mismo sentido se debe identificar claramente cómo y cuáles son las interacciones humanas permitidas con el medio en el caso áreas marinas protegidas y en sus respectivas zonas. También es relevante establecer vías de participación y comunicación ciudadana de las partes interesadas y la comunidad y las instituciones titulares de la administración, desarrollando campañas de sensibilización y educación a la población de forma de coadyuvar a obtener los fines de conservación, así como mecanismo para hacer efectiva la realización de los objetivos del plan de manejo. Como se aprecia, el plan de manejo es el instrumento de realización de las áreas marinas protegidas.

Podemos decir que se observa la existencia de la voluntad política y legislativa, pero se falla en la implementación de los operadores. Hasta el momento numerosos parques se encuentra bajo el fenómeno de parques de papel sin implementación efectiva, sin asignación de presupuesto, sin una institucionalidad que las lleve a cabo, por lo que no es posible aspirar a resultados congruentes con los objetivos establecidos en las leyes.

La protección al medio ambiente hay que abordarlo como un fenómeno global y complejo en que todos los componentes del medio ambiente se encuentran inter vinculados a través de un delicado equilibrio, por lo que cualquier legislación que aborde de forma parcializada este fenómeno está destinada al fracaso. Consecuentemente, la protección de los cetáceos debe estar enmarcada en ese objetivo global.

III. MOVIMIENTO GLOBAL QUE RECONOCE LOS DERECHOS DE LA NATURALEZA, LOS DERECHOS DEL OCÉANO Y DE LOS CETÁCEOS

Hemos visto a pesar de los esfuerzos legislativos y los avances en términos de conservación de los océanos y la protección de los cetáceos en Chile, tras 10 años de la adopción de ley 20.293 no es posible tener resultados concretos y definitivos en el ámbito de conservación de los océanos y los cetáceos. Otros países que han atravesado por este trance, han optado por modificar definitivamente su vínculo y su aproximación con la naturaleza.

Así, numerosos Estados consientes de la necesidad urgente de buscar formas efectivas de revertir la degradación del medio ambiente y de sus componentes naturales como océanos, bosques y ríos, han decidido reformar sus constituciones y legislaciones con el objeto de proteger la naturaleza. Ellos han reconocido los derechos de la naturaleza, desvinculados de su relación con los seres humanos, modificando la concepción tradicional de la naturaleza como recurso para reconocerla como sujeto de derechos, estableciendo un nuevo contrato social en donde la naturaleza tiene voz y voto.

Ecuador³² y la Ciudad de México³³ han efectuado un reconocimiento de los derechos de la naturaleza en sus respectivas Constituciones. En otros casos, los Estados han optado por reconocimiento legislativo como Bolivia.³⁴ Este también es el caso de Nueva Zelandia quien recientemente concedió personalidad jurídica al río Whanganui³⁵ y al parque natural Te Urewera³⁶. Asimismo, hay países que han sentado precedentes judiciales reconociendo a entidades naturales como sujeto

32 Constitución Política de la República de Ecuador (Ecuador) (20/10/2008). Arts. 10, 71, 72, 73, y 74.

33 Constitución Política de la Ciudad de México (2017) programada para entrar en vigor el 17 de septiembre de 2018 y Ley de sustentabilidad hídrica (Ciudad de México, México), aprobada en lo general por la Asamblea Legislativa de la Ciudad de México el 24 de noviembre de 2017.

34 Ley 071 (21/12/2010), Ley de derechos de la Madre Tierra (Bolivia) y Ley 300 (15/10/2012), Ley Marco de la Madre Tierra y desarrollo integral para vivir bien (Bolivia).

35 Te Awa Tupua (Whanganui River Claims Settlement) Act (Nueva Zelandia) (20/03/2017).

36 Te Urewera Act (Nueva Zelandia) (27/07/2014).

de derechos, es el caso de la India, el tribunal supremo de Uttarakhand declaró a los ríos Ganga (o Ganges) y Yamuna señalando que gozaban con “la condición de persona jurídica con todos los derechos, obligaciones y responsabilidades correspondientes.”³⁷ En la misma dirección encontramos el caso de Colombia que ha reconocido los derechos del Río Atrato³⁸ y la Amazonía Colombiana a los que se ha reconocido derechos a la protección, conservación, mantenimiento y restauración.³⁹ Asimismo, decenas de municipios en Estados Unidos han aprobado leyes locales para reconocer los Derechos de la Naturaleza. En 2006, Tamaqua Borough, Pennsylvania se convirtió en el primer municipio en adoptar una ordenanza sobre los Derechos de la Naturaleza.⁴⁰ En 2013, Santa Mónica, California aprobó la ordenanza 4.75.040 (b) que declaró que “las comunidades y ecosistemas [n]aturales poseen derechos fundamentales e inalienables de existir y florecer en la ciudad de Santa Mónica.”⁴¹

No solo a nivel de derecho interno se ha producido el cambio de paradigma. La Corte Interamericana de Derechos Humanos (CorteIDH), en la Opinión Consultiva Oc-23/17 del 15 de noviembre del año 2017⁴² da un espaldarazo al reconocimiento de la Ley de la Tierra, declarando por primera vez que el derecho al medio ambiente sano constituye un derecho autónomo. El párrafo 62 señala que el “derecho al medio ambiente sano como derecho autónomo, a diferencia de otros derechos, protege los componentes del medio ambiente, tales como bosques, ríos, mares y otros, como intereses jurídicos en sí mismos[...]. Se trata de proteger la naturaleza y el medio ambiente no solamente por su conexidad con una utilidad para el ser humano o por los efectos que su degradación podría causar en otros derechos de las personas, como la salud, la vida o la integridad personal, sino por su importancia para los demás organismos vivos con quienes se comparte el planeta, también merecedores de protección en sí mismos. En este sentido, la Corte advierte una tendencia a reconocer personería jurídica y, por ende, derechos a la naturaleza

37 High Court of Uttarakhand at Nainital, Mohd. Salim c. State of Uttarakhand & others, Write Petition (PIL), 20/03/2017, No. 126 of 2014. Esta decisión ha sido impugnada y se encuentra pendiente de revisión

38 Corte Constitucional de Colombia, Sala Sexta de Revisión, Centro de Estudios para la Justicia Social “Tierra Digna” y otros c. la Presidencia de la República y otros, Acción de tutela del Río Atrato, 10/10/2016, T-622 de 2016.

39 Corte Suprema de la República de Colombia, Sala de Casación Civil, Andrea Lozano Barragán y otros c. la Presidencia de la República y otros, acción de impugnación, 5/032018, STC4360-2018.

40 BEALE, Kate, *Derechos para la Naturaleza: en la Región del Carbón de Pensilvania, un Enfoque Radical para la Conservación Toma Raíz*, Huffington Post, 2 de febrero de 2009. [Consulta: 07 de julio 2018]. Disponible en: www.huffingtonpost.com/kate-beale/rights-for-nature-in-pas_b_154842.html

41 Ordenanza del Concejo Municipal de la Ciudad de Santa Mónica que establece los Derechos de Sustentabilidad (USA) (12/03/2013).

42 Corte Interamericana de derechos Humanos, Opinión Consultiva solicitada por la República de Colombia, 15/10/17, OC-23/17. Disponible en: www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_23_esp.pdf

no solo en sentencias judiciales sino incluso en ordenamientos constitucionales”. Asimismo, en la opinión consultiva establece una serie de obligaciones a los Estados miembros para dar cumplimiento al derecho a un ambiente sano.

El reconocimiento de los derechos de la naturaleza es un movimiento que está creciendo rápidamente y tiene como objetivos: (i) reconocer que la naturaleza es una entidad legal, capaz de ejercer sus propios derechos, (ii) tener capacidad jurídica para comparecer antes las cortes y ser escuchada, (iii) obrar a través de los guardianes, quienes serán los representantes de sus derechos y serán la voz de los componentes de la naturaleza.

Pasar de un enfoque netamente antropocéntrico a una visión holística de la naturaleza trae consigo una serie de ventajas, entre ellas podemos contar que: i) se reconoce que la tierra y sus componentes poseen el derecho inherente de prosperar, garantiza que los sistemas naturales mantengan su salud y continúen apoyando a toda la vida; ii) el avance de los derechos de la naturaleza corregirá los vacíos en nuestras estructuras legales que permiten a los actores miopes abusar de los sistemas naturales del mundo para obtener un beneficio rápido; iii) crea una institucionalidad específicamente destinada a operar como guardianes de los componentes de la naturaleza y representarlos independientemente; iv) el enfoque de Derechos de la Naturaleza promueve la idea de que los humanos, al igual que todo lo demás que vive en la tierra, debe respetar los sistemas naturales.

En el marco del reconocimiento de los derechos de la naturaleza, numerosas organizaciones han trabajado redactando proyectos de declaraciones y marcos jurídicos, buscando crear influencia para que éstos sirvan de modelo e inspiren legislaciones a nivel internacional y/o a nivel local. Son destacable, para los fines de este documento, dos proyectos no solamente con el objeto de servir de recomendaciones en busca de propender importantes modificaciones a nivel constitucional y legislativo en nuestro país, sino también como instrumentos de defensa y argumentación jurídica ambiental. Estos son la declaración de los derechos de los cetáceos elaborada por el llamado grupo de Helsinki y “el marco legal de la ley de la tierra para áreas marinas protegidas”⁴³ lanzada por Earth Law Center durante el año 2018, ambas recogiendo una aproximación holística para la gestión de la naturaleza y sus componentes y reconociendo los derechos de la naturaleza.

43 BENDER, Michelle, *op. cit.*

En mayo de 2010 en la Universidad de Helsinki, Finlandia, un grupo de científicos y filósofos elaboraron la llamada Declaración de los Derechos de los Cetáceos, en ella se codifica una serie de derechos fundamentalmente para los cetáceos. Recociendo que cada individuo cetáceo tiene derecho a la vida y que ningún cetáceo debe ser mantenido en cautividad o en servidumbre ni ser sometido a un tratamiento cruel o ser retirado de su medio natural. Asimismo, establece el derecho de los cetáceos a la libertad de circulación y de estancia en su medio ambiente natural, que los cetáceos no son propiedad de ningún Estado, persona moral, grupo humano o individuo. Igualmente, se señala que los cetáceos tienen derecho a la protección de su medio ambiente natural y no estar sometido a la perturbación de sus culturas. Destacando el rol activo que deben asumir los organismos internacionales y nacionales en la protección de los cetáceos y su hábitat.

En el mismo sentido se erige el marco legal de la ley de la tierra para áreas marinas protegidas impulsado por Earth Law Center busca modificar la concepción que se tiene del océano como un recurso ilimitado u objeto de explotación para que sea considerado como una entidad legal con derecho a existir, prosperar y evolucionar. Influenciando de este modo, la creación de una nueva relación de los océanos con los seres humanos determinada por las reglas naturales de la tierra y sus límites y no de acuerdo a las necesidades de los hombres. Destaca, asimismo, que, en el manejo de los océanos a nivel legislativo, reglamentario y en la toma de decisiones, debe tener como objetivo más alto mantener los océanos saludables, donde saludable lo establece la ciencia de acuerdo a lo que naturalmente es sano para el océano en sí mismo y no en consideraciones con el ser humano. Considera además la importancia de que gran parte del océano se encuentre libre de toda perturbación. Así, en el manejo del océano insta no solo a creación de áreas marinas protegidas, sino también el reconocimiento de derechos inherentes para dichas áreas marinas protegidas, el establecimiento de guardianes que representen los intereses y defiendan sus derechos independientemente y que pueda hablar por ellas. Así como la creación de leyes, reglamentos y planes de manejo y gestión en que esta visión atraviese cada uno de ellos. Se reconoce igualmente al océano un catálogo de derechos mínimos: derecho a existir y ejercer sus funciones esenciales con el medio, a estar saludable y al buen vivir, a la biodiversidad, al agua y al aire limpio, al equilibrio, a la restauración y a ser representado.

Como se ha puntualizado anteriormente el reconocimiento como sujeto de derecho y la representación por medio de guardianes tanto de los cetáceos como de a las áreas marinas protegidas permitirá corregir los vacíos en nuestras estructuras

legales. Esto permite que los componentes del medio ambiente sean parte activa en la escena jurídica, política y económica. De este modo, su participación en los diversos ámbitos de la escena nacional, produce un reequilibrio del poder. Los océanos o los cetáceos a través de sus representantes podrían ser escuchados teniendo una injerencia activa en la toma de decisiones sobre actos legislativos, administrativos, ejecutivos, así como proyectos públicos y privados que pudiesen afectarlos directa o indirectamente, tal como tradicionalmente se ha hecho con las corporaciones y sus intereses.

Es interesante pensar en qué diría el océano o los cetáceos, actuando a través de sus guardianes, durante los procedimientos de evaluación y calificaciones ambientales de proyectos o actividades que pudieran generar un impacto ambiental o perturbar sus ciclos de vida y socialización o vulnerar sus derechos reconocidos por la ley. Por ejemplo, qué diría los cetáceos que transitan y habitan en las costas de la Isla de Chiloé acerca del parque eólico en el área costera del sector de Mar Brava, impulsado por Ecopower y de la aprobación de resolución de calificación ambiental del proyecto, a pesar de que la ley 20.293 prohíbe el acoso de los cetáceos y establece claramente que se debe propender a la protección y conservación de las poblaciones de cetáceos, proteger espacios claves para el desarrollo de sus ciclos de vida, implementando medidas adicionales de protección en los lugares de cría, apareamiento, cuidado parental, alimentación y rutas migratorias.

Qué dirían los cetáceos que habitan y transitan en la región de Magallanes, de los más de 126 proyectos de producción intensiva de salmónidos con concesiones acuícolas otorgadas en la región de Magallanes y los 134 proyectos en trámite, teniendo además como antecedente que "en septiembre de 2016, la Contraloría General de la República emitió los informes de dos auditorías hechas a los servicios estatales encargados de regular y fiscalizar las actividades acuícolas: el Servicio Nacional de Pesca y Acuicultura (SERNAPESCA) y la Subsecretaría de Pesca y Acuicultura (SUBPESCA). La auditoría a SUBPESCA evidenció que, entre 2013 y 2015, 53% de los centros que operaban en la región de Magallanes habían reportado la generación de condiciones anaeróbicas⁴⁴, lo que implica insuficiencia

44 Asociación Interamericana para la Defensa del Ambiente, *Los Riesgos de la Expansión Salmonera en la Patagonia Chilena*, enero de 2018. p. 3. [Consulta: 07 de Julio de 2018] Disponible en: www.aida-americas.org/sites/default/files/featured_pubs/estado_de_la_salmonicultura_intensiva_en_magallanes_chile_18-01-25.pdf La condición anaeróbica, de acuerdo al Reglamento Ambiental para la Acuicultura (RAMA), indica "ausencia de oxígeno en el agua (...)". El mismo reglamento indica que "se entenderá que se supera la capacidad de un cuerpo de agua cuando el área de sedimentación o la columna de agua, según corresponda, presente condiciones anaeróbicas".

de oxígeno para soportar vida marina. El informe de la auditoría a SERNAPECSA corroboró los resultados anteriores y señaló explícitamente que dicha entidad [...] no ha ejercido la correcta vigilancia y fiscalización de las concesiones acuícolas [...], confirmando la situación grave y urgente en la región. Hasta el momento, ninguna de las dos entidades ha modificado las prácticas consideradas displicentes por las auditorías."⁴⁵

En Chile existen leyes de protección de los cetáceos, ha existido desarrollo reglamentario, se han creado zonas marinas protegidas, sin embargo, la aplicabilidad de esta ley es precaria y aún se encuentra en desarrollo. Como se ha señalado no existen planes de manejo en gran parte de las zonas marinas protegidas y se siguen ignorando por los sistemas de evaluación ambiental y por las cortes recurridas las normas, el principio de precaución y los estándares de protección y conservación impuestos por la ley de protección de los cetáceos.

El movimiento de los derechos de la naturaleza entiende que estas deficiencias podrían ser subsanadas si se reconociera los derechos de la naturaleza, permitiendo que tanto las áreas marinas protegidas como los cetáceos, a través de sus guardianes, pudiesen intervenir y ser consultados en la toma de decisiones. En Chile esto no es realidad aún, sin embargo, en el caso específico del reconocimiento de derechos de las áreas marinas protegidas en Uruguay Earth Law Center en conjunto con la Organización para la Conservación de los Cetáceos están preparando un proyecto de ley que busca reconocer su Santuario de Ballena y Delfines como sujeto de derechos, reconociendo derechos al santuario y a los cetáceos que habitan y transitan en él, buscando implementar un plan de manejo global y multiuso teniendo como principal objetivo la protección y conservación e los cetáceos⁴⁶. Si lograrse ser adoptada esta iniciativa sería un paradigma muy importante para Chile y sus objetivos conservacionistas.

⁴⁵ Ibid, p. 2.

⁴⁶ Véase www.earthlawcenter.org/uruguay-initiative/

CONCLUSIONES

A partir del año 2008, Chile a través de promulgación de la ley 20.293 de protección de los cetáceos decide adoptar una visión conservacionista respecto de los cetáceos.

Durante estos 10 años de vigencia de la ley de Protección de los Cetáceos Chile ha modernizado progresivamente su legislación con el objeto de hacer frente a las diferentes amenazas que enfrentan los cetáceos como son la caza, la pesca incidental y el cambio climático, el desarrollo industrial, extractivo y energético en zonas costeras. Esto muestra la voluntad política en materia de conservación de los océanos y protección de los cetáceos, siendo líder en Latinoamérica. Así, se han promulgado la ley No 20.625 que define el descarte de especies hidrobiológicas y establece medidas de control y sanciones para quienes incurran en esta práctica en las faenas de pesca, el Decreto Supremo N° 76-2015 que aprueba Reglamento del Dispositivo de Registro de Imágenes para Detectar y Registrar Descarte y el Decreto Supremo N° 38-2011 que aprueba el Reglamento General de Observación de Mamíferos y el Reptiles y Aves Hidrobiológicas y del Registro de Avistamiento de Cetáceos.

En el mismo sentido, se destaca que la creación de nuevas áreas marinas protegidas, abarcando el 42% de la extensión de la Zona Exclusiva Económica de Chile, siendo uno de los 5 países con mayor cantidad de áreas marinas protegidas en el mundo.

A pesar de los esfuerzos del legislador en Chile se aprecian falencias en la implementación de la ley. Existe escaso levantamiento de cifras oficiales acerca de la situación actual de las amenazas de la población de cetáceos. Las áreas marinas protegidas en su mayoría son solo de papel y en la actualidad no cuentan con un plan de manejo y administración, el cual es fundamental para la gestión de los recursos marinos y para obtener los objetivos de conservación y preservación de los lugares más relevantes para los ciclos de vida de los cetáceos.

Tampoco se ve una adherencia clara del sistema de evaluación ambiental, ni jurisprudencial a los principios y los estándares de protección y conservación de los cetáceos impuestos por la ley 20.293.

Los resultados de la ley 20.293 y de los decretos y reglamentos que se han desarrollado en torno a ella, son inciertos. Se ha señalado por el Servicio Nacional de Pesca que “[l]os varamientos de fauna marina en Chile se quintuplicaron en los últimos siete años debido al cambio climático y a la captura incidental de especies no deseadas en las redes durante faenas pesqueras [...]. En el año 2016 los ejemplares que llegaron al sector costero fueron 1.079 y en el último septenio vararon 4.188 ejemplares [...]de los cuales un 19% [fueron] cetáceos.”

El movimiento de la ley de la tierra cree que se puede mejorar los defectos de las legislaciones y de su implementación a través del reconocimiento del derecho del océano y de los cetáceos, la cual se presenta como una alternativa que está siendo adoptada al rededor del mundo con el objeto de dotar a los componentes de la naturaleza de una voz y voto en materia ambiental, estableciendo la institución de los guardianes de la naturaleza quienes defenderán los derechos de la naturaleza en los diferentes foros sean legislativo, judicial o ejecutivo e incluso internacionalmente. De la adopción de una ley que reconozca las áreas marinas protegidas y de los cetáceos como sujeto de derecho emanarían principios y derechos claros que permitirían subsanar mucho de los defectos existentes en nuestra legislación y poner en primer lugar la salud de los océanos y de sus componentes esenciales.

Recibido: 10 de junio de 2018.

Aprobado: 28 de agosto de 2018.