

# El caso del pez espada: una controversia de jurisdicción y de derecho sustantivo, y los diversos argumentos para inclinar la balanza\*

*Dominique Hervé Espejo y Ximena Fuentes Torrijo*

---

*Las medidas para la conservación del pez espada adoptadas por Chile encontraron la fuerte oposición de la Unión Europea, que decidió recurrir contra Chile ante los mecanismos de solución de controversias de la OMC. Por su parte Chile, resolvió recurrir al Tribunal del Mar para establecer su derecho a tomar medidas de conservación en el alta mar adyacente a su zona económica exclusiva. Si bien, por ahora, ambos procedimientos se encuentran suspendidos, es interesante revisar las fortalezas y debilidades de la posición chilena. La fuerza efectiva que puedan tener los argumentos chilenos no sólo dependerá de la calidad argumentativa de los mismos sino también de las posibilidades de Chile de enfrentar el conflicto sustantivo de normas que subyace a esta controversia y de hacer prevalecer las normas que más favorecen su posición. Asimismo, la controversia plantea un conflicto de jurisdicción que agrega un elemento más de complejidad a la disputa, con el riesgo de que se obtengan decisiones jurisdiccionales contradictorias, lo que favorecería, en definitiva, a la parte que tenga mejor capacidad negociadora y al mecanismo de solución de controversias que cuente con los medios de presión más eficaces para asegurar el cumplimiento de la respectiva decisión.*

---

---

\* Este artículo forma parte del proyecto Fondecyt No. 1020182, sobre “Aspectos Jurídicos del Concepto de Desarrollo Sustentable y sus Implicancias para los Países en Desarrollo, especialmente Chile”. Parte de la investigación desarrollada para este trabajo se efectuó en el contexto de un proyecto de vínculos académicos con la Universidad de Edimburgo, financiado gracias al apoyo del British Council. Las autoras agradecen también la participación de Ximena Alcayaga Claussen, ayudante de investigación del Centro de Derecho Ambiental de la Universidad de Chile.

## I. ANTECEDENTES

El ya conocido “caso del pez espada” tiene sus orígenes a comienzos de los años noventa, cuando la Comisión Internacional para la Convención del Atún Atlántico, de la que es parte la Unión Europea (UE), recomendó limitar la captura del pez espada en el Océano Atlántico<sup>1</sup>. Esta decisión impulsó a las pesqueras españolas a trasladar sus actividades a la zona del Pacífico Sudeste, en aguas de la alta mar adyacentes a la Zona Económica Exclusiva (ZEE) de Chile, debido, entre otras razones, a la ubicación geográfica, la infraestructura y las instalaciones comerciales de sus puertos<sup>2</sup>. La entonces Comunidad Europea (CE) subsidio este nuevo emprendimiento<sup>3</sup>.

Atendido al hecho de que a esa fecha

Chile consideraba al pez espada como un recurso pesquero en estado de plena explotación<sup>4</sup> en su ZEE, y dado que se trataba de una especie altamente migratoria, el país reaccionó frente a la situación, alegando que la captura que realizaba la flota española era en efecto una captura del mismo stock explotado dentro de la ZEE de Chile, lo cual ponía en peligro a la especie y a su explotación dentro de la ZEE<sup>5</sup>.

### A. Medidas adoptadas por Chile

Chile decide, entonces, adoptar medidas de conservación en su ZEE, amparándose en los derechos que confiere la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (CONVEMAR) a los Estados costeros<sup>6</sup>, los que en su opi-

---

<sup>1</sup> ICTSD, “El pez espada enfrenta a Chile y la UE”, en *Puentes. Entre el Comercio y el Desarrollo Sustentable*, Vol.3, N°1, junio-agosto 2000, p.1.

<sup>2</sup> Decisión de la Comisión del 5 de abril del 2000, adoptada con arreglo a lo dispuesto en el Reglamento (CE) N°3286/94 del Consejo, relativo a la prohibición de Chile de descargar las capturas de pez espada en los puertos chilenos, Considerando N°15, Diario Oficial de las Comunidades Europeas, 18/4/2000.

<sup>3</sup> Decisión C (90) 2184 del 24 de noviembre de 1990 sobre asistencia financiera a la campaña experimental en el Pacífico Sudeste, basada en la Regulación (CE) 4028186, citada en el Informe al Comité de Regulación de Barreras Técnicas de marzo 1999, Director General 1. En ICTSD, “El pez espada enfrenta a Chile y la UE”, en *Puentes. Entre el Comercio y el Desarrollo Sustentable*, Vol.3, N°1, junio-agosto 2000, p.1.

<sup>4</sup> Dentro del sistema de acceso a los recursos pesqueros existente en nuestro país, se distingue entre un régimen general de acceso a la actividad extractiva industrial y regímenes especiales de acceso. Estos últimos se clasifican en régimen de plena explotación, régimen de pesquería en recuperación y régimen de desarrollo incipiente. El *régimen de plena explotación*, según el artículo 2 N° 21 de la Ley General de Pesca (LGPA), es aquel en que la pesquería llega a un nivel de explotación tal que, con la captura de las unidades extractivas autorizadas, ya no existe superávit en los excedentes productivos de la especie hidrobiológica. Las consecuencias de esta situación están establecidas en los artículos 20 y 50 de la LGPA: suspensión de la recepción de solicitudes y del otorgamiento de autorizaciones de pesca para capturar esa especie en el área que fije el decreto respectivo por un lapso no inferior a seis meses ni superior a un año, y la suspensión por categoría de pescador artesanal y por pesquería, de la inscripción en el Registro Artesanal en una o más regiones de dicha especie por el periodo que se indique.

<sup>5</sup> ICTSD, “El pez espada enfrenta a Chile y la UE”, en *Puentes. Entre el Comercio y el Desarrollo Sustentable*, Vol.3, N°1, junio-agosto 2000, p.1.

<sup>6</sup> Ver artículos 56, 61, 62, 63, 64 y 116 a 119 de la CONVEMAR.

nión le permiten proteger no sólo los recursos marinos vivos en la ZEE, sino que también los de la alta mar adyacente.

Luego de una serie de medidas previas, Chile adopta la medida que genera la controversia con la CE, esto es, la prohibición del uso de sus puertos para el desembarco y la reexportación del pez espada capturado por las flotas que operan en la alta mar adyacente a la Zona Económica Exclusiva, en contravención a las medidas de conservación adoptadas por Chile.

---

### **Las autoridades chilenas adoptaron medidas para evitar la sobrepesca del pez espada en el mar territorial, la ZEE y el alta mar adyacente a sus costas.**

---

Esta prohibición que, como veremos, se materializa mediante el Decreto Supremo N°598 de 1999 del Ministerio de Economía de Chile, se enmarca dentro del proceso de adopción de las medidas adoptadas por la autoridad competente para evitar la sobrepesca del pez espada tanto en el mar territorial como en la ZEE y en

el alta mar adyacente a las costas de Chile a saber, la dictación de normas que regulan la pesquería del pez espada; y la dictación de resoluciones relativas al estado de plena explotación del recurso.

#### *a) Dictación de normas que regulan la pesquería del pez espada*

- La primera de ellas fue el Decreto Supremo N°293 del Ministerio de Economía, de fecha 5 de septiembre de 1990 (D.O. 15/10/1990), que entró en vigencia el 1° de enero de 1991. De acuerdo con los considerandos del decreto, su contenido apunta a regular las *artes y áreas de pesca del recurso albacora y su fauna asociada en las aguas de jurisdicción nacional*<sup>7</sup>. Su ámbito de aplicación abarca todas las embarcaciones que efectúan actividades pesqueras extractivas en las pesquerías de pez espada o albacora en el mar territorial y en la ZEE<sup>8</sup>. Particular importancia tiene para el caso en estudio el artículo 3, que *prohíbe los desembarques en puertos chilenos de capturas del pez espada realizados en contravención a las normas del presente decreto*<sup>9</sup>.

---

<sup>7</sup> Área de pesca: espacio geográfico definido como tal por la autoridad para los efectos de ejercer en él actividades pesqueras extractivas de una especie hidrobiológica determinada (Artículo 2 N°7 LGPA); Artes de pesca: sistema o artificio de pesca preparado para la captura de recursos hidrobiológicos, formado principalmente con paños de redes (Artículo 2 n°9 LGPA).

<sup>8</sup> Artículo 1.

<sup>9</sup> Dentro de las normas adoptadas por el presente decreto, fuera de las ya mencionadas, cabe señalar como ejemplos, las siguientes: las embarcaciones cuya eslora total es inferior a 28 metros que cuenten con autorización vigente, podrán efectuar actividades pesqueras extractivas del recurso albacora o pez espada y su fauna asociada en el mar territorial y ZEE. Por el contrario, las embarcaciones con autorización vigente de eslora total igual o superior a 28 metros sólo podrán operar en esta pesquería en el área de la ZEE ubicada al oeste de las 120 millas marinas medidas desde las líneas de base normales o rectas (Artículo 4); las personas que realicen actividades extractivas en la pesquería de pez espada, deberán proporcionar al Servicio Nacional de Pesca los datos estadísticos exactos y las informaciones que les sean solicitadas en relación con esta actividad pesquera. Asimismo, deberán aceptar a bordo de las

- Posteriormente, la Subsecretaría de Pesca dictó la Resolución N°406, de 14 de marzo de 1997, que *establece el tamaño mínimo de extracción para la especie albacora o pez espada*. Esta resolución se basa en el artículo 4° de la Ley General de Pesca y Acuicultura (LGPA) que establece la facultad y el procedimiento para establecer medidas de administración de los recursos hidrobiológicos<sup>10</sup>. Esta medida fija una talla mínima de captura o desembarque para la especie “en todo el litoral”, sin perjuicio de que se autoriza la captura o desembarque de especies de tamaño inferior al mínimo, mientras no excedan el veinte por ciento del número total de ejemplares capturados o desembarcados por cada embarcación.<sup>11</sup>

- Por último, con fecha 15 de octubre de 1999, se dicta el Decreto Supremo N°598, también del Ministerio de Economía, por el que se aplica el artículo 165

de la LGPA<sup>12</sup> a la especie pez espada. En sus considerandos se establece que la población del recurso hidrobiológico pez espada (*Xiphias gladius*) presenta un carácter altamente migratorio, distribuyéndose tanto en el mar territorial y ZEE de la República de Chile como en alta mar, circunstancia que hace necesario uniformar las medidas de conservación y manejo de este recurso en las áreas antes señaladas a fin de garantizar su efectividad respecto de la población de la especie. Por su parte, el artículo 165 de la LGPA establece la facultad para ampliar las normas de conservación y manejo sobre poblaciones comunes o especies asociadas existentes en la ZEE y en alta mar.

---

### **La población del recurso pez espada es de carácter altamente migratorio.**

---

embarcaciones en que efectúen sus faenas, a los funcionarios que designe la Subsecretaría de Pesca, con fines de investigación (Artículo 9); las embarcaciones autorizadas para efectuar actividades pesqueras extractivas del recurso pez espada por Decreto del Ministerio de Agricultura o por Resolución de la Subsecretaría de Pesca, dictadas con anterioridad a la entrada en vigencia del presente reglamento, deberán ajustarse sin excepción a las disposiciones contenidas en este reglamento al momento en que este entre en vigencia, sin que para ello sea necesario modificar las respectivas autorizaciones (Artículo 10).

<sup>10</sup> Artículo 4 LGPA: “En toda área de pesca, independientemente del régimen de acceso a que se encuentre sometida, la Subsecretaría, mediante resolución fundada, previo informe técnico del Consejo Zonal de Pesca que corresponda, podrá establecer una o más de las siguientes prohibiciones o medidas de administración de los recursos hidrobiológicos: a) Fijación de tamaños mínimos de extracción por especie en un área determinada y sus márgenes de tolerancia. En ningún caso el tamaño mínimo será inferior al de la talla crítica; b) Fijación de dimensiones y características de las artes y los aparejos de pesca. Prohíbese realizar actividades pesqueras extractivas en contravención a lo dispuesto en este artículo.”

<sup>11</sup> Artículo 2.

<sup>12</sup> Artículo 165 LGPA: “El Ministerio mediante decreto supremo, previo informe de la Subsecretaría y consulta al Ministerio de Relaciones Exteriores, podrá establecer normas de conservación y manejo sobre aquellas poblaciones comunes o especies asociadas existentes en la ZEE y en la alta mar. Dictadas que sean estas normas podrá prohibirse o regularse el desembarque de capturas o productos derivados de éstas, cuando éstas se hayan obtenido contraviniendo dichas normas. Lo dispuesto en el inciso precedente podrá hacerse extensivo respecto de las especies altamente migratorias, así como también respecto de poblaciones anádromas y mamíferos marinos, cuando se estime pertinente. Asimismo, previo informe de la Subsecretaría y consulta al Ministerio de Relaciones Exteriores, el Ministerio por decreto

En atención a lo señalado, el artículo 1º del DS 598 dispone que:

Las medidas de conservación y manejo vigentes para la especie hidrobiológica pez espada (*Xiphias Gladius*) en aguas de la ZEE de la República de Chile se aplicarán a toda la población de dicha especie. En consecuencia: a) se extenderán a la población del pez espada en áreas de alta mar todas las medidas de conservación o manejo vigentes a la fecha de publicación del presente decreto. Por lo tanto, y desde esta fecha, regirán para la alta mar, las regulaciones de talla mínima, del arte y los aparejos vigentes para la pesca del pez espada al interior de la ZEE; b) Se extenderán igualmente a áreas de alta mar las medidas de conservación o manejo que pudieran adoptarse a futuro respecto de la especie, a menos que se excluya expresamente su aplicación a dichas áreas.

Finalmente, el artículo 2º establece que se prohíbe el desembarque de capturas de la especie pez espada, o de productos derivados de éstas, provenientes de alta mar, cuando se hubieren obtenido en contravención a las medidas vigentes de conformidad con el decreto.

*b) Dictación de resoluciones relativas al estado de plena explotación del recurso:*

Éstas ordenan tanto la suspensión de la inscripción en el Registro Artesanal en

la categoría de pescador y en la sección de pesquería del recurso pez espada como la suspensión del ingreso de nuevas solicitudes y del otorgamiento de autorizaciones de pesca a naves pesqueras industriales para esta pesquería, por haber alcanzado el estado de plena explotación, durante el período comprendido entre el 3 de enero de 1992 y el 31 de diciembre del 2004.

---

### **La prohibición de desembarcar las capturas impidió a los productores comunitarios acceder a los mercados de terceros países.**

---

#### *B. Posición de la CE en relación con las medidas adoptadas por Chile*

De acuerdo con la CE, las medidas adoptadas por Chile generaron diversos perjuicios a los productores comunitarios. En primer lugar, porque la prohibición chilena obligó a los buques comunitarios a desembarcar o transbordar sus capturas en los puertos de otros terceros países de la región, “lo que requiere como mínimo un largo viaje de seis días y les produce los perjuicios siguientes: costes derivados de las deficiencias de los puertos de otros terceros países comparados con los chilenos; costes operativos adicionales derivados del viaje a los puertos de otros ter-

---

supremo podrá prohibir el desembarque, abastecimiento y cualquier tipo de servicios directos o indirectos a embarcaciones en puertos de la República y en toda la ZEE y mar territorial, cuando existan antecedentes que hagan presumir fundadamente que la actividad pesquera extractiva que realicen esas naves afecta los recursos pesqueros o su explotación por naves nacionales en la ZEE.”

ceros países; y la pérdida potencial de capturas durante el periodo adicional de viaje a los puertos de otros terceros países<sup>13</sup>. En segundo lugar, la prohibición de desembarcar las capturas y, en consecuencia, utilizar los aeropuertos adyacentes les impidió a los productores comunitarios acceder a los mercados de terceros países, especialmente exportar al mercado de Estados Unidos, que es uno de los mayores mercados mundiales de pez espada, generando así una pérdida de competitividad para las exportaciones de la UE al mercado norteamericano, además de bloquear las exportaciones a Chile.<sup>14</sup>

Como consecuencia de estos perjuicios, la ANAPA (Asociación Nacional de Armadores de Buques Palangreros de Altura de España) efectuó una denuncia en contra de Chile, la que fue presentada formalmente ante la Comisión Europea el 26 de mayo de 1998. El denunciante alegó que Chile mantenía una prohibición sobre el transbordo y el tránsito de las capturas de pez espada en los puertos chilenos, medida que no se ajustaba al artículo V (sobre libertad de tránsito) del GATT 1994 y el apartado 3 del artículo 2 y los apartados 4 y 6 del artículo 5 del

Acuerdo sobre la Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias<sup>15</sup>. Sobre esa base, el denunciante solicitó a la Comisión que tomara las medidas necesarias para convencer a Chile que anulara estas medidas. La Comisión estimó que la denuncia contenía pruebas suficientes para justificar la iniciación de un procedimiento de investigación comunitario con arreglo al artículo 8 del Reglamento (CE) N°3286/94 del Consejo. En consecuencia dicho procedimiento se inició el 10 de julio de 1998.<sup>16</sup>

Desde entonces, se realizó una serie de negociaciones entre ambas partes para encontrar una solución amigable al problema. Para ello, en 1999 tuvieron lugar dos reuniones entre los representantes de la CE y las autoridades chilenas. Si bien no hubo grandes consensos, al menos ayudó a acercar las respectivas posiciones<sup>17</sup>.

Sin perjuicio de estos intentos, la Comisión siguió adelante con el procedimiento de investigación, que culminó con la Decisión de la Comisión del 5 de abril del 2000. Entre las conclusiones que arrojó dicha investigación destacan:

- La correspondiente legislación chilena relativa a la prohibición de descar-

---

<sup>13</sup> Decisión de la Comisión del 5 de abril del 2000, adoptada con arreglo a lo dispuesto en el Reglamento (CE) N°3286/94 del Consejo, relativa a la prohibición de Chile de descargar las capturas de pez espada en los puertos chilenos, Considerando N°15, Diario Oficial de las Comunidades Europeas, 18/4/2000.

<sup>14</sup> Ver las conclusiones relativas al perjuicio y a los efectos comerciales adversos que arrojó la investigación de la Comisión de las Comunidades Europeas en su Decisión del 5 de abril del 2000.

<sup>15</sup> Decisión de la Comisión del 5 de abril del 2000, adoptada con arreglo a lo dispuesto en el Reglamento (CE) N°3286/94 del Consejo, relativa a la prohibición de Chile de descargar las capturas de pez espada en los puertos chilenos, Considerando N°2, Diario Oficial de las Comunidades Europeas, 18/4/2000.

<sup>16</sup> *Ibid.*, Considerando N°3.

<sup>17</sup> The European Commission, «EU, Chile reach amicable settlement in swordfish dispute», press release, Brussels, 25/1/2001, en <http://europa.eu.int/comm/trade/miti/dispute/swordfish.htm> (26/1/01)

gar las capturas del pez espada en los puertos chilenos se basa en el artículo 165 de la LGPA. Agrega que la legislación chilena impone una prohibición sobre la descarga y el tránsito de las especies altamente migratorias (como el pez espada) capturadas dentro o fuera de la ZEE de Chile, cuando estas capturas se efectúan contraviniendo las normas de conservación impuestas unilateralmente por Chile. Estas normas se aplican a las capturas del pez espada efectuadas en aguas interiores, el mar territorial o la ZEE. En consecuencia, la prohibición se aplica a las capturas del pez espada efectuadas en las zonas limítrofes de la ZEE, es decir, fuera de ella.

- La Comisión señaló que si bien se comparte el objetivo general de conservar los recursos del pez espada, considera que cualquiera de las medidas encaminadas a ese fin deben tomarse de la manera que menos perturbe al comercio y no deben producir una discriminación arbitraria e injustificable. Criticó la adopción de una legislación que puso en vigor la prohibición de importación de esta especie sin que Chile hubiera iniciado una negociación seria con la UE a fin de celebrar acuerdos bilaterales o multilaterales relativos a su conservación, pero que sí lo haya hecho, desde 1997, en el marco de una organización regional<sup>18</sup>.

- La Comisión sostuvo que Chile no cumplió con la obligación que tienen los miembros de la Organización Mundial de Comercio (OMC), en orden a emprender

serios esfuerzos para negociar medios consensuales de protección y conservación de los recursos marinos vivos con todos los miembros interesados, en vez de tomar medidas unilaterales y discriminatorias. Así, como consecuencia del incumplimiento por Chile de esta obligación y de su arbitraria aplicación de medidas unilaterales, la investigación llegó a la conclusión de que la aplicación de las medidas chilenas equivale a una discriminación injustificable y arbitraria.

- La Comisión puso de manifiesto que la prohibición impuesta por Chile, relativa a descargar las capturas de pez espada en puertos chilenos (ya sea para desembarcarlos para su almacenamiento o para transbordarlos a otros buques) se aplica también al mar territorial y a la ZEE de Chile, lo que viola el principio de la libertad de tránsito establecido por el Artículo V del GATT 1994. Por otra parte, se entiende que estas medidas imposibilitan también, la importación de dichas capturas en Chile, lo que se opone al Artículo XI del GATT 1994.

---

### **La UE desea resolver las disputas mediante negociaciones multilaterales.**

---

De esta forma, la Comisión considera admisible la denuncia planteada por los armadores españoles. En lo que respecta al «*interés comunitario*», se señaló por parte de la Comunidad que es esencial que

---

<sup>18</sup> Se refiere a las negociaciones llevadas a cabo en el contexto de la Comisión Permanente del Pacífico Sur (CPPS).

los buques comunitarios tengan acceso a las zonas de pesca internacionales, y que la libertad de tránsito sea garantizada por normas internacionales. El interés de la Comunidad es hallar soluciones a las disputas medioambientales mediante medidas negociadas multilateralmente, que favorezcan tanto el comercio como el desarrollo sostenible. Señalan que la propia jurisprudencia del Órgano de Apelación de la OMC ha señalado que los miembros de la OMC son libres de adoptar sus propias políticas encaminadas a proteger el medio ambiente en la medida en que al hacerlo cumplan con sus obligaciones y respeten los derechos de los demás miembros, con arreglo a los acuerdos de la OMC. Concluyen que Chile no lo ha hecho así en este caso concreto. Finalmente, la Decisión de la CE hace mención expresa del Decreto Supremo N° 598 de 1999, que amplía expresamente las normas en cuestión a la captura del pez espada efectuada en cualquier zona de alta mar.

Atendido lo anterior, la Comunidad decidió<sup>19</sup> :

1.- La prohibición chilena de descargar las capturas de pez espada en los puertos chilenos no se atiene a las obligaciones de ese país con arreglo al Acuerdo de Marrakech, por el que se crea la Organización Mundial de Comercio, y constitu-

ye un «obstáculo al comercio» a los efectos del apartado 1 del artículo 2 del Reglamento (CE) NO3286/94.

2.- La Comunidad iniciará procedimientos de solución de diferencias contra Chile con arreglo al Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de controversias y demás disposiciones correspondientes de la OMC con vistas a suprimir el obstáculo al comercio.

Esta decisión de la Comisión allanó el camino a la UE para presentar un reclamo ante el Mecanismo de Solución de Diferencias de la OMC, solicitando consultas con Chile (primer paso en el procedimiento). Las consultas fracasaron debido, por un lado, a la exigencia europea de que Chile flexibilizara la medida mientras se negociaba un acuerdo de cooperación pesquera y se reactivaba la Comisión Técnica de Pesca Chile-UE (de escasa actuación en sus inicios), y por el otro, a la decisión chilena de mantener la cuestión como un caso de conservación de recursos naturales y no como un asunto comercial y su rechazo a las condiciones de flexibilidad propuestas por la UE<sup>20</sup>. Posteriormente, con fecha 10 de noviembre del 2000, la UE formalizó la solicitud a la OMC de un Panel sobre el tema<sup>21</sup>.

---

<sup>19</sup> Decisión de la Comisión del 5 de abril del 2000, adoptada con arreglo a lo dispuesto en el Reglamento (CE) N°3286/94 del Consejo, relativa a la prohibición de Chile de descargar las capturas de pez espada en los puertos chilenos, Artículo 1, Diario Oficial de las Comunidades Europeas, 18/4/2000.

<sup>20</sup> ICTSD, «El pez espada enfrenta a Chile y la UE», en *Puentes. Entre el Comercio y el Desarrollo Sustentable*, Vol.3, N°1, junio-agosto 2000, p.2

<sup>21</sup> The European Commission, «EU, Chile reach amicable settlement in swordfish dispute», press release, Brussels, 25/1/2001, en <http://europa.eu.int/comm/trade/miti/dispute/swordfish.htm> (26/1/01).



### *C. Respuesta de Chile*

Paralelamente al procedimiento iniciado por la UE, Chile impulsó la negociación de un acuerdo subregional de pesca en el marco de la Comisión Permanente del Pacífico Sur (el que finalmente fue aprobado con el nombre de “Acuerdo de Galápagos”) y presentó el caso a los mecanismos de solución de diferencias de la CONVEMAR. Así, según lo dispuesto por el artículo 15 del Estatuto del Tribunal Internacional del Derecho del Mar, el 20 de diciembre del 2000 se procedió a designar una Sala Especial para el conocimiento de la controversia levantada por Chile.

---

#### **Chile impulsó la negociación de un acuerdo subregional de pesca en el marco de la CPPS.**

---

Chile alegó ante esta sala especial, que “desde 1990 opera en el Pacífico Sudeste una flota española proveniente de Galicia, que dirige su esfuerzo pesquero sobre el recurso pez espada o albacora. Se constató que en 1994 la flota estaba constituida por cuatro buques palangreros congeladores, y que en 1997 ya contaba con siete naves cuya eslora fluctuaba entre los 32,8 y los 47,5 metros y cuya capacidad de bodega era de 130 a 245 toneladas métricas, que realizaban una captura diaria de una y a toneladas. Así, esta flota alcanzó en el año

1990 una captura de 1.000 toneladas, cantidad que se duplicó en 1997”<sup>22</sup>.

Si bien Chile reconoce que esta flota europea realiza una actividad de pesca amparándose en el derecho a la libertad de pesca reconocida en el Artículo 116 de la CONVEMAR, la misma norma condiciona la facultad de ejercer estos derechos y deberes a los intereses de los Estados ribereños, a las obligaciones convencionales de los Estados y a las disposiciones propias de la CONVEMAR en lo que respecta a la conservación y administración de los recursos vivos de alta mar.<sup>23</sup>

De esta manera, por considerarse al pez espada como una especie altamente migratoria, y que como tal ingresa y hace abandono de su ZEE, Chile sostiene que la UE no ha cumplido con la obligación prescrita por el Artículo 64 de la CONVEMAR, en orden a cooperar directamente con Chile, como Estado ribereño, en la conservación del pez espada en el alta mar adyacente a su ZEE, y a reportar sus capturas y otra información relevante de dichas especies, especialmente en lo relacionado con la entrega de información estadística al organismo internacional competente (la FAO), o al Estado ribereño.

De esta forma, en opinión de Chile, la UE ha desafiado su derecho y deber soberanos a imponer medidas de conservación para la pesca del pez espada y asegurar su implementación de una manera

---

<sup>22</sup> Acevedo Mozó, R., «El caso del pez espada. UE contra Chile», trabajo elaborado para la asignatura de Derecho Internacional del Medio Ambiente del Programa de Especialización en Relaciones internacionales, Instituto de Estudios Internacionales, Universidad de Chile, julio 2002, p. 8

<sup>23</sup> Ver artículos 116 y 119 de la CONVEMAR.

no discriminatoria y compatible con la CONVEMAR, pues las medidas exigidas por Chile no sólo se aplicaban a las pesqueras españolas, sino que también a las nacionales. Tampoco habría cumplido la UE con la obligación impuesta en el Artículo 117 de la CONVEMAR, en virtud de la cual los Estados partes se comprometieron a cooperar con conservación de los recursos en plena explotación, es decir, en peligro de extinción. En resumen, Chile acudió a esta Sala Especial del Tribunal Internacional del Derecho del Mar “para determinar si la UE ha cumplido sus obligaciones de conservación y cooperación en relación con una especie altamente migratoria en alta mar, vecina a nuestra ZEE”<sup>24</sup>.

#### *D. Procedimientos de solución de controversias*

Fue así como ambos procedimientos judiciales, el de la OMC y el del Tribunal Internacional del Derecho del Mar, avanzaron paralelamente, en una situación inédita hasta ese momento en el derecho internacional, y dieron lugar a una interrogante en torno a la eventual contradicción que existiría entre la aplicación de las normas del comercio internacional por el Panel de la OMC y los acuerdos medioambientales de carácter internacional, específicamente la CONVEMAR, por el Tribunal Internacional del Derecho del Mar.

---

### **Los procedimientos judiciales ante la OMC y el Tribunal del Derecho del Mar avanzaron paralelamente.**

---

Sin embargo, si bien ambos procedimientos corrían por separado, los respectivos Gobiernos iniciaron tratativas tendientes a arribar a una solución extrajudicial.

Propuesta de la UE: crear una instancia de cooperación e investigación científica para determinar la situación del recurso pez espada; acudir a un tercer organismo multilateral que resolviera la disputa, y conceder a las naves comunitarias acceso libre a los puertos chilenos.

Chile: aceptó permitir el acceso a los puertos, pero limitado a cuatro naves, con el expreso y único objetivo de investigar científicamente el recurso. Se acogió la idea, originalmente planteada por Chile, de establecer una Comisión Bilateral Científico-Técnica que realizara un diagnóstico sobre el recurso y formulara recomendaciones para su conservación. A su vez, Chile propuso ampliar la cooperación bilateral al plano multilateral, sugiriendo como instancia de cooperación a la Comisión Permanente del Pacífico Sur<sup>25</sup>.

El 25 de enero de 2001 ambas partes lograron alcanzar un acuerdo amistoso para poner fin al conflicto. En términos generales, se acordó<sup>26</sup>:

---

<sup>24</sup> *International Fish Bulletin* N°4 2001 ([www.oceanlaw.net/bulletin/sample/focus/0102c.htm](http://www.oceanlaw.net/bulletin/sample/focus/0102c.htm))

<sup>25</sup> *Ibid.*

<sup>26</sup> The European Commission, «EU, Chile reach amicable settlement in swordfish dispute», press release, Brussels, 25/1/2001, en <http://europa.eu.int/comm/trade/miti/dispute/swordfish.htm> (26/1/01)

1.- Suspender provisionalmente el procedimiento seguido ante la OMC y la Sala Especial del Tribunal Internacional de Derecho del Mar, manteniendo ambas partes el derecho a reiniciarlo en cualquier momento, si el régimen provisional no fuera cumplido<sup>27</sup>.

2.- Reanudar las reuniones entre la UE y Chile dentro del marco de la Comisión Técnica Científica y Técnica Bilateral (CCTB) sobre las poblaciones de pez espada del sudeste del Pacífico. Así, la CCTB deberá ser el punto de contacto en materias de común interés relacionadas con la conservación de este recurso, además de:

- servir de foro de intercambio de información respecto de las existencias de la especie y de las actividades de pesca del pez espada que lleven a cabo ambas partes;

- identificar las prioridades y redactar los respectivos proyectos de investigación que se realizarán en conjunto;

- intercambiar información ambiental y sobre los costos de los materiales de pesca;

- dar aviso sobre las posibles medidas de conservación y las cuotas de captura que pueda imponer una de las partes;

- promover nuevas formas de cooperación en los campos científico, técnico y administrativo<sup>28</sup>.

3.- Otorgar acceso a puertos chilenos a 4 buques de la UE, los cuales podrán

transbordar o descargar hasta 1000 toneladas de pez espada por año, en tres puertos chilenos (Arica, Iquique y Punta Arenas), con sujeción a los términos de un Programa Conjunto que involucre un número equivalente de buques chilenos. Para cada temporada de pesca, la UE designará los buques que participarán en las actividades de extracción.

4.- Cuatro buques chilenos y cuatro de la UE participarán en un programa conjunto de investigación y recopilación de datos, que ayudará sustancialmente a la evaluación científica conjunta de las poblaciones de pez espada en las aguas internacionales del Pacífico Sudeste.

5.- Se establece un compromiso de acordar un marco multilateral para la conservación y gestión del recurso pez espada en aguas internacionales del Pacífico Sudeste, incluido el compromiso de celebrar en Chile una consulta internacional a la cual se invitará a todas las partes interesadas en este tipo de pesca<sup>29</sup>.

En los años 2001, 2002 y 2003, Chile y la UE se reunieron en diversas oportunidades para revisar el cumplimiento de los acuerdos adoptados:

- *Cooperación e Intercambio de Información*

Chile y la UE reiteraron su compromiso de cooperar en la conservación de las existencias del pez espada en el Pacífico Sudeste. Al respecto, reafirmaron su

---

<sup>27</sup> Carta enviada al Director General de la OMC, y al Presidente del Tribunal Internacional del Derecho del Mar por las partes en conflicto.

<sup>28</sup> Ministerio de Relaciones Exteriores de la República de Chile. «Arrangement relating to WTO Case WT/DS/193 and ITLOS Case N°7» p.1.

<sup>29</sup> Ministerio de Relaciones Exteriores de la República de Chile, *op. cit.*, p.2.

compromiso y acuerdo sobre lo siguiente:

- aplicación de una talla mínima, la cual está expresada en sus respectivas medidas de conservación; así como decisión de mantenerla bajo la revisión realizada en las reuniones del CCTB, teniendo en consideración la información científica disponible.

- obligación de mantener en todo momento en sus barcos de pesca un sistema de posicionamiento por satélite o VMS.

- intercambiar datos relacionados con la evaluación del pez espada.

- asegurarse de que, cuando sea posible, las especies tales como tortugas, mamíferos marinos y aves capturadas incidentalmente sean liberadas cuando estén vivas.

- *Programa de investigación conjunto*

Los países se comprometen a obtener información en relación con las actividades de sus respectivas flotas y datos básicos de las pesquerías a fin de obtener un mejor conocimiento científico de las pesquerías y las características biológicas del pez espada.

- *Cooperación multilateral*

Las Partes acordaron patrocinar una consulta internacional con vistas a impulsar la cooperación multilateral para la conservación del pez espada en el Pacífico Sudeste. Las Partes procederían conjuntamente a invitar a dicha Consulta a los países costeros y a los países que cuen-

ten con una flota pesquera activa en la zona<sup>30</sup>. Para el desarrollo de un marco de cooperación multilateral se han considerado diferentes alternativas: 1. que se realice por conducto de una organización regional pesquera existente (ORP); 2. Estableciendo una nueva organización regional de pesca; o 3. Creando un arreglo multilateral.

Recientemente, en octubre del 2003, las Partes acordaron que la aplicación del Acuerdo del 2001 se estaba desarrollando positivamente, por lo que reafirmaron su compromiso de alcanzar sus objetivos y de mantener por otros 2 años la suspensión de los procedimientos ante la OMC y el Tribunal Internacional del Derecho del Mar.

---

### **Podría lograrse una solución definitiva mediante la negociación entre las partes.**

---

Por lo tanto, de acuerdo con los antecedentes recientemente expuestos, parece posible que la controversia logre una solución definitiva mediante la negociación entre las partes. En ese caso, ni el Tribunal Internacional del Derecho del Mar ni el Panel de la OMC emitirán un pronunciamiento definitivo sobre la disputa. Sin embargo, el solo hecho de haberse suscitado esta controversia entre Chile y la UE en dos foros distintos, el Tribunal Internacional del Derecho del Mar y la OMC, ofrece una excelente oportunidad para revisar un escenario en que

---

<sup>30</sup> Los países invitados a participar fueron: Colombia, Corea, Ecuador, Japón y Perú.

existe conflicto de normas de diversas áreas del derecho internacional y conflicto de jurisdicción entre dos tribunales internacionales competentes. Dado el incremento significativo que ha experimentado el número de normas internacionales en las últimas décadas y la creciente creación de tribunales internacionales especializados, no es de extrañar que los conflictos entre normas y los conflictos de jurisdicción tiendan a ser cada vez más frecuentes. A continuación analizaremos la forma en que el derecho internacional puede dar una solución satisfactoria a este tipo de conflictos. Comenzaremos abordando el conflicto de jurisdicción que se plantea en este caso, para luego entrar al análisis del conflicto de normas internacionales de derecho sustantivo aplicables.

---

### **Los conflictos entre normas y los conflictos de jurisdicción pueden ser cada vez más frecuentes.**

---

## II. EL CONFLICTO DE JURISDICIONES ENVUELTO EN LA CONTROVERSIAS DEL PEZ ESPADA

En la medida en que el conflicto del pez espada ha sido objeto de procedimientos paralelos ante dos mecanismos distintos de solución de controversias internacionales, resulta interesante preguntarse qué efectos puede ello tener para la resolución de la controversia y para el derecho internacional en general. Esto, sin

perjuicio de que es muy probable que las partes logren finalmente encontrar una solución a la disputa mediante la negociación directa. Aun cuando las partes han acordado suspender los procedimientos judiciales, el estudio del problema no pierde importancia por cuanto el conflicto jurisdiccional puede volver a repetirse en controversias similares.

Como ya se ha señalado, existen dos mecanismos de solución de controversias que, *prima facie*, tendrían jurisdicción para decidir la controversia: el Tribunal Internacional del Derecho del Mar y un Panel establecido de conformidad con el Entendimiento relativo a las Normas y Procedimientos por los que se rige la Solución de Diferencias en el contexto de la OMC (en adelante Entendimiento sobre Solución de Diferencias). Al no existir una instancia jurisdiccional superior que pueda pronunciarse y resolver el conflicto jurisdiccional, la operación de estas dos jurisdicciones paralelas produce un riesgo cierto de obtener decisiones contradictorias respecto del fondo del asunto. En el supuesto de que se obtuvieran decisiones sustantivamente contradictorias, el problema no sólo acusaría una grave incoherencia en el sistema jurídico internacional, sino que afectaría la confianza que han depositado los Estados en los mecanismos de solución de controversias que se han ideado para avanzar en su solución pacífica.

Frente a decisiones contradictorias, las alternativas de los Estados son: volver a negociar directamente una solución que los satisfaga u optar por hacer cumplir aquella decisión jurisdiccional que

cuenta con los medios más eficaces para obtener un cumplimiento forzado. En el primer caso, es posible que la alternativa de la negociación no sea viable en las circunstancias específicas del caso, ni satisfactoria para países que tienen poco poder negociador en el contexto particular de la controversia. Respecto de la segunda alternativa, puede suceder que se afecte la confianza en los medios jurisdiccionales que no disponen de formas de presión efectivas para hacer cumplir sus decisiones y que, en el largo plazo, esto llegue a afectar los propios conflictos sustantivos entre normas de derecho internacional, fortaleciendo, en desmedro de ciertas áreas, aquellos ámbitos del derecho internacional que cuentan con las formas más efectivas de solución jurisdiccional o cuasi-jurisdiccional de controversias.

---

**El conflicto jurisdiccional  
podría resolverse si las partes  
entregarán la disputa a uno  
solo de los foros involucrados.**

---

En el caso particular de la controversia del pez espada, una posible solución al problema jurisdiccional podría surgir de un acuerdo entre las partes para entregar la disputa a sólo uno de los foros jurisdiccionales actualmente involucrados. Sin embargo, esta solución no parece viable en la medida en que tanto Chile como

la UE apuestan a que el foro por ellas preferido aplicará primordialmente las normas sustantivas que más se acomodan a sus propias pretensiones. De esta forma, Chile espera que en el contexto del Tribunal Internacional del Derecho del Mar se aplique de preferencia la CONVENCIÓN MAR.<sup>31</sup> En cambio, la UE piensa que en el contexto de los mecanismos de solución de controversias de la OMC, se aplicarán de preferencia las reglas sustantivas del GATT.<sup>32</sup> Además, por la aplicación del GATT y del Entendimiento sobre Solución de Diferencias, las partes podrían encontrar un serio obstáculo para acordar un procedimiento de solución de controversias distinto de los allí previstos, por efecto del artículo 3 del Entendimiento sobre Solución de Diferencias que dispone, entre otras cosas, que:

1. Los Miembros afirman su adhesión a los principios de solución de diferencias aplicados hasta la fecha al amparo de los artículos XXII y XXIII del GATT de 1947 y al procedimiento desarrollado y modificado por el presente instrumento.

2. El sistema de solución de diferencias de la OMC es un elemento esencial para aportar seguridad y previsibilidad al sistema multilateral de comercio. . . .

Una segunda solución al conflicto de jurisdicciones podría derivar de una decisión de alguno de los tribunales en jue-

---

<sup>31</sup> Ver artículo 311 de la CONVEMAR que le otorga primacía sobre otras convenciones, ya sean anteriores o posteriores.

<sup>32</sup> Ver artículo 3 del Entendimiento sobre Solución de Diferencias (1994), que establece que: “Las recomendaciones y resoluciones del OSD no pueden entrañar el aumento o la reducción de los derechos y obligaciones establecidos en los acuerdos abarcados”.

go de declarar la suspensión del procedimiento mientras se pronuncia el otro tribunal o, derechamente, declarar su falta de competencia. Por lo que se ha señalado en el párrafo anterior, una declaración de falta de competencia de los mecanismos de la OMC es un escenario poco factible.

---

**No correspondería que uno de los mecanismos de solución de controversias se abstuviera de conocer de una disputa y la entregara a otro que no esté primordialmente relacionado con el derecho del mar.**

---

En cuanto al Tribunal del Derecho del Mar, en principio se podría señalar que, considerando que la CONVEMAR ha tenido por objetivo regular en forma general el derecho del mar, constituyendo lo que se ha llamado una “constitución de los océanos”, no correspondería que uno de sus mecanismos de solución de controversias decidiera abstenerse de conocer de una disputa para entregársela a un mecanismo que no tiene relación primordial con el derecho del mar. Sin embargo, en vista de cierta jurisprudencia relativa a la solución de controversias en materia de derecho del mar, podría considerarse la posibilidad de que el Tribunal Internacional del Derecho del Mar decidiera abstenerse de conocer ciertos aspectos de la controversia. Hasta ahora esa jurisprudencia no es tan clara ni uniforme, e incluso

es cuestionable hasta qué punto podría servir de precedente para el caso del pez espada. Pese a ello, es interesante tenerla presente para considerar las tendencias actuales en la interpretación de la Parte XV de la CONVEMAR sobre Solución de Controversias.

Al respecto, existen dos casos recientes que tratan del problema de las jurisdicciones concurrentes. Uno de éstos es el del *Southern Bluefin Tuna* (2000), entre Nueva Zelanda y Australia, por una parte, y Japón, por la otra, en el que se pretendía discutir sobre la legalidad de un programa de pesca experimental aplicado unilateralmente por Japón. Luego de la solicitud de medidas provisionales al Tribunal del Derecho del Mar por parte de los demandantes, se constituyó un tribunal arbitral conforme al Anexo VII de la CONVEMAR, que fue llamado a pronunciarse primeramente sobre las objeciones a la jurisdicción y admisibilidad presentadas por Japón.<sup>33</sup> Japón alegó que, existiendo un convenio especial vigente para la conservación del recurso, suscrito por los tres países en 1993, correspondía aplicar las normas sobre solución de controversias contenidas en ese tratado, que excluían el sistema de solución obligatoria de controversias de la CONVEMAR. El artículo 16 de dicho Convenio contiene una cláusula sobre solución de controversias en virtud de la cual las partes convienen que las disputas sobre la interpretación o aplicación del convenio se solucionaron aplicando un método de solución por ellas acordado. Se aplica, entonces,

---

<sup>33</sup> El texto de la sentencia se puede encontrar en: <[www.worldbank.org/icsid/archives.htm](http://www.worldbank.org/icsid/archives.htm)>.

el principio del consentimiento en la elección del medio, entre los que se mencionan la negociación, la investigación, la mediación, la conciliación, el arbitraje, el arreglo judicial y cualquier otro medio de su elección. No se establece ninguno de estos posibles medios como obligatorio, que la decisión de los mismos sea obligatoria para las partes; de hecho, entre los medios que se contemplan, hay métodos políticos que no resultan en una decisión jurídicamente vinculante para las partes. Australia y Nueva Zelanda, entonces, sostienen que no correspondía dar aplicación preferente al Convenio de 1993, por cuanto no se cumplían las condiciones impuestas por el artículo 282 de la CONVEMAR, debido a que dicho acuerdo regional no contemplaba la aplicación de un procedimiento conducente a una decisión obligatoria.<sup>34</sup> El artículo 282 de la CONVEMAR dispone lo siguiente:

*Cuando los Estados Partes que sean partes en una controversia relativa a la interpretación o aplicación de esta Convención hayan convenido, en virtud de un acuerdo general, regional o bilateral o de alguna otra manera, en que esa controversia se someta, a petición de cualquiera de las partes en ella, a un procedimiento conducente a una decisión obligatoria, dicho procedimiento se aplicará en lugar de los previstos en esta Parte, a menos que las partes en la controversia convengan en otra cosa.*

---

## **Hay métodos políticos de solución que no conducen a una decisión jurídicamente vinculante para las partes.**

---

Para hacer frente a los argumentos de Australia y Nueva Zelanda, Japón intentó caracterizar la controversia como una que giraba exclusivamente en torno a la Convención de 1993, no referida, entonces, a la interpretación ni a la aplicación de la CONVEMAR. En forma subsidiaria agregó que, aun cuando el tribunal decidiera que la controversia giraba en torno a la CONVEMAR, se debía dar aplicación al artículo 280, que otorga a las partes el derecho a convenir, en cualquier momento, en solucionar sus controversias relativas a la interpretación o a la aplicación de la CONVEMAR por cualquier medio pacífico de su elección. Esa decisión estaría constituida por el artículo 16 de la Convención de 1993.

Los argumentos presentados por Japón para dividir la controversia y declarar que no había cuestiones relativas a la interpretación y aplicación de la CONVEMAR no persuadieron al tribunal arbitral. Según el tribunal, es frecuente que más de un tratado se relacione con una determinada disputa y que las acciones de los Estados puedan constituir violación de obligaciones asumidas por ellos en varios tratados.<sup>35</sup>

---

<sup>34</sup> Anteriormente, el Tribunal Internacional del Derecho del Mar había tenido la oportunidad de pronunciarse sobre este punto, al resolver sobre la existencia *prima facie* de jurisdicción para conocer sobre la solicitud de medidas provisionales. En esa ocasión, el tribunal desechó el argumento de Japón. La decisión sobre medidas provisionales se puede encontrar en: <[www.itlos.org](http://www.itlos.org)>.

<sup>35</sup> Ver párr. 52 del Fallo del Tribunal Arbitral.



Asimismo, señaló que la conclusión de acuerdos que implementan tratados marco no deroga las obligaciones impuestas por estos últimos a los Estados Partes<sup>36</sup> y que el presente caso giraba en torno a una sola controversia y no a dos controversias distintas, como había intentado demostrar Japón. Sin embargo, el fallo finalmente favoreció a Japón, al interpretar el tribunal los artículos 279, 280, 281, 282, 283 y 286 de la CONVEMAR en el sentido de que el artículo 16 de la Convención de 1993 constituía un acuerdo para establecer un procedimiento de solución de controversias que excluya la aplicación de otro. La exclusión de los procedimientos previstos en la Sección 2 de la Parte XV de la CONVEMAR estaría dada en la medida en que el artículo 16 de la Convención de 1993 se basa en el consentimiento de las partes en la elección de los medios de solución de controversias, mientras que los mecanismos de la sección 2 de la Parte XV se basan en un sistema obligatorio de solución de disputas.<sup>37</sup>

Como se puede apreciar, el caso del *Southern Bluefin Tuna* recae sobre un problema distinto del conflicto de jurisdicciones envuelto en el caso del pez espada. En el primer caso es la CONVEMAR la que, de forma ambigua, regula la relación con los acuerdos regionales en materia de solución de controversias. En el caso del pez espada, la situación es diferente ya que, en dicha materia, ninguno de los tratados involucrados regula en forma expresa la relación que debiera

existir con otros tratados suscritos en el contexto de materias, en principio, independientes, como serían el derecho del mar y el derecho internacional del comercio.

---

**Ninguno de los tribunales involucrados regula expresamente la relación con otros tratados suscritos en el contexto de materias en principio independientes.**

---

Sin perjuicio de ello, hay dos aspectos en los cuales ambos casos podrían relacionarse. En primer lugar, sobre la base de una determinada lectura del fallo del tribunal arbitral en el caso del *Southern Bluefin Tuna*, se podría intentar argumentar que al existir cierta unidad de la controversia se hace necesario que el respectivo tribunal tenga jurisdicción directa para conocer de todos los tratados involucrados.<sup>38</sup> El argumento continuaría señalando que, de no existir esa jurisdicción directa, correspondería a los respectivos tribunales declarar su falta de competencia. Este tipo de argumento podría intentarse ante el Tribunal Internacional del Derecho del Mar y ante el Panel de la OMC, para que ambos decidieran declinar el ejercicio de jurisdicción. Sin embargo, en nuestra opinión se trataría de un argumento muy débil y de difícil efecto persuasivo sobre los respecti-

---

<sup>36</sup> *Ibid.*

<sup>37</sup> Ver párr. 57 del Fallo del Tribunal Arbitral. Para un comentario crítico del fallo ver: Boyle, 'The Southern Bluefin Tuna Arbitration', en *International and Comparative Law Quarterly* (2001), pp. 447 y ss.

<sup>38</sup> *Ibid.*, pp. 450-1.

vos tribunales, ya que en el caso del pez espada la existencia de una unidad entre todos los aspectos de la controversia es discutible. En otras palabras, en este caso, la división de los diversos aspectos de la controversia no aparece como artificial o forzada. El segundo aspecto, entonces, en que el caso del *Southern Bluefin Tuna* puede ser aplicable al caso del pez espada se relaciona con una lectura *a contrario sensu* del fallo: si la controversia del pez espada puede dividirse en una disputa sobre la legalidad de la dictación de medidas de conservación aplicables en cierta zona del alta mar, por una parte, y la legalidad de las contramedidas que toma el Estado ribereño para asegurar el cumplimiento de las medidas de conservación, por la otra, nada obstaría para que cada uno de estos aspectos de la controversia quedara radicado ante tribunales distintos, sin afectar la jurisdicción de esos tribunales.

---

**Una controversia entre las  
medidas de conservación  
adoptadas por un Estado y las  
contramedidas adoptadas por el  
Estado ribereño podría radicarse  
en tribunales distintos.**

---

El otro caso reciente en materia de conflictos de jurisdicción es la controversia *Mox Plant*, entre Irlanda y el Reino Unido, que a lo largo del tiempo se ha

desarrollado en varios tribunales internacionales diferentes, ante los cuales la demandante ha invocado diversos derechos que le estarían siendo violados por la construcción y operación de una planta de reciclaje de material radioactivo en la localidad de Sellafield, en la costa inglesa que enfrenta al Mar de Irlanda. En primer término, Irlanda demandó al Reino Unido ante un tribunal arbitral creado en el contexto de la Convención OSPAR (Convención para la Protección del Medio Ambiente Marino en el Atlántico Nororiental). Ante esa instancia, Irlanda sólo reclamó su derecho al acceso a cierta información, en virtud del artículo 9 de OSPAR. El fallo del tribunal arbitral rechazó la petición irlandesa fundado en que la información solicitada no caía dentro del artículo 9(2) de la Convención.<sup>39</sup>

Al poco tiempo de iniciado el primer procedimiento arbitral, Irlanda solicitó la formación de otro tribunal arbitral de acuerdo con el Anexo VII de la CONVENCIÓN MAR, alegando la violación de sus normas en materia de protección del medio ambiente marino. Paralelamente, acudió al Tribunal Internacional del Derecho del Mar para solicitar medidas provisionales. El Reino Unido cuestionó la jurisdicción del Tribunal Internacional del Derecho del Mar en virtud de la operación del artículo 282 de la CONVENCIÓN MAR, por existir acuerdos regionales que regulan la situación.<sup>40</sup> Según el Reino Unido, los acuerdos regionales serían la Convención OSPAR, el Tratado que establece la Co-

---

<sup>39</sup> Fallo de 2 de julio de 2003, disponible en: <[www.pca-cpa.org](http://www.pca-cpa.org)>.

<sup>40</sup> Fallo en el caso de la solicitud de medidas provisionales (03.12.01) disponible en: <[www.itlos.org](http://www.itlos.org)>. Ver párrs.38 y 37.

munidad Europea o el Tratado Europeo de Energía Atómica, y las Directivas dictadas en el contexto europeo. La Convención OSPAR establece su propio sistema obligatorio de solución de controversias y los tratados europeos le entregan jurisdicción a la Corte de Justicia Europea para resolver las controversias que se susciten en relación con las obligaciones establecidas en esos tratados y en las directivas. Frente a esta alegación, Irlanda respondió intentando dividir la controversia. Así, se amparó en la separación de las cuestiones de interpretación y aplicación de la CONVEMAR de aquéllas concernientes a otros tratados. En opinión de Irlanda, se trataría de una acumulación de obligaciones derivadas de varios tratados diversos, cada uno de los cuales tiene su propio sistema de solución de controversias.<sup>41</sup> El Tribunal Internacional del Derecho del Mar estimó que, efectivamente, se podía dividir la controversia y consideró que cada uno de los tratados en juego daba lugar a derechos y obligaciones independientes, aunque fueran similares o incluso idénticas.<sup>42</sup> El Tribunal estimó que ni OSPAR ni otros tratados regulaban en forma directa la solución de controversias relativas a la interpretación y aplicación de la CONVEMAR.<sup>43</sup> Por lo tanto, convencido el Tribunal Internacional del Derecho del Mar de poseer jurisdicción preliminar en este caso, dispuso

ciertas medidas provisionales, aunque no exactamente las solicitadas por Irlanda.<sup>44</sup>

---

**El tribunal arbitral estimó que cada uno de los tratados en juego daba lugar a derechos y obligaciones independientes.**

---

El tema de la jurisdicción volvió a surgir frente al tribunal arbitral que se formó conforme al Anexo VII de la CONVEMAR.<sup>45</sup> Respecto de la relación entre la CONVEMAR y la Convención OSPAR, el tribunal estimó que ésta última no justificaba la aplicación de los artículos 281 y 282 de la CONVEMAR y, por lo tanto, no afectaba su jurisdicción. En particular, señaló que la Convención OSPAR no alteraba el carácter de la presente controversia en tanto ésta se refería esencialmente a la interpretación y aplicación de la CONVEMAR.<sup>46</sup> En este sentido, el *test* que aplicó el tribunal se refería a la medida en que una convención podría cubrir los temas de la controversia planteada. En opinión del tribunal, la Convención OSPAR no lograba cubrir sustancialmente la disputa como para hacer aplicable los artículos 281 y 282 de la CONVEMAR. Por otra parte, la relación entre la CONVEMAR y el derecho de la Comunidad Europea resultó más problemática. En particular, el tribunal subrayó

---

<sup>41</sup> *Ibid.*, ver. párr. 47.

<sup>42</sup> *Ibid.*, ver párr. 50.

<sup>43</sup> *Ibid.* ver párr. 49.

<sup>44</sup> *Ibid.*, ver párr. 89.

<sup>45</sup> El fallo del tribunal arbitral (24.06.03) se encuentra en: <[www.pca-cpa.org](http://www.pca-cpa.org)>.

<sup>46</sup> *Ibid.*, párr. 18.

la existencia de dudas acerca del traspaso de competencias en estas materias a la Comisión de la Comunidad Europea y acerca de la legitimación activa de Irlanda para iniciar la demanda y del Reino Unido para responderla.<sup>47</sup> A juicio del tribunal, de declararse por la Corte Europea de Justicia que ella tiene competencia exclusiva para conocer de las controversias que se susciten entre países miembros relativos a la interpretación y aplicación de la CONVEMAR, podría operar el artículo 282 de ésta última. La resolución previa de estos problemas fue considerada necesaria para resolver la controversia y por eso el tribunal arbitral decidió que convenía suspender el procedimiento mientras no se pronunciara al respecto la Corte Europea de Justicia.<sup>48</sup>

---

### **El tribunal decidió suspender el procedimiento mientras no se pronunciara al respecto la Corte Europea de Justicia.**

---

Claramente, el tribunal arbitral estimó que el foro adecuado para conocer cuestiones relativas al derecho de la Comunidad Europea era la Corte Europea de Justicia. Es cuestionable que el tribunal arbitral haya decidido que el problema de distribución de competencias entre la Comunidad Europea y los Estados Miembros se extendía también a los conflictos de jurisdicción entre la Corte Europea de Justicia y los procedimientos de solución

de controversias de la CONVEMAR. Ciertamente que en esta decisión pesó la propia CONVEMAR, cuyo Anexo IX, relativo a la Participación de Organizaciones Internacionales, establece las condiciones en que éstas son autorizadas a participar en la Convención y dispone que debe dejarse en claro la distribución de competencias entre la organización y los Estados Partes que sean miembros de esa organización internacional en lo que se refiere a materias regidas por la CONVEMAR (artículo 5). El problema es que el artículo 5 del Anexo IX admite varias interpretaciones. La interpretación escogida por el tribunal arbitral otorga a los miembros de la Comunidad Europea el derecho a establecer un tribunal alternativo a los señalados por la CONVEMAR, el cual además tendría la facultad de decidir los conflictos de competencia que se susciten con los tribunales de la CONVEMAR.

El caso *Mox Plant* ha revelado un complejo tema de distribución de competencias sustantivas y jurisdiccionales, pero que por ahora parece circunscribirse a las especiales características del derecho europeo, como sistema jurídico distinto del de los Estados miembros. Por este motivo, en principio, este caso no parece afectar directamente al caso del pez espada, en el que es posible seguir hablando de un problema de jurisdicción que atañe a dos tratados distintos, cada uno de los cuales ha creado su propio sistema de solución de controversias, sin que exista una jerarquía entre ambos sistemas. Sin

---

<sup>47</sup> *Ibid.*, ver párr. 20.

<sup>48</sup> *Ibid.*, ver párr 24 a 28.

embargo, el caso *Mox Plant* es relevante para el caso del pez espada en la medida en que muestra que las lecturas que admite el artículo 282 de la CONVEMAR son variadas. Por una parte, el Tribunal del Derecho del Mar, en su decisión sobre medidas provisionales, afirmó que la operación del artículo 282 de la CONVEMAR requeriría que las partes hubieran convenido específica y expresamente someter las controversias relativas a la interpretación y aplicación de la CONVEMAR a un procedimiento obligatorio distinto. De acuerdo con esta interpretación, el caso del pez espada puede perfectamente generar dos procedimientos paralelos, uno ante el Tribunal del Derecho del Mar y otro ante la OMC, sin que se aplique el artículo 282 de la CONVEMAR, por cuanto el procedimiento de la OMC no estaría destinado directamente a solucionar controversias suscitadas por la interpretación y aplicación de la CONVEMAR.

---

### **El caso del pez espada podría generar dos procedimientos paralelos, uno ante el Tribunal del Derecho del Mar y otro ante la OMC.**

---

Sin embargo, el tribunal arbitral aplicó un criterio menos estricto para dar lugar a la aplicación del artículo 282. Para él, lo importante era examinar hasta qué punto el procedimiento alternativo de solución de controversias podía cubrir sustancialmente la interpretación y aplicación de la CONVEMAR, aunque esa competencia no se hubiera contemplado

expresamente en el instrumento constitutivo del medio de solución de controversias en cuestión. De acuerdo con esta segunda interpretación, cabría aplicar los artículos 281 y 282 de la CONVEMAR, si se estimara que el Panel de la OMC cubre sustancialmente algunas de las cuestiones relativas a la interpretación y aplicación de la CONVEMAR. Por lo tanto, aun cuando el Panel no pudiera pronunciarse sobre todas estas cuestiones, en aquellos aspectos en que debiera interpretar algunas disposiciones de la misma, esa decisión podría prevalecer sobre la competencia del Tribunal Internacional del Derecho del Mar.

Para evitar este tipo de interpretación, parece que lo que más conviene a la posición de Chile es tratar de dividir la controversia, señalando que existen dos disputas jurídicas distintas: una relativa al derecho del Estado costero a dictar normas de conservación respecto de especies que ocurren tanto en la zona económica exclusiva como en el alta mar y la otra relativa a las contramedidas que se pueden tomar en caso de que los barcos pesqueros de cualquier nacionalidad no cumplan con esa normativa.

A continuación nos referiremos al conflicto de derecho sustantivo que surge en este caso, entre las normas del derecho internacional del mar y las normas del derecho internacional del comercio.

### III. EL CONFLICTO ENTRE LO QUE DISPONEN EL DERECHO INTERNACIONAL DEL MAR Y EL DERECHO INTERNACIONAL DEL COMERCIO

En este análisis se distinguirá entre los dos tipos de regulaciones adoptadas por Chile: las medidas de conservación del pez espada, por una parte, y las sanciones previstas por su no cumplimiento. Teniendo presente, además, que la controversia puede ser conocida paralelamente por dos tribunales distintos, se analizará si es posible cambiar de perspectiva en la interpretación del derecho, según el foro que esté conociendo del asunto. Comenzaremos con el Tribunal del Derecho del Mar.

#### *A. La controversia ante el Tribunal del Derecho del Mar.*

##### *1. Las medidas de conservación.*

Estas medidas incluyen aquellas destinadas a regular el tamaño mínimo de extracción y los métodos de pesca del pez espada. En un comienzo, Chile tomó estas medidas con el objeto de que se aplicaran sólo en su mar territorial y ZEE, y luego amplió su aplicación al alta mar adyacente. El argumento esgrimido por

Chile para dicha ampliación se basa en que el pez espada es una especie altamente migratoria y los Estados ribereños tienen un interés especial en la conservación de estas especies (en la medida en que se desplazan en el océano entre la alta mar y las zonas bajo jurisdicción nacional, por lo que constituyen una misma pesquería o stock).

Chile considera que el actual derecho internacional del mar reconoce su derecho a adoptar medidas de conservación de especies altamente migratorias en alta mar. A su juicio, la CONVEMAR contempla expresamente este derecho (respecto del cual hay acuerdo en que representa el derecho consuetudinario en la materia) y por otros tratados y, en caso de dudas, al menos existiría una norma emergente de derecho consuetudinario que lo reconoce.

---

### **El actual derecho internacional del mar le reconocería a Chile el derecho a adoptar medidas de conservación de especies altamente migratorias en el alta mar.**

---

Los derechos del Estado ribereño en que se sustenta la posición chilena han sido muchas veces asociados al concepto de “mar presencial”.<sup>49</sup> La idea de esta-

---

<sup>49</sup> El concepto de “Mar Presencial” fue originalmente formulado por una autoridad naval chilena, el Almirante Jorge Martínez Busch, en 1990 y fue incorporado en la LGPA, en los siguientes términos: “*Mar presencial: es aquella parte de la alta mar, existente para la comunidad internacional, entre el límite de nuestra zona económica exclusiva continental y el meridiano que, pasando por el borde occidental de la plataforma continental de la Isla de Pascua, se prolonga desde el paralelo del hito N°1 de la línea fronteriza internacional que separa Chile y Perú, hasta el Polo Sur*”. Se trata de un concepto que tiene por objeto destacar la importancia geopolítica y económica de esa zona para Chile, y tiene

blecer una zona de “mar presencial” tiene por objeto, entre otros, enfatizar los derechos de los ribereños en zonas aledañas a su ZEE. Por lo tanto, el concepto lleva envuelto una serie de implicaciones jurisdiccionales, entre las que se encontraría la facultad de legislar unilateralmente respecto de la conservación de las pesquerías. El hecho de que el “mar presencial” pretenda designar una nueva zona marítima que actualmente es alta mar ha despertado sospechas y, por lo tanto, ha sido muy objetada.<sup>50</sup> Sin embargo, hay que tener presente que no es necesario apoyarse en la existencia de un “mar presencial” para argumentar que los Estados ribereños tienen ciertos derechos relativos a la protección de los recursos pesqueros que se encuentran tanto en la ZEE como en la alta mar. En términos estratégicos, Chile, entonces, no necesita ampararse en la controvertida idea del mar presencial, sino que la propia CONVEMAR y otros instrumentos internacionales pueden asistirle en la tarea de proteger sus intereses como ribereño.

a. *La Convención sobre el Derecho del Mar (CONVEMAR), 1982.*

La CONVEMAR regula la conservación de los recursos vivos marinos tanto en la ZEE como en la Alta Mar. En la ZEE reconoce derechos soberanos del Estado ribereño para la exploración, explotación, conservación y manejo de los recursos naturales (vivos y no vivos), teniendo debidamente en cuenta los derechos y deberes de los demás Estados. Respecto de los recursos vivos establece específicamente que el Estado ribereño deberá determinar *la captura permisible* de los mismos en su ZEE y asegurar que su preservación no se vea amenazada por un exceso de explotación. A su vez, deberá promover el objetivo de la *utilización óptima* de estos recursos, para lo cual debe determinar su capacidad de capturarlos, y cuando ésta no sea suficiente dará acceso a otros Estados al excedente de la captura permisible. Por otro lado, los nacionales de otros Estados que pesquen en la ZEE observarán las medidas de con-

---

implicaciones políticas más que jurídicas ya que en lo que respecta a las implicaciones jurisdiccionales no se ha pretendido, se ha dicho, modificar la normativa de derecho internacional relativa a la regulación de la pesca en alta mar y los derechos que corresponden a los Estados ribereños.

<sup>50</sup> Para el estudio del concepto del “mar presencial” ver: Martínez Busch, Clase Magistral dictada en Valparaíso el 4 de mayo de 1990, citada en Orrego Francisco, “La Aplicación de la CONVEMAR en el Derecho y la Práctica de América Latina”, en *Cursos de Derecho Internacional de Vitoria Gasteiz 1993*, Dpto. de Estudios Internacionales y Ciencia Política y Facultad de Derecho, Universidad del País Vasco, 1994, p. 371; Martínez Busch, “El Mar Presencial: Actualidad, Desafíos y Futuro”, en *Revista de Marina*, N° 3 (1991); Dalton, “The Chilean Mar Presencial: A Harmless Concept or a Dangerous Precedent?”, en *The International Journal of Marine and Coastal Law*, vol. 8, N° 3 (1993); Joyner y De Cola, “Chile’s Presential Sea Proposal: Implications for Straddling Stocks and the International Law of Fisheries” en *Ocean Development & International Law*, vol. 24 N°1 (1993); Clingan, “Mar Presencial (The Presential Sea): Dejá Vu all over again? A response to Francisco Orrego Vicuña. en *Ocean Development & International law*, vol. 24 N° 1 (1993); Durney, Mariana y Paz Zárate, *La Pesca en Alta Mar, con especial referencia al caso chileno*, Memoria de Prueba, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 1998 (inédita).

servación y las demás modalidades establecidas en las leyes y reglamentos del Estado ribereño<sup>51</sup>.

Los derechos de los demás Estados, además del acceso a la captura del excedente en la ZEE, se manifiestan principalmente en la pesca de especies altamente migratorias<sup>52</sup> y especies transzonales<sup>53</sup>. En estos casos, la Convención exige a los Estados interesados que busquen acuerdos, ya sea directamente o por conducto de las organizaciones regionales o subregionales apropiadas, para la conservación de dichas especies<sup>54</sup>.

Respecto de la conservación de los recursos marinos en *alta mar* es aplicable el principio de “la libertad de la alta mar”. En efecto, este principio tiene relevancia para la utilización de los recursos vivos marinos de esta zona, es decir, para la pesca en alta mar. Sin embargo, su aplicación absoluta o irrestricta haría imposible el ejercicio del mismo, puesto que daría lugar a una depredación o destrucción de los recursos. La CONVEMAR, por lo tanto, también establece para esta zona un régimen de conservación y ma-

nejo que considera los derechos y deberes de los Estados ribereños<sup>55</sup>. A su vez, exige que todos los Estados adopten las medidas que, en relación con sus respectivos nacionales, puedan ser necesarias para la conservación de los recursos vivos de la alta mar. Además, establece que al determinar la *captura permisible* de estos recursos, los Estados deberán tomar medidas para mantener las especies capturadas en niveles que puedan producir el *máximo rendimiento sostenible*.<sup>56</sup>

---

### **Las disposiciones de la CONVEMAR sobre conservación de los recursos marinos no imponen deberes claros y precisos a los Estados.**

---

Las disposiciones relacionadas con la conservación de los recursos marinos en alta mar que establece la CONVEMAR han sido criticadas por su carácter general e insuficiente y por que dan lugar a interpretaciones diferentes, no imponiendo a los Estados deberes y obligaciones claras y precisas<sup>57</sup>. De esta manera, no

---

<sup>51</sup> Artículos 61 y 62.

<sup>52</sup> Son aquellas especies que se desplazan en el océano (Artículo 64). Se encuentran enumeradas en el Anexo I de la Convención.

<sup>53</sup> Son aquellas especies que se encuentran dentro de las ZEE de dos o más Estados ribereños, o tanto dentro de la ZEE como en un área más allá de ésta y adyacente a ella (Artículo 63).

<sup>54</sup> Existe una diferencia entre la exigencia de buscar acuerdos para las especies transzonales y las altamente migratorias, puesto que respecto de las primeras la CONVEMAR dispone que los Estados *procurarán acordar las medidas necesarias para coordinar y asegurar la conservación* (artículo 63), en cambio respecto de las altamente migratorias, dispone que *cooperarán con miras a asegurar la conservación* (artículo 64).

<sup>55</sup> Artículo 116 b).

<sup>56</sup> Artículos 116 a 120.

<sup>57</sup> Couve Rioseco, Andrés, “Negociaciones sobre el Régimen Pesquero en Alta Mar en el Marco de la Conferencia de Naciones Unidas” en *Pacífico Sur*, Revista de la Comisión Permanente del Pacífico Sur, Lima, Perú, N°21, 1994, p.140.



especifican las consecuencias que acarrea para los Estados no acordar medidas de conservación para la pesca en alta mar, ni el contenido de los derechos preferentes de los Estados ribereños, que resulta por lo tanto incierto.

A partir de las normas y artículos de la CONVEMAR ya expuestos, es posible examinar la legalidad del derecho invocado por Chile para dictar medidas de conservación de una especie migratoria en alta mar desde dos puntos de vista distintos. Una primera aproximación sería que, al no existir autorización expresa para legislar extraterritorialmente en zonas de alta mar, podría presumirse que se prohíbe el ejercicio de esa facultad. Sin embargo, la alternativa contraria sería presumir la existencia de la facultad, que, en todo caso, estaría sujeta a algún tipo de limitación aplicable al caso concreto.

La existencia de una prohibición del ejercicio de la jurisdicción extraterritorial en el derecho internacional general es difícil de probar, dado que existen numerosos ejemplos de extraterritorialidad en las más diversas materias. Por lo tanto, la prohibición tendría que fundamentarse en una interpretación de la propia CONVEMAR. Una línea de argumentación enfatizaría que ella reconoce a los nacionales de cualquier Estado el derecho a dedicarse a la pesca en alta mar y que la imposición de medidas extraterritoriales por el ribereño interfiere indebidamente con ese derecho. Chile podría responder

que ese derecho queda sometido a los intereses del Estado ribereño (artículo 116.b) y que, en todo caso, sólo podría hablarse de interferencia con la libertad de pesca si se intentara aplicar una medida de cumplimiento forzado de la legislación extraterritorial en la propia zona de alta mar, cuestión que la legislación chilena no contempla.

---

### **Chile podría verse obligado a justificar el ejercicio de la extraterritorialidad.**

---

Como se dijo, también podría partir de la base de la libertad de dictar este tipo de normas con arreglo al derecho internacional general aplicable al ejercicio de la jurisdicción extraterritorial. En tal caso, cabría preguntarse si el propio derecho internacional general y la CONVEMAR de algún modo limitar esa facultad. Como en otras instancias de ejercicio de extraterritorialidad Chile ha adoptado una posición restrictiva,<sup>58</sup> podría verse obligado a demostrar la existencia de algún vínculo que justifique el ejercicio de la extraterritorialidad. En el presente caso, ese vínculo no es difícil de establecer, ya que la propia CONVEMAR reconoce que los Estados ribereños pueden verse afectados por la conducta de los barcos pesqueros que operan en el alta mar adyacente a la ZEE. Por otra parte, el interés especial o preferente de los Estados ribereños en la

---

<sup>58</sup> La posición de Chile en el caso Pinochet se oponía a la existencia de una facultad jurisdiccional extraterritorial general, y sólo aceptaba aquella establecida expresamente por un tratado o en los casos en que existe un determinado vínculo entre alguno de los elementos de la situación y el Estado que intenta ejercer jurisdicción.

conservación de los recursos altamente migratorios o transzonales ha sido reconocido desde la Convención de Ginebra de 1958 sobre Pesca y Conservación de los Recursos Vivos del Alta Mar (artículo 6), mientras que en la CONVEMAR lo contemplan los artículos 116 y 56. Chile tendría entonces que subrayar que la CONVEMAR no contiene ninguna norma expresamente prohibitiva del ejercicio de la jurisdicción extraterritorial y que las únicas limitaciones expresas serían aquellas de los artículos 110 y 111, que en este caso no admitirían derecho de visita ni derecho de persecución para imponer la legislación extraterritorial en alta mar.

---

**La facultad de legislar respecto de las especies transzonales sería compatible con el derecho internacional.**

---

De esta manera, la facultad de Chile de legislar respecto de las especies transzonales sería, en principio, compatible con el derecho internacional. Sin embargo, podría todavía objetarse que esa facultad de legislar más allá de la ZEE se encuentra limitada por la obligación previa de cooperar en materia de conservación de los recursos del alta mar, que establece la propia CONVEMAR. En efecto, los artículos 64 y 188 establecen una obligación de negociar en relación con la conservación de los recursos altamente migratorios o transzonales, en esos artí-

culos no hay nada que permita imponer una restricción *ipso facto* sobre las facultades de jurisdicción extraterritorial de los Estados ribereños.

Una última limitación al ejercicio de la jurisdicción extraterritorial de Chile podría encontrarse en el artículo 119(3) de la CONVEMAR, que dispone que las medidas de conservación no deben entrañar discriminación de hecho o de derecho contra los pescadores de ningún Estado. En el presente caso no existirían razones para sostener que las medidas son discriminatorias, porque ellas se aplican por igual a nacionales y extranjeros, tanto en la ZEE como en el alta mar.

*b. El Acuerdo Marco para la Conservación de los Recursos Vivos Marinos en la Alta Mar del Pacífico Sudeste (Acuerdo de Galápagos, 2000)*<sup>59</sup>.

Cabe referirse brevemente a este Acuerdo, en la medida en que refleja la posición de Chile acerca de sus derechos en materia de conservación de los recursos marinos vivos en la alta mar adyacente a su ZEE. La propia CE incluyó dentro de sus peticiones al Tribunal Internacional del Derecho del Mar que se pronuncia respecto de si el Acuerdo Galápagos fue negociado con el objeto de encuadrarlo en las disposiciones de la CONVEMAR y si sus disposiciones sustantivas se encuentran en consonancia con los artículos 64 y 116 a 119 de la CONVEMAR.

El Acuerdo de Galápagos fue suscri-

---

<sup>59</sup> Este Acuerdo aún no ha entrado en vigencia puesto que falta la ratificación del mismo por parte de Colombia.

to por los Estados ribereños del Pacífico sudeste (Colombia, Ecuador, Perú y Chile), miembros de la CPPS, con el objetivo de la conservación de los recursos vivos marinos en áreas de alta mar del Pacífico Sudeste con especial referencia a las poblaciones de peces transzonales y a las poblaciones de peces altamente migratorios<sup>60</sup>.

El área de aplicación del Acuerdo se extiende exclusivamente a las áreas de alta mar del Pacífico Sudeste comprendidas entre el límite exterior de las zonas bajo jurisdicción nacional de los Estados ribereños y una línea trazada a todo lo largo del meridiano 120° de longitud oeste, desde el paralelo 5° de latitud norte hasta el paralelo 60° de latitud sur. No comprende las zonas bajo jurisdicción nacional correspondientes a las islas oceánicas que pertenecen a alguno de los Estados ribereños, pero se aplicará también a las áreas de alta mar circundantes y adyacentes a tales islas oceánicas dentro de los límites descritos<sup>61</sup>.

El fundamento en que se basaron las Partes para adoptar este acuerdo es que, de conformidad con el derecho internacional, la libertad de pesca en alta mar está sujeta a los derechos, deberes e intereses de los Estados ribereños, y a las

normas sobre conservación y administración de los recursos vivos de la alta mar.<sup>62</sup> Es decir, este Acuerdo consagra expresamente el interés preferente del Estado costero en la alta mar adyacente a sus aguas jurisdiccionales, interés que como ya vimos se menciona previamente en el artículo 116.b de la CONVEMAR, aunque sin un contenido claro y preciso.

El Acuerdo de Galápagos constituye un acuerdo marco, que se implementará mediante la adopción de normas específicas para la conservación de determinadas especies, estimadas como prioritarias por los Estados Partes e identificadas en su primera reunión después de su entrada en vigencia<sup>63</sup>. En la adopción de estas normas se aplicarán, entre otros, los siguientes “principios de conservación”<sup>64</sup>:

- El *principio precautorio*: de acuerdo con este enfoque, las medidas que se adopten se deberán basar en una apropiada información científica y técnica, a fin de asegurar la conservación de los recursos vivos marinos del Pacífico Sudeste. Sin embargo, la carencia o insuficiencia de la información disponible no se aducirá como razón para aplazar o impedir la adopción de medidas precautorias, que incluyan puntos de referencia para las respectivas unidades poblacionales.

---

<sup>60</sup> Artículo 2.

<sup>61</sup> Artículo 3.1.

<sup>62</sup> Párrafos 4° y 5° del Preámbulo y Artículo 5 N°2

<sup>63</sup> Esta adopción de normas específicas se efectuará mediante acuerdos o “instrumentos complementarios”, que se definen como “los que concierten los Estados Partes o los Estados concernidos, según sea el caso, en aplicación de las disposiciones de este Acuerdo Marco, mediante convenios, protocolos o anexos, según sea apropiado, sobre materias específicas que así lo requieran y con la finalidad de desarrollar o reglamentar las disposiciones del Acuerdo, teniendo en cuenta la naturaleza de las especies de que se trate.” (Artículo 1.15).

<sup>64</sup> Artículo 5 N°1

- El *enfoque ecosistémico*: al establecer las medidas de conservación de las especies reguladas, se tendrá en cuenta el efecto de la pesca de determinadas poblaciones de peces sobre poblaciones de peces asociadas o dependientes de aquéllas y sobre el ecosistema marino en su conjunto. Asimismo, se tomarán en consideración los efectos de los cambios ambientales y otros fenómenos que puedan afectar el ecosistema marino, a fin de prevenir o minimizar el riesgo de alteraciones potencialmente irreversibles.

---

### **El principio de compatibilidad se basa en la unidad del ecosistema.**

---

- El *principio de compatibilidad*: las medidas que se adopten no podrán ser menos estrictas que las establecidas para las mismas especies en las zonas bajo jurisdicción nacional adyacentes al área de aplicación del Acuerdo, ni deberán menoscabar su eficacia, y en todo caso, deberán ser plenamente compatibles con ellas. De esta manera, se establece que el referente mínimo que deberá tomarse en cuenta al definir los parámetros de conservación en la alta mar será precisamente el régimen que cada Estado ribereño ya posee al interior de su respectiva ZEE.<sup>65</sup>

El acuerdo identifica los elementos que podrán incluir las medidas de conservación<sup>66</sup>, enumerando no taxativamente los siguientes<sup>67</sup>: la designación de sub-áreas dentro del área de aplicación del acuerdo; la fijación de niveles de captura; la reglamentación del esfuerzo pesquero; el establecimiento de temporadas de captura y veda; la adopción de métodos de captura; y la fijación de tallas mínimas permisibles, como también de edad y de sexo.

Hasta aquí, el Acuerdo de Galápagos refleja casi exactamente lo dispuesto por el Acuerdo sobre la Aplicación de las Disposiciones de la CONVEMAR relativas a la Conservación y Ordenación de las Poblaciones de Peces Transzonales y las Poblaciones de Peces Altamente Migratorios (Acuerdo de Nueva York, 1995) que, a pesar de ser un instrumento jurídico separado de la CONVEMAR, se entiende que interpreta sus disposiciones sobre la materia. Podría sostenerse que la única diferencia radica en el alcance del principio de “compatibilidad” reconocido por ambos acuerdos. Este principio se basa en la unidad del ecosistema o unidad biológica de la especie, aspecto que no fue cuestionado por ninguna de las partes negociadoras del Acuerdo de Nueva York. Sin embargo, el alcance de este principio fue lo que generó mayores dife-

---

<sup>65</sup> Mensaje del Ejecutivo a la Cámara de Diputados para la aprobación del Acuerdo Galápagos, Boletín N°2674-10, 2001.

<sup>66</sup> El Artículo 1.11. define “medidas de conservación” como “las destinadas a asegurar el uso sostenible de una o más poblaciones de peces, que se adopten en el área de aplicación del acuerdo marco en forma compatible con las normas pertinentes del derecho internacional y de conformidad con las disposiciones de este Acuerdo. Consecuentemente, el término “conservación” incluye en adelante, para los efectos de este Acuerdo, el concepto de uso sostenible de los recursos vivos marinos.”

<sup>67</sup> Artículo 6.

rencias entre las posiciones de los Estados ribereños y de los que pescan en aguas distantes. En efecto, los primeros sostenían que debían respetarse sus derechos preferentes sobre las zonas adyacentes a su ZEE, y por la otra, los que pescan en aguas distantes se mostraron contrarios a cualquier disposición que ampliara las atribuciones de los Estados costeros. Es decir, quedaron en evidencia las distintas interpretaciones a las normas respectivas de la CONVEMAR. En definitiva, lo que el Acuerdo de Nueva York dispone es que *las medidas de conservación y ordenación que se establezcan para la alta mar y las que se adopten para las zonas que se encuentran bajo jurisdicción nacional habrán de ser compatibles, a fin de asegurar la conservación y ordenación de las poblaciones de peces transzonales y las poblaciones de peces altamente migratorios en general*<sup>68</sup>. Para ello, los Estados procurarán directamente o por conducto de los mecanismos de cooperación apropiados, acordar las medidas necesarias para la conservación de las poblaciones de peces respectivas<sup>69</sup>. Los Estados, al determinar dichas medidas deberán tener en cuenta, entre otros aspectos, las medidas adoptadas por los Estados ribereños en las zonas bajo su jurisdicción; las medidas adoptadas para la alta mar por arreglos regionales o subregionales, o por los Estados ribereños y los que pescan en alta mar; la medida en que los Estados involucrados dependen de la población res-

pectiva; y sus características biológicas<sup>70</sup>. Es decir, al momento de tener que determinarse las medidas de conservación pertinentes, el Acuerdo de Nueva York busca mantener en situación de igualdad a los Estados ribereños y a los que pescan en aguas distantes. El Acuerdo de Galápagos, en cambio, parece dar preferencia a las facultades del Estado ribereño al momento de adoptar medidas de conservación en la alta mar adyacente a su ZEE. Sin embargo, es posible sostener que ambas interpretaciones caben dentro del ámbito de lo dispuesto por la CONVEMAR en la materia.

---

### **El Acuerdo de Nueva York procura la igualdad de los Estados ribereños y de los que pescan en aguas distantes.**

---

Otro punto que se debe revisar para evaluar la consonancia del Acuerdo de Galápagos con la CONVEMAR se refiere a los derechos que se le confieren al Estado ribereño para hacer cumplir las medidas de conservación adoptadas. El Acuerdo de Galápagos les confiere las siguientes facultades<sup>71</sup>, específicamente a los Estados Partes que sean Estados del puerto: *el derecho a inspeccionar*, cuando sea necesario, los documentos, los aparejos de pesca y la captura de los buques pesqueros que se encuentren voluntariamente en sus puertos y en sus terminales frente a la costa; y *a prohibir los desem-*

---

<sup>68</sup> Artículo 7.2.

<sup>69</sup> Artículo 7.1.

<sup>70</sup> Artículo 7.2. letras a)-f).

<sup>71</sup> Artículo 9.

*barcos y transbordos* cuando existan motivos razonables para creer que las capturas de peces en el área de aplicación del acuerdo se han efectuado contraviniendo las normas y medidas de conservación adoptadas, o en ausencia de tales medidas, cuando las capturas han menoscabado la eficacia de las medidas vigentes en las zonas bajo jurisdicción nacional de los Estados ribereños, con respecto a las mismas poblaciones de peces. A su vez, el Acuerdo contempla que los Estados Partes deberán acordar un listado de infracciones y un sistema adecuado de sanciones, fundado en los principios de proporcionalidad y disuasión adecuadas. Las sanciones incluirán la imposición de multas, el decomiso de la captura y la suspensión o cancelación de las autorizaciones para pescar<sup>72</sup>. Por su parte, la CONVEMAR, interpretada en conjunto con el Acuerdo de Nueva York, reconoce los mismos derechos de inspección y prohibición de desembarcos y transbordos<sup>73</sup>. En consecuencia, existiría absoluta consonancia entre las disposiciones de ambos instrumentos.

En resumen, Chile puede argumentar que lo dispuesto en el Acuerdo de Galápagos no es contrario a las disposiciones de la CONVEMAR aun cuando existan diferencias con el Acuerdo de Nueva York en cuanto al alcance del principio de compatibilidad.

---

## Habría absoluta consonancia entre las disposiciones de la CONVEMAR y el Acuerdo de Galápagos.

---

*c. La interacción de la CONVEMAR con otras normas de derecho internacional en relación con las medidas de conservación.*

En relación con este punto es importante examinar hasta qué punto podría el derecho internacional del comercio interactuar con el derecho del mar, afectando la interpretación de la CONVEMAR. Se trata de una pregunta sobre la interacción entre diversos tratados. Es muy probable que, enfrentado a este problema, el Tribunal del Derecho del Mar adopte una posición cautelosa y que, en vez de explorar posibles efectos derogatorios entre los tratados, trate de conciliar cualquier tipo de aparente incompatibilidad que pueda surgir de la lectura de la CONVEMAR y de los acuerdos de la OMC.<sup>74</sup> El Tribunal, entonces, trataría, en primer término, de evitar la aplicación de las máximas interpretativas *lex posteriori derogat priori* o *lex specialis derogat generalis*. Y, en todo caso, siempre es posible que el Tribunal del Derecho del Mar declare no tener jurisdicción para conocer de los temas relacionados con el derecho internacional del comercio, como ya se examinó en la parte II de este trabajo.

---

<sup>72</sup> Artículo 10.

<sup>73</sup> Ver artículo 23 Acuerdo de Nueva York.

<sup>74</sup> Esta posición conservadora y reconciliadora frente a la interacción entre las diversas normas de derecho internacional ya ha sido asumida por otros tribunales, como la propia CIJ en el caso *Gabcikovo/Nagymaros* (ICJ, *Reports*, 1997)

Pero, si el Tribunal del Derecho del Mar decidiera entrar a conocer de la normativa del derecho internacional del comercio debería concentrarse en dos aspectos importantes relativos a la aplicación de las medidas de conservación chilenas en el alta mar. En primer lugar, tendría que detenerse en el problema de la aplicación extraterritorial de las medidas de conservación dictadas por Chile y, en segundo lugar, tendría que detenerse en el aspecto unilateral de las medidas chilenas. En el primer caso, el Tribunal del Derecho del Mar tendría que entrar directamente a examinar el artículo XX del GATT y podría llegar a concluir que las medidas extraterritoriales de los países no son *per se* contrarias al acuerdo GATT<sup>75</sup> y que, por lo tanto, no existiría contradicción entre una lectura de éste y la CONVEMAR, que permite la extraterritorialidad. En el segundo caso, también podría sostenerse que las medidas unilaterales<sup>76</sup> tampoco constituyen *per se* una violación de la normativa del GATT y que, por lo tanto, tampoco existiría contradicción entre una lectura que permite esas medidas en la CONVEMAR y el acuerdo GATT.<sup>77</sup> Al no encontrar contradicciones entre el derecho del mar y el derecho del comercio internacional, no se entraría en el terreno más delicado de los conflictos

entre normas incompatibles y, por lo tanto, no sería este el caso para aplicar el artículo 311 de la CONVEMAR, que le da supremacía a esta convención sobre otros tratados internacionales incompatibles.

---

### **El tribunal del Derecho del Mar tratará de conciliar la incompatibilidad que podría haber entre la CONVEMAR y los acuerdos de la OMC.**

---

#### *2. Las sanciones previstas por el incumplimiento de la normativa chilena*

Estas medidas se refieren específicamente a la prohibición de desembarcar en puertos chilenos las capturas del pez espada realizadas en contravención de las normas de conservación adoptadas por Chile con el objeto de proteger las pesquerías del recurso que se encuentran tanto en su ZEE como en la zona de alta mar adyacente. Nos referiremos a continuación a las disposiciones del derecho internacional del mar y del comercio que hay que tener presente al momento de analizar la legalidad de la sanción impuesta por Chile.

---

<sup>75</sup> Ver Bartels, "Article XX of GATT and the Problem of Extraterritorial Jurisdiction", *World Trade Journal*, vol. 36, 2000, pp 353 y ss.

<sup>76</sup> En todo caso, hay que advertir que es de esperar que Chile también alegue que hubo intentos de negociación serios con la Comunidad Europea.

<sup>77</sup> En el caso *Shrimps/Turtles* (1998), los mecanismos de solución de controversias de la OMC tuvieron la oportunidad de pronunciarse sobre medidas unilaterales y extraterritoriales impuestas por Estados Unidos para la protección de las tortugas. La medida fue declarada contraria al acuerdo GATT por ser discriminatoria, pero no por su mero carácter unilateral o extraterritorial.

#### a) Derecho internacional del mar

Se puede sostener que el derecho internacional del mar reconoce la facultad de los Estados de regular y de denegar el acceso a sus puertos a los barcos extranjeros que contravengan las medidas de conservación que haya adoptado un Estado. Este derecho se basa en que los puertos se encuentran situados en las aguas interiores de los Estados y, por lo tanto, forman parte de su territorio y se encuentran sujetos a su soberanía territorial<sup>78</sup>. De esta manera, se ha sostenido que en el derecho internacional del mar no existe un derecho general de acceso o entrada a los puertos<sup>79</sup>.

---

### **El derecho de un Estado a denegar acceso a sus puertos se basa en que están sujetos a su soberanía territorial.**

---

De acuerdo con la CONVEMAR los puertos se encuentran dentro de las aguas interiores del Estado costero y, por lo tanto, están sujetos a su plena soberanía territorial. Por lo tanto, como el Estado costero tiene el derecho a regular el acceso a sus aguas interiores, como consecuencia, también tiene el derecho a regular el acceso a sus puertos. Sin perjuicio de que este derecho no se encuentra expresamente establecido en la CONVEMAR, es po-

sible concluirlo de las disposiciones anteriores y de lo señalado en la Parte XII sobre Protección y preservación del medio marino, en virtud de las cuales se le confiere al Estado costero la posibilidad de establecer condiciones para la entrada a sus puertos e incluso denegarla<sup>80</sup>.

Por otra parte, el Acuerdo de Nueva York (que se entiende como un tratado complementario a la CONVEMAR), en lo que se refiere al Estado del Puerto, les confiere expresamente la autoridad para inspeccionar a los buques pesqueros que se encuentren voluntariamente en sus puertos, y para dictar la reglamentación que faculte a las autoridades nacionales competentes para prohibir desembarcos y transbordo de pesca cuando ella se haya obtenido de una manera que compromete la eficacia de las medidas de conservación y ordenamiento en alta mar.

Finalmente, también el Acuerdo de Galápagos garantiza a ciertas autoridades de los Estados del puerto el *derecho a inspeccionar*, cuando sea necesario, los documentos, los aparejos de pesca y la captura de los buques pesqueros que se encuentren voluntariamente en sus puertos y en sus terminales frente a la costa; y a *prohibir los desembarcos y transbordos* cuando existan motivos razonables para creer que las capturas de peces en el área de aplicación del acuerdo se han efectuado contraviniendo las normas y medidas de conservación adoptadas, o en ausen-

---

<sup>78</sup> La única excepción se refiere a los buques en situación de emergencia, que tienen un derecho a refugiarse en el puerto más cercano.

<sup>79</sup> De La Fayette, Louise, "Access to Ports in International Law", en *The International Journal of Marine and Coastal Law*, Vol. 11, N°1, Marzo 1996, p.1.

<sup>80</sup> Ver artículo 211(3).



cia de tales medidas, cuando las capturas han menoscabado la eficacia de las medidas vigentes en las zonas bajo jurisdicción nacional de los Estados ribereños, respecto de las mismas poblaciones de peces.

#### b) GATT, 1994

En esta materia la disposición pertinente es el Artículo V del GATT, sobre Libertad de Tránsito, que señala, en sus párrafos relevantes, lo siguiente:

1. Las mercancías (con inclusión de los equipajes), así como los barcos y otros medios de transporte serán considerados en tránsito a través del territorio de una parte contratante, cuando el paso por dicho territorio, con o sin transbordo, almacenamiento, fraccionamiento del cargamento o cambio de medio de transporte, constituya sólo una parte de un viaje completo que comience y termine fuera de las fronteras de la parte contratante por cuyo territorio se efectúe. En el presente artículo, el tráfico de esta clase se denomina «tráfico en tránsito».

2. Habrá libertad de tránsito por el territorio de cada parte contratante para el tráfico en tránsito con destino al territorio de otra parte contratante o procedente de él, que utilice las rutas más convenientes para el tránsito internacional. No se hará distinción alguna que se funde en el pabellón de los barcos, en el lugar de origen, en los puntos de partida, de entrada, de salida o de destino, o en consideraciones relativas a la propiedad de las mercancías, de los barcos o de otros medios de transporte.

Se puede sostener que este artículo implica la libertad de entrada y acceso a los puertos de los Estados Partes; al menos para fines de transbordo. Sin embargo, en defensa de la prohibición establecida, Chile puede argumentar que, como en este caso la denegación del acceso a los puertos chilenos fue una medida sancionatoria por el no cumplimiento de las medidas de conservación para proteger la pesquería del pez espada, se puede beneficiar de la excepción ambiental contenida en el artículo XX (g) que dispone que ninguna disposición del GATT será interpretada en el sentido de impedir que toda parte contratante adopte o aplique medidas relativas a la conservación de los recursos naturales agotables, a condición de que ellas se apliquen conjuntamente con restricciones a la producción o al consumo nacionales.

---

### **Chile negó el acceso a sus puertos por el incumplimiento de las medidas de conservación del pez espada.**

---

Sin perjuicio de lo que acabamos de señalar, es probable que el Tribunal del Derecho del Mar prefiera abstenerse de emitir un pronunciamiento señalando que este punto escapa a su competencia. Cabe señalar que la UE en sus peticiones ante el Tribunal Internacional del Derecho del Mar no menciona el GATT, por lo que es posible que la UE alegue que el Tribunal no es competente para conocer de estas cuestiones. Sin embargo, podemos prever que Chile dependerá con energía la existencia de un derecho a regular discrecio-

nalmente el uso de sus puertos. Al interpretar este derecho, habría que realizar un ejercicio de conciliación entre el derecho a regular los puertos y el artículo V del GATT. Uno de los caminos que puede seguir el Tribunal del Derecho del Mar para evitar una contradicción irreconciliable entre ambos es, como ya dijimos, ampararse en las excepciones del artículo XX del GATT, lo que implicaría entrar a pronunciarse sobre el cumplimiento de los requisitos establecidos en el encabezado de dicho artículo XX. Es útil tener presente, que en caso de no poder conciliar ambos derechos, el Tribunal Internacional del Derecho del Mar tendría algunos problemas para aplicar el artículo 311 de la CONVEMAR y dar así preferencia al control de los puertos sobre la normativa del GATT, ya que, como señalamos, el derecho a cerrar los puertos no se encuentra establecido en la CONVEMAR, sino que su fuente se tendría que buscarse en el derecho internacional consuetudinario.

### *B. La controversia ante los mecanismos de solución de controversias de la OMC*

Ante los mecanismos de solución de controversias de la OMC, la manera de enfrentar el problema de legislaciones aparentemente contradictorias puede ser diferente, por aplicación del artículo 3 del Entendimiento sobre Solución de Controversias, antes transcrito.

Recordemos que en noviembre de

2000, las Comunidades Europeas solicitaron el establecimiento de un panel para la solución de la controversia surgida con motivo de la legislación chilena relativa a la pesca del pez espada en zonas de alta mar. Las comunidades basaron su reclamo en que la legislación chilena, al no permitir a las embarcaciones de pesca de la Comunidad que operan en las aguas del Pacífico Sudeste descargar peces espada en los puertos chilenos, ni desembarcarlos para su depósito o transbordarlos a otras embarcaciones, impide el tránsito por sus puertos y la importación a Chile de las capturas de esta especie. A juicio de las comunidades estas prohibiciones serían incompatibles con los párrafos 1 y 3 del artículo V y con el párrafo 1 del artículo XI del GATT, de 1994, y en consecuencia anularían las ventajas de dicho Acuerdo para las comunidades.<sup>81</sup>

La estrategia chilena para defenderse de estas acusaciones podría basarse en la existencia de una norma de derecho internacional relativa al derecho de los Estados costeros a cerrar sus puertos a las embarcaciones pesqueras extranjeras. Incluso, podría convenir a la posición de Chile invocar la conducta previa de las partes. En este sentido, Louise de La Fayette ha señalado que en una controversia de 1989 entre Canadá y las CE, en la cual Canadá había cerrado sus puertos a los barcos pesqueros involucrados en la sobreexplotación de los recursos, las CE no rechazaron el derecho de un Estado costero a cerrar su puertos, sino que más bien reclamaron del carácter discrimina-

---

<sup>81</sup> Ver WT/DS193/2 en: [www.wto.org](http://www.wto.org).

torio y arbitrario de la medida.<sup>82</sup> Sin embargo, presentarle a un panel del GATT un conflicto de normas de derecho internacional aparentemente incompatibles entre sí, posiblemente no lleve al resultado que Chile espera. En particular, el artículo 3 del Entendimiento relativo a la Solución de Diferencias puede constituirse en un gran obstáculo para que el panel acepte realizar un ejercicio interpretativo entre normas del GATT y otras normas de derecho internacional que puedan establecer derechos y obligaciones aparentemente incompatibles con el GATT. Al respecto, se debe tener muy presente que el artículo 3(2) del Entendimiento sobre Solución de Diferencias establece que:

*El sistema de solución de diferencias de la OMC es un elemento esencial para aportar seguridad y previsibilidad al sistema multilateral de comercio. Los Miembros reconocen que ese sistema sirve para preservar los derechos y obligaciones de los Miembros en el marco de los acuerdos abarcados y para aclarar las disposiciones vigentes de dichos acuerdos de conformidad con las normas usuales de interpretación del derecho internacional público. Las recomendaciones y resoluciones del OSD no pueden entrañar el aumento o la reducción de los derechos y*

*obligaciones establecidos en los acuerdos abarcados.*<sup>83</sup>

---

**Es difícil que el GATT acepte realizar una interpretación entre sus normas y otras de derecho internacional aparentemente incompatibles.**

---

Esta disposición podría interpretarse en el sentido de que establece una superioridad normativa del sistema del GATT sobre otros tratados. En este contexto, la regla según la cual ‘las recomendaciones y resoluciones del OSD no pueden entrañar el aumento o la reducción de los derechos y obligaciones establecidos en los acuerdos abarcados, puede interpretarse como una regla sobre conflicto de normas que le daría prioridad al sistema del GATT.<sup>84</sup> Según esta lectura del artículo 3(2) del Entendimiento sobre Solución de Diferencias, si la controversia ante el Panel del GATT aparece como un conflicto entre normas incompatibles, el Panel estaría obligado a dar preferencia al GATT.<sup>85</sup> Así las cosas, en el ámbito del sistema de solución de controversias del GATT, la mejor estrategia para Chile al enfrentar esta interpretación de los artí-

---

<sup>82</sup> De La Fayette, Louise, *op.cit.*, p.20.

<sup>83</sup> El subrayado es nuestro. Ver también el artículo 19(2) del Entendimiento sobre Solución de Diferencias que dispone que: “De conformidad con el párrafo 2 del artículo 3, las constataciones y recomendaciones del Grupo Especial y del Órgano de Apelación no podrán entrañar el aumento o la reducción de los derechos y obligaciones establecidos en los acuerdos abarcados”.

<sup>84</sup> Bartels, L., ‘Applicable Law in WTO Dispute Settlement Proceedings’, *Journal of World Trade*, vol. 35, 2001, p. 502.

<sup>85</sup> Es muy importante tener presente que también existe una lectura alternativa, según la cual la referencia del artículo 3(2) del Entendimiento sobre Solución de Diferencias a ‘preservar los derecho y

culos 3(2) y 19(2) del Entendimiento sobre Solución de Diferencias sería presentar las restricciones impuestas al uso de los puertos chilenos en el contexto mismo del GATT. Por lo tanto, sin perjuicio de invocar argumentos basados en normas de derecho internacional general que establezcan el principio de control sobre los puertos propios, Chile debiera también ampararse en las excepciones al libre comercio contenidas en el propio acuerdo del GATT, en particular, el artículo XX.

---

### **La mejor estrategia para Chile sería plantear las restricciones al uso de sus puertos en el contexto del GATT.**

---

En la interpretación del artículo XX del GATT, dos cuestiones cobrarán especial interés: el de la *extraterritorialidad* de las medidas de conservación chilenas y el de la *unilateralidad* de esas medidas y sus correspondientes sanciones. En cuanto a la extraterritorialidad, es importante hacer una primera advertencia: la UE no ha reclamado la ilegalidad de las medidas de conservación ante el panel del

GATT, sino que sólo ha reclamado de la ilegalidad de las sanciones por no cumplimiento de la normativa. Como las sanciones se imponen en el territorio de Chile, podría señalarse que ante el Panel del GATT no se presentará ningún problema de extraterritorialidad. Sin embargo, como las sanciones (denegación de acceso a los puertos y prohibición de descargar la captura) son consecuencia de las medidas extraterritoriales de conservación, es muy probable que una de las líneas de argumentación de la UE se base en la íntima relación que existe entre las medidas de conservación y las sanciones previstas para su incumplimiento, para hacer caer ambas aduciendo una supuesta inadmisibilidad de la extraterritorialidad de conformidad con los acuerdos de la OMC. Sin embargo, la normativa de la OMC no parece rechazar *per se* la extraterritorialidad. De hecho, es posible remitirse a la propia jurisprudencia de los paneles y el órgano de apelación de la OMC para concluir que el artículo XX *per se* no prohíbe la extraterritorialidad. Aplicando el criterio de derecho internacional general, en cuanto a la necesidad de que medida extraterritorial

---

obligaciones de los Miembros en el marco de los acuerdos abarcados', sólo tendría por objeto fijar las facultades de los paneles de la OMC para hacer cumplir forzosamente los dichos acuerdos: Ver, Pauwelyn, J., 'The role of public international law in the WTO: How far can we go?', *American Journal of International Law*, vol. 95, 2001, p. 561. En lo que concierne a la última frase del artículo 3(2) sobre la inmutabilidad de los derechos y obligaciones establecidos en los acuerdos abarcados por el Entendimiento sobre Solución de Diferencias, Pauwelyn se opone a la interpretación presentada por Bartels. Según Pauwelyn, los artículos 3(2) y 19(2) del Entendimiento sobre Solución de Diferencias no se refieren al derecho aplicable, ni a la relación que debe existir entre los acuerdos abarcados de la OMC y otras normas de derecho internacional anteriores o posteriores a la entrada en vigor de dichos acuerdos. De esta manera, los artículos 3(2) y 19(2) sólo tendrían por objeto prohibir que los paneles de la OMC establezcan nuevos derechos u obligaciones; sólo pueden aplicar los derechos y obligaciones que han sido consentidos por los Miembros. El consentimiento para modificar los derechos y obligaciones podría encontrarse en normas de derecho internacional distintas de los acuerdos de la OMC: *Ibid.*, p. 564.

sea “razonable”, hay buenas razones para estimar que en este caso existe un factor de conexión fuerte entre Chile y los intereses que se intenta proteger. Después de todo, la propia CONVEMAR reconoce el interés preferente que tienen los Estados ribereños en la conservación de los recursos adyacentes a la zona económica exclusiva. Adicionalmente, el nexo entre los recursos naturales que se encuentran en aguas fuera de la jurisdicción de los Estados y los que ocurren en aguas dentro de ella ha sido reconocido como una base legítima para la extraterritorialidad por el Órgano de Apelación de la OMC en el caso *Shrimps/Turtles*.<sup>86</sup>

---

### **La normativa de la OMC no parece rechazar la extraterritorialidad.**

---

En relación con el carácter unilateral de las medidas de conservación impuestas por Chile, es obvio que la primera línea de argumentación chilena debe ir en el sentido de establecer que Chile hubo intentos por establecer medidas negociadas. Subsidiariamente, Chile tendría que argumentar que aun siendo unilaterales, las medidas no se encuentran *per se* prohibidas por el GATT. Gran parte de las medidas que el artículo XX del GATT autoriza a lo Estados a tomar son de carácter unilateral. Además, la jurisprudencia en el caso *Shrimps/Turtles* sólo sirve para demostrar que una medida puede no estar autorizada por el artículo XX por su carácter discriminatorio y desproporcionado, pero no simplemente por su carácter unilateral.<sup>87</sup>

---

<sup>86</sup> En este sentido el Organo de Apelación señaló lo siguiente: “Es bien sabido que las especies de tortugas marinas del presente caso, es decir, las cubiertas por el artículo 609, se dan en aguas jurisdiccionales de los Estados Unidos. Por supuesto, no se pretende que *todas* las poblaciones de esas especies migren o atraviesen en un momento u otro aguas jurisdiccionales de los Estados Unidos. Ni el apelante ni ninguno de los apelados reclama ningún derecho de propiedad exclusiva de las tortugas marinas, al menos mientras vivan y se desplacen libremente por su hábitat natural, los océanos. No entramos en la cuestión de si hay una limitación jurisdiccional implícita en el párrafo g) del artículo XX ni de la naturaleza y ámbito de esa limitación, si la hubiere. Nos limitamos a advertir que en cualquier caso, y en las circunstancias específicas del caso que nos ocupa, existe un vínculo suficiente entre las poblaciones migratorias y marinas amenazadas del caso y los Estados Unidos a los efectos del párrafo g) del artículo XX.”: Ver párrafo 133, WT/DS58/AB/R en <www.wto.org>.

<sup>87</sup> La discusión sobre el carácter unilateral de las medidas impuestas por Estados Unidos en el caso *Shrimps/Turtles* se encuentra bajo el título de “Discriminación Injustificada”. El órgano de apelación se refiere al hecho de que Estados Unidos no intentó negociar con los países reclamantes el establecimiento de medidas consensuadas, pero sí negoció una convención en este sentido en el contexto interamericano. Se resalta también el hecho de que la certificación requerida por Estados Unidos para el ingreso de camarones capturados fuera de su territorio es demasiado estricta, llegándose en el fondo a requerirse la aplicación de las mismas políticas estadounidenses en estas materias. Es interesante subrayar que en el párrafo 166 de su decisión, el Organo de Apelación establece una relación directa entre la discriminación arbitraria y la unilateralidad de la medida, al decir que: “Otro aspecto de la aplicación del artículo 609 que tiene un peso importante en cualquier determinación con respecto a si una discriminación es justificable o injustificable es el hecho de que los Estados Unidos no han emprendido con los apelados, así como con otros Miembros que exportan camarones a los Estados Unidos, negociaciones serias y

#### IV. CONCLUSIONES

La controversia analizada en estas páginas pone de manifiesto la difícil compatibilización entre la protección del medio ambiente y la promoción del libre comercio. El problema se agrava aún más al existir, como hemos visto, jurisdicciones paralelas para conocer de la interpretación y aplicación de las respectivas normas de derecho internacional en juego. Al no existir una instancia jurisdiccional superior que solucione la contienda de competencias, la operación de estas jurisdicciones paralelas crea el riesgo de obtener interpretaciones contradictorias respecto del derecho aplicable. Frente a la incapacidad del método jurisdiccional para solucionar la controversia, la resolución del conflicto vuelve a descansar en la habilidad negociadora de los Estados. Otra alternativa es que se deje primar finalmente al mecanismo jurisdiccional que posea los medios más eficaces para obtener un cumplimiento forzado. Creemos que ninguna de estas dos alternativas promovería el desarrollo sustentable.

En efecto, la capacidad negociadora de Chile para este caso es bastante débil. De acuerdo con lo expuesto, la posición de Chile sería la más cercana a la protección del medio ambiente. Sin embargo,

sus fundamentos normativos no están exentos de polémica. Sus medidas de conservación han sido objetadas como contrarias a la CONVEMAR, lo que ha exigido de Chile una interpretación de la Convención que muchos han calificado de forzada. De alguna manera, podría decirse que la posición de Chile refleja una norma emergente de derecho internacional cuya consagración, más que de las fortalezas argumentativas de Chile, dependerá del contexto general en que ésta se desarrolle<sup>88</sup>. Sostener esta argumentación no resulta fácil para un país como Chile, cuya capacidad negociadora en el contexto mundial no es especialmente fuerte, y menos frente a un conglomerado de países industrializados como la Unión Europea.

---

#### **La operación de jurisdicciones paralelas crea el riesgo de obtener interpretaciones contradictorias.**

---

La Unión Europea ha enfatizado la supuesta falta de una iniciativa negociadora por parte de Chile para establecer normas de conservación consensuadas. Esta hipótesis, en todo caso, no sería necesariamente la más favorable para la conservación de los recursos. Al respecto, hay

---

globales con el objetivo de concertar acuerdos bilaterales o multilaterales para la protección y conservación de las tortugas marinas, antes de poner en aplicación la prohibición de las importaciones contra las exportaciones de camarón de esos otros Miembros.” Ver WT/DS58/AB/R, párrafos 161 y siguientes en <www.wto.org>.

<sup>88</sup> Se podría hacer una analogía entre la posición de Chile en este caso y la de Islandia en el caso de las Pesquerías (CIJ 1974), en que el Reino Unido solicitó de la Corte una declaración de ilegalidad de la extensión de la zona de pesca de Islandia. La Corte no quiso declarar esa ilegalidad y simplemente, en términos ambiguos, señaló que la posición de Islandia no era contraria al derecho consuetudinario.

que tener presente que el interés primordial de la Unión Europea en este caso es proteger la viabilidad pesquera de la flota española que se vio perjudicada al restringirse su capacidad pesquera en aguas sujetas a la jurisdicción europea. En la hipotética negociación se enfrentarían dos intereses distintos, la conservación del recurso por parte de Chile y el interés económico europeo.

Por otra parte, la Unión Europea se ha amparado en normas de libre comercio claramente establecidas en tratados de la OMC y que cuentan con un sistema de

solución de controversias fuerte y eficaz. De esta manera, aún cuando prosperara la posición chilena ante el Tribunal Internacional del Derecho del Mar, los efectos prácticos de la decisión de este último podría verse anulada en frente a una decisión contraria de los mecanismos de solución de controversias de la OMC.

Por lo tanto, en este escenario se dificulta la protección del medio ambiente y el desarrollo económico de un país en vías de desarrollo como lo es Chile, dos aspectos esenciales del concepto de desarrollo sustentable.