Nullius
Revista de pensamiento crítico en el ámbito del Derecho

UNIVERSIDAD TÉCNICA DE MANABÍ
Fundada en 1952
Portoviejo-Manabí-Ecuador

La pesca incidental de especies marinas protegidas: Deficiente regulación en el ordenamiento jurídico ecuatoriano

Bycatch of protected marine species: Deficient regulation in the Ecuadorian legal system

✉ Diana Stefanía Mejía Baque [1], 0000-0001-5103-3994

✉ María Yokir Reyna Zambrano [2], 0000-0003-0524-0399

[1]*Universidad San Gregorio de Portoviejo, Portoviejo, Ecuador,* e.dsmejia@sangregorio.edu.ec

[2]*Universidad San Gregorio de Portoviejo, Portoviejo, Ecuador,* myreyna@sangregorio.edu.ec

Citación de este artículo:

Mejia, D. y Reyna, M. (2024). La pesca incidental de especies marinas protegidas: Deficiente regulación en el ordenamiento jurídico ecuatoriano. *Nullius, 5*(2), 122- 141. https://doi.org/10.33936/revistaderechos.v5i2.7067

Recepción: 03 de julio de 2024 **Aceptación:** 15 de agosto de 2024 **Publicación:** 27 de diciembre de 2024

CC BY NC ND

Resumen

Este trabajo investigativo se enfocó en analizar la pesca incidental de especies marinas protegidas dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano y su determinación como una infracción administrativa. La relevancia del tema surge debido a que, en Ecuador, la pesca incidental no se encuentra determinada como infracción administrativa, irrespetando así los principios de legalidad, tipicidad y proporcionalidad, en donde las autoridades administrativas pueden tomar decisiones arbitrarias y discrecionales. La metodología empleada tuvo un enfoque cualitativo, utilizando los métodos de análisis teórico jurídico y análisis jurídico comparado. Los resultados de la investigación demostraron que, al no establecer la pesca incidental dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano como una infracción administrativa muy grave, se aleja de la visión biocentrista establecida en la Constitución e incumple con el principio de legalidad, principio ecosistémico, enfoque de precaución y el Objetivo de Desarrollo Sostenible número 14. Se concluyó, que la pesca incidental de especies marinas protegidas que excedan los límites de permisibilidad debe considerarse como una infracción administrativa muy grave con su correspondiente sanción.

Palabras clave: Ecuador; especies marinas protegidas; infracción administrativa; pesca incidental; sanción administrativa.

Abstract

This research work is a reflection article that focused on analyzing the bycatch of protected marine species within the Ecuadorian legal system and its determination as an administrative offence. The relevance of the issue arose because, in Ecuador, bycatch is not determined as an administrative infraction, thus disrespecting the principles of legality, typicality and proportionality, where administrative authorities can make arbitrary and discretionary decisions. The methodology used had a qualitative approach, using the methods of legal theoretical analysis and comparative legal analysis. The results of this research showed that, by not establishing bycatch within the Ecuadorian legal system as a very serious administrative offence, it departs from the biocentric vision established in its Constitution and fails to comply with principle of legality, the ecosystem principle, precautionary approach and Sustainable Development Goal number 14. It was concluded that bycatch of protected marine species that exceed the permissibility limits should be considered a very serious administrative offence with its corresponding penalty.

Keywords: Ecuador; protected marine species; administrative offence; bycatch; administrative penalty.

Introducción

La pesca es un tema histórico y amplio que se lo ha regulado jurídicamente de acuerdo a la modalidad en que se la realice, por ello, la pesca o captura incidental no es un tema novedoso ya que ha sido parte de las actividades pesqueras, siendo aquella "captura accidental de especies que no son el objetivo de la actividad pesquera principal" (Rosero, 2019, p. 51), en donde los pescadores artesanales o embarcaciones pesqueras pueden capturar de manera no intencional especies que no son el objetivo de la pesca, sin embargo, aquella captura de la fauna acompañante afecta gravemente al ecosistema marino y a la extinción total de determinadas especies marinas para el equilibrio y sostenibilidad de los océanos.

Es así, que la Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura (2021), ha considerado que los marcos jurídicos en el ámbito de la pesca y la acuicultura regulan mediante la articulación de los derechos y responsabilidades de los agentes y la forma en que pueden interactuar unos con otros en el contexto de las actividades pesqueras y acuícolas, estas complejas relaciones (p.2).

Por ello, durante los últimos años, la pesca incidental ha sido incluida dentro de los ordenamientos jurídicos con la finalidad de que los Estados puedan controlar aquella actividad, no obstante, el problema que surge en Ecuador se da en razón de que existe un vacío legal en la Ley Orgánica para el Desarrollo de la Acuicultura y Pesca (en adelante LODAP), ya que no se encuentra determinada como una infracción administrativa leve, grave o muy grave, sino solamente como una prohibición de no exceder determinado límite de permisibilidad y en caso de su cometimiento será considerado como pesca realizada sin autorización o permiso, sujetándose a la sanción correspondiente.

En ese sentido, la importancia de que se establezca como infracción administrativa los 6 excedentes de permisibilidad de la pesca incidental radica en que se respete el principio de legalidad, tipicidad y proporcionalidad como lo determina la Constitución y el Código Orgánico Administrativo (en adelante COA), ya que caso contrario, las autoridades administrativas tomarían decisiones arbitrarias, actuando de manera contraria a Derecho y discrecionales, en el sentido de que podrían abusar del vacío legal de la norma.

Asimismo, el Estado ecuatoriano debe tener en consideración el principio ecosistémico y enfoque de precaución, teniendo como base aquella visión biocentrista establecida en la

e-ISSN: 2737-6125 Vol.5 Núm. (2) pp. 122- 141 Julio – Diciembre https://doi.org/10.33936/revistaderechos.v5i2.7067

Constitución, que respeta el entorno que rodea al ser humano y así conservar y utilizar en forma sostenible los océanos, los mares y los recursos marinos, de acuerdo al Objetivo de Desarrollo Sostenible número 14.

Por lo tanto, la interrogante que surge en esta investigación corresponde a: ¿se vulnera el principio de legalidad en Ecuador al no contemplar la pesca incidental de especies marinas protegidas como una infracción administrativa muy grave? Para poder responder a aquella pregunta, se ha establecido como objetivo general, analizar la pesca incidental de especies marinas protegidas dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano y su determinación como una infracción administrativa muy grave. Además, como objetivos específicos tenemos identificar el marco conceptual, legal y jurisprudencial ecuatoriano de la pesca incidental que ampara las especies marinas protegidas; examinar el principio de legalidad dentro del derecho sancionatorio sobre la pesca incidental de especies marinas protegidas y finalmente proponer a la pesca incidental de especies marinas protegidas que excedan los límites de permisibilidad, como una infracción administrativa muy grave con su correspondiente sanción.

Metodología

El trabajo investigativo es de reflexión o posición, se lo realizó utilizando el enfoque cualitativo, ya que permitió analizar las cualidades del objeto de estudio como la pesca o captura incidental de especies marinas protegidas, asimismo, se pudo describir de forma detallada el problema jurídico correspondiente al vacío legal que existe al no tener como infracción administrativa los excedentes de permisibilidad de pesca incidental de especies marinas protegidas.

Se utilizó la técnica de metodología de la investigación cualitativa, como es la revisión bibliográfica de distintos textos doctrinarios y normativos que tratan sobre la pesca incidental, el procedimiento administrativo sancionador, las infracciones y sanciones administrativas, las cuales permitieron analizar el tema objeto de estudio.

Se aplicó el método de saturación con la finalidad de recopilar la información que resulte relevante en este proyecto investigativo y el árbol de problemas con el propósito de identificar las causas, problemas y efectos que se desencadenan de la captura incidental de especies marinas protegidas en Ecuador y las consecuencias que provoca al no estar contemplada como una infracción administrativa.

Se emplearon dos métodos de la investigación jurídica como es el análisis teórico jurídico y análisis jurídico comparado, el primero, se empleó para contrastar la información teórica y jurídica, es decir, cómo se encuentra la teoría o la doctrina y cómo se encuentra establecida dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano, y el segundo, se utilizó para analizar cómo se encuentra regulada la captura incidental en Perú y Uruguay, ya que en ambas legislaciones se encuentra catalogada como una infracción administrativa.

Resultados

La pesca o captura incidental se puede considerar un problema que conlleva a la extinción total de determinadas especies marinas a nivel nacional e internacional. En su definición, la captura incidental, es accidental, es decir que la persona natural o jurídica, durante la actividad pesquera, no tuvo la intención de capturar una o varias especies marinas que están prohibidas, sin embargo, aquello afecta a la sustentabilidad de los recursos hidrobiológicos, la soberanía alimentaria y la salud de los océanos, no obstante, la pesca incidental puede ser una aparente pesca ilegal o pesca INDNR, con la finalidad de que no se sancione y así poder obtener y vender el recurso pesquero.

Hay que tener en consideración que la pesca ilegal y la pesca incidental son conceptos y actividades completamente diferentes ya que la pesca ilegal sí es intencional y los operadores conocen sobre las zonas en las que no pueden pescar y las especies que no pueden capturar mientras que la pesca incidental es un margen de número o cantidad de especies que pudieron ser capturadas de manera no intencional, aunque el administrado debería aplicar las estrategias necesarias para evitar aquella captura.

En ese sentido, mediante la revisión normativa, el artículo 150 de la Ley Orgánica para el Desarrollo de la Acuicultura y Pesca en adelante LODAP (2020), regula la pesca incidental y determina que en caso de que la persona natural o jurídica excedan los límites de permisibilidad establecido por el ente rector, se considerará como pesca realizada sin autorización o permiso y se sancionará como una infracción grave de acuerdo con el artículo 213 literal a.

Sin embargo, el ente rector a través de la correspondiente regulación no ha establecido los índices de permisibilidad de captura incidental correspondiente para cada pesquería en el Plan de Ordenamiento para la Acuicultura y Pesca de acuerdo al artículo 235 del reglamento de la LODAP; además, no sería idóneo sancionar a la pesca incidental como una pesca realizada sin

e-ISSN: 2737-6125 Vol.5 Núm. (2) pp. 122- 141 Julio – Diciembre https://doi.org/10.33936/revistaderechos.v5i2.7067

autorización o permiso ya que la naturaleza de sancionar a la pesca incidental es por el excedente de índices de permisibilidad y debería establecerse como una infracción administrativa diferente y clara, que determine los elementos necesarios y la conducta que puede ser sancionada por la administración pública, más aún cuando se protegen especies marinas como tiburones, mantarrayas, tortugas y entre otras.

Por ello, con la determinación de los excedentes de la captura incidental de especies marinas protegidas como infracción administrativa muy grave, se pretende contemplar dos aristas. Primero, sobre el derecho de la naturaleza, ya que, Ecuador ha adoptado instrumentos internacionales que tratan sobre la gestión pesquera y la protección de especies marinas, además, está obligado a crear estrategias necesarias para dar cumplimiento con el Objetivo de Desarrollo Sostenible número 14. Asimismo, la Constitución plantea una visión biocentrista que se extiende en preservar la existencia de especies marinas que están en peligro de extinción o amenazadas, teniendo en consideración principios como el de precaución y enfoque ecosistémico pesquero, que permiten prevenir alguna afectación al ecosistema marino.

Segundo, se brindaría el derecho a la seguridad jurídica para el administrado, en el sentido de que conocería la actividad o conducta que no puede realizar y sus posibles consecuencias y también para los funcionarios públicos por motivo de que son los encargados de aplicar la ley, en este caso, de iniciar y finalizar expedientes administrativos sancionatorios.

No obstante, cabe destacar que la regulación de la pesca incidental conlleva múltiples situaciones en donde nuevamente el Estado es el encargado de implementar políticas públicas y los mecanismos necesarios para evitar, mitigar y controlar que se capturen especies marinas protegidas de manera incidental, tales como la colaboración imparcial de los observadores en las embarcaciones pesqueras, incentivos económicos para las personas naturales o jurídicas con la finalidad de mejorar sus instrumentos de trabajo como sus artes de pesca, brindar equipos, dispositivos con tecnología avanzada que pueden alertar o liberar a la especies para evitar enredos y no capturar especies de manera incidental y así evitar la afectación del hábitat marino.

También, es necesario que el Estado tome iniciativa de capacitar a las personas naturales y jurídicas que realizan actividades pesqueras, específicamente en el tema de captura incidental de especies marinas protegidas, cómo prevenir, cómo liberar a las especies, ya que mayoritariamente son las organizaciones no gubernamentales las que explican este tema y brindan estrategias para evitar captura incidental.

e-ISSN: 2737-6125 Vol.5 Núm. (2) pp. 122-141 Julio – Diciembre https://doi.org/10.33936/revistaderechos.v5i2.7067

Finalmente, pero no menos importante, es fortalecer la colaboración y cooperación interinstitucional para reducir y controlar la captura incidental de especies marinas protegidas de manera eficaz con las Fuerzas Armadas del Ecuador, con el Ministerio del Ambiente, la Policía Nacional y los inspectores del ente rector y así realizar planes de acción entre las instituciones del Estado para tener un mejor control y con ello, obtener datos reales ya sea mensuales o anuales y así crear estrategias para mitigar aquella actividad que afecta a especies marinas protegidas.

Por ende, de acuerdo todo lo planteado, la propuesta de establecer como infracción administrativa muy grave los excedentes de la captura incidental de especies marinas protegidas con su correspondiente sanción, conforme a la Ley Orgánica para el Desarrollo de la Acuicultura y Pesca, se configuraría como lo muestra la Tabla 1.

Tabla 1

Propuesta de establecer como infracción administrativa muy grave los excedentes de la captura incidental de especies marinas protegidas con su correspondiente sanción.

Infracción	**Muy grave**	Exceder los índices de permisibilidad de la pesca incidental de especies marinas protegidas.
	Artículo 217: Multa a la actividad pesquera artesanal	6 a 10 salarios básicos unificados
	Artículo 218: Graduación para embarcaciones industriales	-Grado mínimo: de 201 a 250 salarios básicos unificados. -Grado medio: de 251 a 600 salarios básicos unificados. -Grado máximo: de 601 a 1500 salarios básicos unificados.
Sanción	**Artículo 220: Graduación para empresas**	201 a 1500 salarios básicos unificados.

Nota. Elaboración propia.

Como se muestra en la tabla, la sanción por el cometimiento de la infracción es dirigida para la actividad pesquera artesanal, embarcaciones industriales y empresas, sin embargo, puede variar si existen atenuantes o agravantes y de tal manera se debe atender a los criterios de proporcionalidad, ya que, con ello se podría sancionar de manera adecuada, con ayuda de los parámetros establecidos por el ente rector y mediante los informes técnicos.

e-ISSN: 2737-6125 Vol.5 Núm. (2) pp. 122- 141 Julio – Diciembre https://doi.org/10.33936/revistaderechos.v5i2.7067

Discusión

La captura incidental, durante los últimos 40 años, ha sido un foco importante del manejo pesquero y la ciencia, reuniendo directivas nacionales e internacionales para mediciones e informes estandarizados, y un conjunto de medidas de manejo mitigantes" (Drakopulos, 2020, p. 111).

Para Hall & Alverson (2000), la captura podría subdividirse en dos principales componentes: captura objetivo y captura no objetivo, en la segunda se incluyen otras especies capturadas incidentalmente, pero retenidas por su valor económico. Sin embargo, no toda la pesca cargada en el buque llega a los consumidores ya que una vez que la captura llega a puerto, los compradores o los procesadores pueden rechazar algunos debido a su tamaño o condición (p. 206).

Según la LODAP (2020), la fauna acompañante, pesca o captura incidental, "se refiere a las especies y fauna marina que son capturadas junto a la pesca dirigida u objetivo". En ese contexto, la captura incidental tiene elementos que la identifican, primero, que es una actividad involuntaria y segundo, que las especies capturadas no son el objetivo de la pesca, sin embargo, pueden tener un valor económico.

Por ello, el Ministerio de Producción, Comercio Exterior, Inversiones y Pesca (2022), ha considerado que "la pesca incidental a nivel mundial es uno de los problemas que más afecta a las poblaciones de especies marinas, debido a la gran cantidad de descarte de especies clave para el equilibrio del ecosistema marino". Además, como causa de esta problemática, la mortalidad por captura incidental a menudo se atribuye al uso de artes de pesca ilegales y la aplicación deficiente de la ley. (Kelkar & Dey, 2020).

Como señala Marine Stewardship Council (2023), la captura incidental se convierte en un problema cuando se captura, lesiona o se mata a especies que están en peligro, amenazadas o protegidas, alterando la cadena trófica al llevarse, sin querer, peces de los cuales dependen otros para alimentarse. De igual manera, pueden provocar que la población de una especie de peces se reduzca hasta un punto en el que es difícil que se recupere. Asimismo, afirma que:

Respecto al nivel de capturas incidentales que se considera aceptable varía dependiendo de en qué parte del océano se producen y de qué especie se trata. Por ejemplo, si se trata de una especie en peligro, aunque su nivel de capturas incidentales sea bajo, se considerará que es demasiado alto (Marine Stewardship Council, 2023).

e-ISSN: 2737-6125 Vol.5 Núm. (2) pp. 122-141 Julio – Diciembre https://doi.org/10.33936/revistaderechos.v5i2.7067

En efecto, se comprende que dentro de los océanos se encuentra una gran diversidad de especies, que se las denomina como fauna marina, animales marinos o especies marinas que "establecen un grupo taxonómico muy amplio y variado que enriquece la biodiversidad" (Correa y Vela, 2018, p. 49), siendo de gran importancia para la sostenibilidad de los océanos, sin embargo, la pesca, que es una de las actividades principales que sirve de sustento alimentario y económico para el mundo, puede afectar a la salud del ecosistema marino y la población, por ello, los Estados están obligados a regular y controlar las diferentes situaciones que se realicen en el mar.

En ese sentido, a nivel internacional se han establecido instrumentos, convenios, directrices, que abordan sobre la pesca incidental y la protección especies marinas que se encuentran en peligro de extinción o amenazadas, como la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (1982), el Código de Conducta para la Pesca Responsable (1996), Acuerdo sobre las medidas del Estado rector del puerto (2016), la Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres (2023), Directrices Internacionales para la Ordenación de las Capturas Incidentales y la Reducción de los Descartes (2011), entre otros.

A nivel nacional, el Estado ecuatoriano ha adoptado la Agenda 2030 con los 17 Objetivos de Desarrollo Sostenible, entre ellos, el objetivo 14, "vida submarina" que tiene como finalidad conservar y utilizar sosteniblemente los océanos, los mares y los recursos marinos para el desarrollo sostenible, teniendo la obligación de crear políticas públicas y los mecanismos necesarios para dar cumplimiento a aquello.

La Constitución de la República del Ecuador (2008) reconoce a la naturaleza como sujeto de derechos, entendiéndosela conforme al artículo 71, como aquel lugar en "donde se reproduce y realiza la vida, tiene derecho a que se respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos". Desde una interpretación extensiva, dentro de la naturaleza se encuentran ríos, mares, árboles, animales terrestres o acuáticos, en donde la Carta Magna tiene una visión biocentrista, es decir, que el ser humano deja de ser el centro para convertirse en un actor que tiene el deber de protegerla, que incluye a los agentes del sector pesquero.

Asimismo, la Constitución determina en el artículo 73 que "el Estado aplicará medidas de precaución y restricción para las actividades que puedan conducir a la extinción de especies,

e-ISSN: 2737-6125 Vol.5 Núm. (2) pp. 122- 141 Julio – Diciembre https://doi.org/10.33936/revistaderechos.v5i2.7067

la destrucción de ecosistemas o la alteración permanente de los ciclos naturales", teniendo en consideración que el artículo 406 dispone que el Estado ecuatoriano "regulará la conservación, manejo y uso sustentable, recuperación, y limitaciones de dominio de los ecosistemas frágiles y amenazados; (…), ecosistemas marinos y marinos-costeros".

A su vez, el Código Orgánico del Ambiente (2017) establece en su artículo 35 que se debe "proteger todas las especies nativas de vida silvestre terrestres, marinas y acuáticas con especial preocupación por las especies endémicas, las amenazadas de extinción, las migratorias y las listadas por instrumentos internacionales ratificados por el Estado". Como se puede analizar, el Estado a través de su normativa toma como prioridad a especies amenazadas o migratorias ya que pueden ser objeto de pesca ilegal o incidental.

Del mismo modo, resulta importante mencionar sobre dos principios de aplicación que determina el artículo 4 de la LODAP (2020), el primero, es el enfoque precautorio, que sirve de pauta para la administración pesquera para "establecer disposiciones y medidas preventivas, eficaces frente a una eventual actividad con posibles impactos negativos en los recursos hidrobiológicos y sus ecosistemas, que permite que la toma de decisión del ente rector, se base exclusivamente en indicios del posible daño" y el segundo, que es el enfoque ecosistémico pesquero en donde el orden de prioridad de gestión se invierte y se comienza con el ecosistema en lugar de las especies objetivo.

En Ecuador, fue débil el inicio de la regulación de la captura incidental ya que la ahora derogada Ley de Pesca y Desarrollo Pesquero (2005), no determinaba la definición de la captura incidental o una norma que lo prohíba, solo en el artículo 133 del reglamento de manera escueta hacía alusión a lo siguiente: las embarcaciones camaroneras de arrastre, (…) deberán tener instalados permanentemente y de forma adecuada, en sus redes de arrastre, los dispositivos excluidores de tortugas DET o FED, aditamentos cuyo principal objetivo es incrementar la selectividad de las redes de arrastre camaroneras para disminuir la captura incidental de tortugas marinas (…)"

Posteriormente, en el 2020, se promulgó la Ley Orgánica para el Desarrollo de la Acuicultura y Pesca (2020), que reguló sobre la pesca o captura incidental indicando en el artículo 149 que "el ente rector determinará los índices de permisibilidad de capturas de pesca incidental según la pesquería" y asimismo que "se permitirá la comercialización interna y externa de las especies hidrobiológicas autorizadas y capturadas incidentalmente dentro del límite de

permisibilidad y de acuerdo con la normativa nacional e internacional vigentes en materia de especies amenazadas".

De manera consecuente, el artículo 150, dispone que: "la captura incidental no podrá exceder el volumen que el ente rector determine para cada pesquería, según las zonas, épocas y artes de pesca que correspondan. Los excedentes de los volúmenes de captura incidental que determine el ente rector en la normativa técnica, serán considerados como pesca realizada sin autorización o permiso, sujetándose a la sanción correspondiente (…)".

Por su parte, sobre la pesca incidental, el reglamento de la LODAP (2020), determina en el artículo 237, que "en el caso de los desembarques que contengan pesca incidental, esta deberá ser declarada con base a los índices de permisibilidad establecidos en el Plan de Ordenamiento para la Acuicultura y Pesca (…)", no obstante, aquel plan no existe, entonces ¿hasta qué punto se puede permitir la muerte de especies protegidas y en peligro de extinción bajo la figura de pesca incidental?, ¿cómo aseguran quienes realizan estas actividades que las especies capturadas lo fueron de manera incidental y no de forma intencional? (Tapia, 2022, p. 92).

Por ello, la pesca incidental puede ser vista de manera subjetiva cuando el ente rector, desconoce si se ha capturado de manera intencional o no el recurso hidrobiológico o especie marina protegida ya sea para fines comerciales o simplemente traspasó los límites establecidos por la ley; y, es objetiva cuando la captura incidental es mayor a los índices de permisibilidad y por ende, se debe sancionar administrativamente a la persona natural o jurídica, tal como lo establece el artículo 237 de la LODAP (2020) en donde indica que si se evidencia que el producto de la pesca incidental no se encuentra dentro de los límites de permisibilidad se debe de iniciar el expediente sancionatorio administrativo.

Bajo este contexto, implica que el Estado a través de su función ejecutiva o legislativa tiene la facultad de expedir leyes y reglamentos con la finalidad de regular, desarrollar y complementar lo concerniente en materia pesquera y en este caso, sobre la pesca incidental. De manera que, la importancia de establecer infracciones y sanciones administrativas pesqueras radica en que se proteja la soberanía alimentaria, especies marinas, ecosistema marino, la salud del océano y con ello, establecer límites a las personas naturales o jurídicas que se encuentran dentro del sector pesquero y a las autoridades administrativas a fin de evitar arbitrariedad y abusos de discrecionalidad.

Por ende, sobre la potestad sancionadora de la administración pública, Hunter (2020) manifiesta que "debe ser entendida como un poder jurídico que el ordenamiento confiere a un órgano de la Administración (…), para sancionar la infracción de una norma u acto" (p. 98).

En ese sentido, la LODAP (2020) establece en el artículo 189 que la potestad sancionadora le corresponde al ente rector, que debe garantizar el debido proceso y el derecho a la defensa de acuerdo al COA. En lo que corresponde, el ente rector es el Ministerio de Producción, Comercio Exterior, Inversiones y Pesca, que a través de la Dirección de Patrocinio Legal tiene la competencia de sancionar a los particulares por las infracciones que hayan cometido, ya que, de lo contrario, el administrado no tendría ningún tipo de responsabilidad; cabe recalcar que las infracciones y sanciones son de naturaleza administrativa como lo considera el artículo 188 de la LODAP.

A su vez, la norma ibídem dispone en el artículo 196 sobre el procedimiento administrativo sancionador que es aquel que se "activa a través de la administración pública cuando; una persona natural o jurídica ha incurrido en alguna conducta antijurídica y que esta sea sancionable administrativamente" (Terán y Ruiz, 2022, p. 122), el cual debe sujetarse al COA, LODAP, y a los principios constitucionales, derechos y garantías del debido proceso.

Por lo tanto, la administración pública debe ceñirse al principio de legalidad o juridicidad que se encuentra en el artículo 76 numeral 3 de la Constitución y artículo 14 del Código Orgánico Administrativo, en donde establece que la actuación administrativa debe someterse a la Constitución, a los instrumentos internacionales, a la ley, a los principios, a la jurisprudencia y a la norma mencionada. Por su parte, la Corte Constitucional del Ecuador mediante la sentencia No. 37-19-IN/21 (2021), ha indicado sobre el principio de legalidad que: se lo refiere como principio de estricta legalidad o principio de juridicidad de la administración pública, conformado por la legalidad formal en cuanto al ejercicio de las competencias y facultades atribuidas en la Constitución y la ley, así como por la legalidad material, ya que estas actuaciones deben efectivizar y garantizar los derechos constitucionales.

Para Cárdenas (2020), el principio de legalidad se proyecta en la potestad sancionadora de la administración también como un límite a los gobernantes que no pueden reprimir sino en base a una norma que así lo autorice (p.20), además, la primera manifestación del principio de legalidad en el derecho sancionador es "la exigencia de lex previa, cuya finalidad era otorgarles seguridad a los ciudadanos y la confianza de no ser castigados por una conducta que no estuviera regulada previamente en una ley" (Nieto, 1994, p.202).

e-ISSN: 2737-6125 Vol.5 Núm. (2) pp. 122-141 Julio – Diciembre https://doi.org/10.33936/revistaderechos.v5i2.7067

Asimismo, Nieto (1994) ha señalado que la finalidad que se persigue con la lex certa es reducir la discrecionalidad de las autoridades administrativas y evitar "que pudiesen operar con excesivo margen personal en la aplicación de la norma ya que cuanto más precisa es una ley, de menos margen disponen el intérprete y el operador jurídico" (p.202).

Inclusive, como menciona Cárdenas (2020) unos de los principios jurídicos del derecho administrativo sancionador, que se derivan de la legalidad, son el principio de tipicidad y el principio de proporcionalidad, los cuales consideraremos a continuación.

Respecto al principio de tipicidad, éste supone la verificación conjunta de elementos como la existencia de una ley que expresamente prevea la infracción y la sanción; la exigencia de que dicha ley sea anterior en el tiempo a la infracción y la necesidad de que dicha ley tenga un grado de precisión suficiente y razonable en torno a cuál es la conducta punible y su correspondiente sanción. (Veloso, 2019, p. 70)

El COA (2017) establece en el artículo 29 que son "infracciones administrativas las acciones u omisiones previstas en la ley. A cada infracción administrativa le corresponde una sanción administrativa. Las normas que prevén infracciones y sanciones no son susceptibles de aplicación analógica, tampoco de interpretación extensiva". Siendo así, que se debe describir de manera muy clara los elementos de la conducta que puede realizar el administrado, tales como "(…) la antijurídica, la conducta, la culpabilidad y la sanción" (Costa, 2022, pág. 29).

Por ello, la LODAP (2020) en el artículo 211 clasifica las infracciones pesqueras en leves, graves y muy graves, en donde se establece la actividad pesquera realizada por personas naturales o jurídicas que puede ser sancionada de acuerdo a lo que determina el artículo 215 y pueden imponerse una o varias sanciones debido a la gravedad, como la sanción pecuniaria o multa, decomiso de las especies hidrobiológicas, decomiso definitivo de las artes o aparejos de pesca y los productos o insumos de uso prohibido, suspensión, revocatoria o no renovación de las autorizaciones o permisos, reducción de puntos, entre otras.

En ese contexto, es importante señalar que, en materia penal, el Código Orgánico Integral Penal (2014) en el artículo 247 ha considerado los delitos contra la flora y fauna silvestres en donde la persona natural o jurídica tendrá privación de libertad de uno a tres años si pesca, captura o comercializa "especímenes o sus partes, sus elementos constitutivos, productos y derivados, de flora o fauna silvestre terrestre, marina o acuática, de especies listadas como protegidas por la

Autoridad Ambiental Nacional o por instrumentos o tratados internacionales ratificados por el Estado".

Asimismo, se aplicará el máximo de la pena prevista si el hecho se comete en contra de crecimiento de las especies, vedas, sobre especies amenazadas, en peligro de extinción, endémicas, transfronterizas o migratorias, que se realice dentro del Sistema Nacional de Áreas Protegidas, áreas especiales para la conservación de la biodiversidad, patrimonio forestal nacional o en ecosistemas frágiles, si se producen daños graves a la biodiversidad o los recursos naturales o si se utiliza técnicas o medios no permitidos por la normativa nacional.

En materia pesquera, la importancia de establecer infracciones y sanciones administrativas halla su justificación en evitar que los administrados realicen actividades contrarias al ordenamiento jurídico y también, que habiendo conocido o no la conducta que está prohibida realizar, conozcan las consecuencias de sus actos.

En cuanto al principio de proporcionalidad, Petit (2019), señala que "la autoridad administrativa competente para imponer las sanciones establecidas por la ley o el reglamento debe imponer una sanción proporcional a la falta o infracción efectivamente cometida" (p.372).

En ese marco, la Corte Constitucional del Ecuador, en la sentencia No. 10-18-IN/21 (2021), ha pronunciado que: la proporcionalidad exige que exista una adecuada correspondencia entre la sanción administrativa y la conducta o categoría de conductas que se reprochan, para que esta no sea excesiva atendiendo a la gravedad de la infracción o innecesaria para la consecución de la finalidad de interés general (…) (Corte Constitucional del Ecuador, 2021)

Como se muestra, debe existir coherencia y lógica entre el hecho, la infracción y la sanción que se está imponiendo, a esto, la Constitución determina en el artículo 76 numeral 6 que "la ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza", también, el COA (2017), determina en el artículo 16 que "las decisiones administrativas se adecúan al fin previsto en el ordenamiento jurídico y se adoptan en un marco del justo equilibrio entre los diferentes intereses (…)".

En la LODAP (2020), el artículo 192, determina que la sanciones deben ser motivadas atendiendo los siguientes criterios: gravedad de la infracción, la naturaleza y cuantificación de los perjuicios, si se trata de ecosistemas o especies frágiles, protegidas o en peligro de extinción, tamaño y potencia de la embarcación, posibilidad de restauración del daño, beneficio económico que obtenga o espere obtener el presunto infractor a consecuencia de su acción u omisión y las atenuantes o agravantes existentes.

Se puede inferir que en materia pesquera la sanción que sea impone la potestad sancionadora debe ser proporcional no sólo de acuerdo a lo que establece el artículo 215 en la LODAP (2020), sino que se debe de tener en consideración las atenuantes, agravantes determinada en los artículos 193 y 104 y aquellos criterios que resaltan la gravedad del acto que ha cometido la persona natural o jurídica, ya que por ejemplo, no se sancionaría de la misma manera si se encuentra en una bodega 300 cuerpos de tiburones que está prohibida su captura y retención que 10 tiburones o que se capture de manera incidental 10 mamíferos marinos que 1 mamífero marino.

Por otra parte, es necesario mencionar que el ente rector tiene la facultad de emitir acuerdos ministeriales con la finalidad de proteger especies marinas que se encuentran amenazadas o en peligro de extinción mediante su prohibición de captura y retención imponiendo vedas temporales o permanentes, asimismo, se puede prohibir que se capture y se retenga pesca incidental de determinadas especies y en algunos casos se establece sobre el margen de permisibilidad.

Algunos de los acuerdos ministeriales son el nro. MPCEIP-SRP-0019-A (2019) que prohíbe la retención de las especies raya pinta (aetobatus laticeps) y raya pato (myliobatis longirostris); acuerdo nro. MPCEIP-SRP-2020-0084-A (2020) que prohíbe la captura, tenencia, comercialización y transportación de la cachuda blanca (sphyrna zygaena), cachuda roja (sphyrna lewini), cachuda cabeza de pala (sphyrna tiburo), cachuda gigante (sphyrna mokarran), y oceánico o aletón (carcharhinus longimanus); acuerdo nro. MPCEIP-SRP-2022-0002-A (2022) que prohíbe la retención a bordo, transbordo, descarga, almacenamiento, transporte y/o comercialización de tiburones sedosos (carcharhinus falciformis), en buques de cerco.

Además, el acuerdo nro. MPCEIP-SRP-2021-0238-A (2021) prohíbe el intento o acto de cazar, matar, capturar y/o perseguir a cualquier mamífero marino en las actividades pesqueras y se prohíbe la retención y descargue como fauna acompañante, pesca incidental o captura incidental consistentes de cualquier especie de mamífero marino, capturadas junto a la pesca dirigida u objetivo y el acuerdo Nro. MPCEIP-SRP-2022-0078-A (2022) prohíbe la actividad pesquera en la fase extractiva dirigida a la captura de manta gigante (mobula birostris), raya diablo (mobula mobular), manta de cola lisa o Manta doblada (mobula thurstoni), mantarraya pequeña (mobula munkiana), manta cornuda (mobula tarapacana).

e-ISSN: 2737-6125 Vol.5 Núm. (2) pp. 122- 141 Julio – Diciembre https://doi.org/10.33936/revistaderechos.v5i2.7067

En esa misma línea, el artículo 11 del reglamento de la LODAP considera que el ente rector debe crear planes de acción nacional que tienen como objetivo lograr un manejo sostenible de los recursos pesqueros, que dentro de sus componentes se encuentra establecer "estrategias para evaluar y reducir el impacto en el ecosistema de la pesquería, así como la reducción de pesca incidental o interacción con especies amenazadas o protegidas".

Es así que, que entre los planes se encuentra el Plan de Acción Nacional para el Manejo y la Conservación del Cangrejo Rojo (2021) (Ucides occidentalis), que tiene como objetivo asegurar la conservación para el uso sustentable del recurso cangrejo rojo; el Plan de Acción Nacional para la Conservación y el Manejo de Tiburones de Ecuador (PAT-EC) (2020) tiene como objetivo general asegurar la conservación, manejo sostenible y recuperación de las poblaciones de tiburones, rayas, guitarras y quimeras que se encuentran en el territorio marítimo ecuatoriano.

Asimismo, el Plan de Acción para la Conservación de Tortugas Marinas en Ecuador 2021-2030 (2020), que es la herramienta técnica para viabilizar de forma sistemática todos los esfuerzos e iniciativas de conservación de aquellas especies y el Plan de Acción Nacional para la Conservación y el Manejo del recurso dorado en Ecuador (Pan Dorado) 2019-2024 (2019), que tiene como objetivo asegurar la conservación y el uso sostenible del recurso dorado en Ecuador.

Adicionalmente, el ente rector para dar cumplimiento a las disposiciones legales necesita contar con las herramientas y apoyo necesario para controlar y gestionar la actividad pesquera; en ese sentido, la LODAP (2020), en el capítulo VI, determina que el ente rector contará con inspectores, la Armada del Ecuador e instituciones competentes para el seguimiento, control y vigilancia pesquera. También, es importante que se aplique de manera imparcial y con datos verídicos los medios de control que determina el artículo 161, ya que es el sustento documental, tecnológico e informático, que tiene el ente rector, para tener un mejor control y orden de las actividades pesqueras.

Por otro lado, sobre derecho comparado, a nivel regional existen esfuerzos para controlar y mitigar la captura incidental, respecto cómo se encuentra regulada, su definición es la misma, pero, con otras palabras, sin embargo, en la mayoría de las legislaciones no se encuentra determinada como una infracción administrativa, no obstante, Perú y Uruguay sí lo consideran como tal.

Respecto a Perú, la Ley General de Pesca (1992) ha determinado en el artículo 134 que constituyen infracciones administrativas en las actividades pesqueras y acuícolas, "(…) 10. Exceder los porcentajes establecidos de captura de pesca incidental o fauna acompañante."

e-ISSN: 2737-6125 Vol.5 Núm. (2) pp. 122-141 Julio – Diciembre https://doi.org/10.33936/revistaderechos.v5i2.7067

En Uruguay, la Ley 19.175 relativo a la declaración de interés general. Conservación, investigación y el desarrollo sostenible de los recursos hidrobiológicos y ecosistemas (2013), en su artículo 78 contempla como infracción grave "2) Tratar la captura incidental de modo diferente a lo dispuesto por la Dirección Nacional de Recursos Acuáticos (DINARA)"

Conclusiones

Se concluye, que la captura o pesca incidental es un problema que afecta principalmente a especies marinas que son significativas para el equilibrio del ecosistema marino y que a su vez son susceptibles de ser capturadas. Por ello, cada Estado está obligado a crear normas, políticas públicas y mecanismos que protejan a aquellas especies marinas amenazadas o en peligro de extinción, ya que, de esa manera, se podría controlar y mitigar la capturar incidental y así asegurar a las futuras generaciones, dando cumplimiento con el Objetivo de Desarrollo Sostenible número 14.

El Estado ecuatoriano en los últimos años, de manera general, ha mejorado la regulación jurídica de las actividades pesqueras, e incluso se reconoce el esfuerzo por proteger especies marinas mediante acuerdos ministeriales, sin embargo, la captura incidental sigue siendo débil debido a que no se establece una adecuada infracción y sanción administrativa que responsabilice al pescador, embarcación o empresa pesquera.

Por lo tanto, resulta necesario que se establezca como infracción administrativa muy grave los excedentes de captura incidental de especies marinas protegidas ya que de esa manera se respetaría el derecho de la naturaleza mediante la protección de aquellas especies en peligro de extinción o amenazadas y se pondría un límite a los administrados. Además, se brindaría el derecho a la seguridad jurídica para el administrado y la administración pública.

Asimismo, para poder efectivizar el control y manejo de la pesca incidental, el Estado debe tomar iniciativas en cuanto a brindar capacitaciones a los administrados para que conozcan sobre cómo evitar su captura y cómo liberar adecuadamente las especies marinas protegidas, asimismo, se debe fortalecer la cooperación interinstitucional, brindar incentivos económicos y que emita el Plan de Ordenamiento para la Acuicultura y Pesca para que los funcionarios públicos sancionen atendiendo a los índices de permisibilidad, atenuantes, agravantes y criterios de proporcionalidad correspondiente a cada caso.

e-ISSN: 2737-6125 Vol.5 Núm. (2) pp. 122- 141 Julio – Diciembre https://doi.org/10.33936/revistaderechos.v5i2.7067

Para culminar, más allá, de establecer una infracción administrativa con su sanción correspondiente y de que el ente rector aplique la ley y sancione, la finalidad radica en que el administrado tome consciencia y reflexione sobre el respeto hacia otros seres vivos que mantienen la salud de los océanos y del ecosistema marino ya que, con ello, el ser humano también puede de manera sostenible, proveerse de sus beneficios y recursos.

Referencias bibliográficas

Acuerdo Ministerial Nro. MPCEIP-SRP-2022-0078-A de 2022. [Subsecretaría de Recursos Pesqueros]. Prohíbese la actividad pesquera en la fase extractiva dirigida a la captura de Mantarrayas y otras. 06 de abril de 2022. https://vlex.ec/vid/mpceip-srp-2022-0078-902851824

Acuerdo Ministerial Nro. MPCEIP-SRP-2019-0019-A de 2019. [Subsecretaría de Recursos Pesqueros]. Donde se prohíbe la retención de las rayas águilas capturadas en faenas de pesca.11 de marzo de 2019. https://www.fao.org/faolex/results/details/en/c/LEX-FAOC196229/

Acuerdo Ministerial Nro. MPCEIP-SRP-2020-0084-A de 2020. [Subsecretaría de Recursos Pesqueros]. Dónde se dan las directrices orientadas a la protección de cinco especies de tiburones. 27 de julio de 2020.

Acuerdo Ministerial Nro. MPCEIP-SRP-2021-0238-A de 2021. [Subsecretaría de Recursos Pesqueros]. Emítanse las medidas de conservación y ordenamiento para todas las embarcaciones pesqueras autorizadas, orientadas a la protección de todas las especies de mamíferos marinos. 17 de noviembre de 2021. https://vlex.ec/vid/mpceip-srp-2021-0238-878836913

Acuerdo Ministerial Nro. MPCEIP-SRP-2022-0002-A de 2022. [Subsecretaría de Recursos Pesqueros]. Actualícense las medidas de conservación y ordenamiento para el tiburón sedoso (carcharhinus falciformis), en aguas jurisdiccionales del Ecuador y del área de la Comisión Interamericana Del Atún Tropical (CIAT). 04 de enero de 2022. https://vlex.ec/vid/mpceip-srp-2022-0002-896146142

Cárdenas Rivera, C. E. (2020). *La reserva de ley en el derecho administrativo sancionador: la regulación de las infracciones administrativas.* [Tesis de maestría, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador]. https://repositorio.uasb.edu.ec/handle/10644/7285

Código Orgánico Administrativo [COA]. Registro Oficial Suplemento 31 de 07 de julio de 2017 (Ecuador).

Código Orgánico del Ambiente [CODA]. Registro Oficial Suplemento 983 de 12 de abril de 2017 (Ecuador).

Código Orgánico Integral Penal [COIP]. Registro Oficial Suplemento 180 de 10 de febrero de 2014 (Ecuador).

Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial Suplemento 449 de 20 de octubre de 2008 (Ecuador).

Correa Segura, M. A. & Vela Ordoñez, D. A. (2018). Importancia de la armada en el tráfico ilegal de especies marinas. *Revista científica anfibios, 1*(1), 48-54. https://doi.org/10.37979/afb.2018v1n1.10

Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 10-18-IN/21, J.P. Karla Andrade Quevedo; 29 de septiembre de 2021.

Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 37-19-IN/21, J.P. Carmen Corral Ponce; 21 de diciembre de 2021.

Drakopulos, L. (2020). New Materialist Approaches to Fisheries. *The Birth of "Bycatch". Environment and Society: Advances in Research, 11*(1), 100-114. https://doi.org/10.3167/ares.2020.110107

Hall, M., Alverson, D., & Metuzals, K. (2000). By-catch: problems and solutions. *Marine pollution bulletin*, *41*, 204-219. https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0025326X00001119

Hunter Ampuero, I. (2020). Legalidad y Oportunidad en el ejercicio de la potestad sancionadora en materia ambiental. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso,* (54), 95-125. http://dx.doi.org/10.4067/S0718-68512020005000105

Kelkar, N., & Dey, S. (2020). Mesh mash: Legal fishing nets cause most bycatch mortality of endangered South Asian river dolphins. *Biological Conservation, 252*. https://doi.org/10.1016/j.biocon.2020.108844

Ley 0 de 2020. Ley Orgánica para el Desarrollo de la Acuicultura y Pesca. 21 de abril de 2020. Registro Oficial Suplemento 187.

Ley 19175 de 2013. Declaración de interés general. Conservación, investigación y el desarrollo sostenible de los recursos hidrobiológicos y ecosistemas. 20 de diciembre de 2013.

Ley 2005-007 de 2005. Ley de Pesca y Desarrollo Pesquero. 11 de mayo de 2005. Registro Oficial 15.

Ley 25977 de 1992. Ley General de Pesca. 22 de diciembre de 1992.

Marine Stewardship Council. (06 de septiembre de 2023). ¿Qué son las capturas incidentales y cómo pueden gestionarse? https://www.msc.org/es/que-hacemos/oceanos-en-peligro/capturas-incidentales

Nieto García, A. (1994). *Derecho administrativo sancionador.* Tecnos.

Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura [FAO]. (2021). *Marcos jurídicos para la pesca y la acuicultura sostenible.* FAO.

https://openknowledge.fao.org/server/api/core/bitstreams/a1ed27f2-1620-43fc-a6f1-bc887c6107dd/content

Petit, J. (2019). La proporcionalidad de las sanciones administrativas. *Rev. Digital de Derecho Administrativo*, (22), 367-397. DOI: 10.18601/21452946.n22.14

Rosero, P. (2019). Pesca incidental de cetáceos con redes de enmalle de superficie en Ecuador. *Mammalia aequatorialis, 1*, 51-59. https://doi.org/10.59763/mam.aeq.v1i.7

Tapia Ramón, M. C. (2022). *La afectación de la soberanía marítima del ecuador a causa de la pesca ilegal en el límite de su zona económica exclusiva. Caso de Estudio: Pesca con Buques Chinos en las islas Galápagos durante el año 2020*. [Tesis de Grado, Universidad del Azuay de Cuenca]. https://dspace.uazuay.edu.ec/bitstream/datos/11879/1/17406.pdf

Terán Tobar, J. A., & Ruiz Bautista, J. A. (2022). La proporcionalidad en sanciones a instituciones educativas en procedimientos sancionatorios. *Revista Metropolitana de Ciencias Aplicadas, 5*(S1), 118-127. https://remca.umet.edu.ec/index.php/REMCA/article/download/566/576

Veloso Giribaldi, N. (2019). El principio de tipicidad en el derecho administrativo sancionatorio. *Revista De Derecho, 18(*36), 69-84. http://www.revistas.um.edu.uy/index.php/revistaderecho/article/view/399

Declaración de contribución a la autoría según CRediT

Diana Stefanía Mejía Baque y María Yokir Reyna Zambrano: Conceptualizaciones, Investigación, Análisis Formal, Redacción-Borrador original, Redacción-Revisión y edición. Análisis formal, Metodología, Redacción-revisión y edición.