

INFORME EN DERECHO

Enrique Evans de la Cuadra

Se me ha solicitado un informe acerca de la constitucionalidad de algunos preceptos del Proyecto de Modificación de la Ley N° 18.892, General de Pesca y Acuicultura, en relación con la actividad empresarial pesquera, en general y con los derechos que tendrían industrias del ramo que trabajan desde hace años con Autorizaciones emanadas, primero del Ministerio de Agricultura y después de la Subsecretaría de Pesca del Ministerio de Economía. Cabe advertir desde ya que ese proyecto mantiene en gran medida la preceptiva de la Ley General de Pesca y Acuicultura citada, publicada el 23 de diciembre de 1989 y que la modifica fundamentalmente, como se verá, en la normativa que pretende "regular" el acceso a la actividad pesquera.

Este informe contendrá dos partes. En la primera, se hará un estudio de la Ley de Pesca vigente hasta 1989, D.F.L. N° 5 de 1983 y un análisis de los principales aspectos de la Ley General de Pesca de 23 de diciembre pasado y del proyecto modificadorio para terminar con el examen de toda esa preceptiva frente a los números 21, 22, 2, 23 y 26, del artículo 19 de la Constitución. En la segunda parte, previa una relación de la preceptiva legal vigente se procurará esclarecer la naturaleza jurídica de las Autorizaciones con las cuales están operando desde hace décadas las empresas pesqueras, para culminar con un examen de la garantía constitucional del Derecho de Propiedad, N° 24 del artículo 19, frente a la preceptiva propuesta en el proyecto tanto referido.

PRIMERA PARTE

PRIMERO: Para iniciar este estudio, cabe recordar algunos aspectos importante de la anterior Ley de Pesca, contenida en su texto refundido fijado por el Decreto con Fuerza de Ley N° 5 de 1983 de la Subsecretaría de Pesca:

1. Se refería, en términos generales al conjunto de las (o a todas las) "actividades pesqueras".
2. En virtud de esta normativa se dictaron numerosos decretos cuya finalidad era: prohibir determinadas actividades pesqueras en ciertas zonas de mar; prohibir la utilización de algún método de pesca en ciertas zonas; establecer períodos de veda; dictar normas para la explotación de determinados recursos; fijar tamaño mínimo de extracción de ciertas especies y reglamentar las actividades pesqueras.
3. Establecía los requisitos para ejercer la profesión de pescador: carnet e inscripción en Registro.
4. Fijaba las funciones y atribuciones del Ministerio de Economía del que, posteriormente, pasó a depender la Subsecretaría de Pesca.

Su acción estaría encaminada a promover el desarrollo del sector pesquero y a la protección, conservación y aprovechamiento integral de los recursos hidrobiológicos y del ambiente acuático del país.

5. Señalaba las funciones de la Subsecretaría de Pesca. Entre ellas, la de pronunciarse, mediante Resolución, sobre las solicitudes de permisos de pesca de buques nacionales y extranjeros y para la instalación, ampliación o traslado de industrias pesqueras y de establecimientos de cultivos.
6. Establecía "prohibiciones y restricciones" para el ejercicio de la actividad pesquera.

7. Contemplaba normas sobre responsabilidad, fiscalización, sanciones (caducidad de matrícula o licencia, multas, comiso, clausura), procedimiento, penas y apremios.
8. El Estado asumía claramente el rol de orientador y, por las consideraciones de Orden Público Económico que tiene presente, se le encomendaban, las tareas de dictar normas, conforme a la ley, y prohibir y regular determinados aspectos de la actividad pesquera.

Así la acción del Estado quedaba, sintetizada en las siguientes funciones:

- 1) la promoción del sector, y
- 2) la protección, conservación y aprovechamiento integral de los recursos hidrobiológicos y del ambiente acuático.

Puede estimarse en consecuencia, que se concilian y equilibran dos intereses: dar el apoyo necesario al sector privado y empresarial y proteger el "recurso" pesquero y su entorno, como interés general y de orden público.

Esto último es importante en este informe pues podría pretenderse o pensarse que sólo en la nueva Ley de Pesca. N° 18.892 de 1989 (L.P.) o en el proyecto de Modificación (P.M.) que me ocupa, se adquiere conciencia de la necesidad de proteger y conservar los "recursos hidrobiológicos" y que esta noción es la determinante para alterar, de manera tan fundamental, la legislación vigente hasta la fecha. Debe quedar en claro, pues, que ello no es así y que la preocupación por el recurso pesquero ha sido una constante en la legislación chilena de este siglo.

SEGUNDO: Resulta interesante relacionar el esquema general del D.F.L. N° 5 con lo dispuesto en otras normas muy generales, contenidas en el Código Civil, sin perjuicio de lo que, sobre la misma materia, se añade en la segunda parte.

- a) Conforme al art. 596 del Código Civil en la zona económica exclusiva el Estado ejerce derechos de soberanía para "explorar, explotar, conservar y administrar los recursos naturales vivos y no vivos de las aguas suprayacentes al lecho, del lecho y el subsuelo del mar, y para desarrollar cualquiera otras actividades con miras a la exploración y explotación económica de esa zona.

La redacción del proyecto es nueva (Ley 18.565, de 23 de octubre de 1986). Conviene destacar la mención a la conservación y administración de los "recursos naturales", por lo que se dirá más adelante, respecto de la L.P. y además, porque esas expresiones, en modo alguno, facultan al Estado para atribuirle calidad de dueño de las especies hidrobiológicas existentes en la zona económica exclusiva del Océano Pacífico.

- b) Conforme a lo previsto en el art. 606 del mismo Código, por la ocupación se adquiere el dominio de las "cosas que no pertenecen a nadie, y cuya adquisición no es prohibida por las leyes chilenas o por el Derecho Internacional", y según el art. 607, la pesca es una especie de "ocupación", según también se reiterará en el análisis relativo al Derecho de Propiedad, Segunda Parte. Siguiendo el tenor de estos preceptos (que no aparecen modificados por la "legislación especial" a que se refiere el Art. 611 del mismo Código), queda claro que los recursos pesqueros, o recursos hidrobiológicos, no pertenecen a nadie hasta el momento en que se desarrolla la faena "extractiva" (definida en la letra a) del art. 2º de la L.P. y mantenida en el P.M.)
- c) El art. 606 admite, pues, la posibilidad de que se prohíba la adquisición de ciertas cosas "que no pertenecen a nadie" y esta eventualidad se ve reforzada por lo dispuesto en el inciso 2º del art. 622, conforme al cual "no se podrá, cazar o pescar sino en lugares, en temporadas, y con armas y procederes, que no estén prohibidos". Las normas del Código Civil son plenamente coincidentes con las que, mucho más adelante, dispondría la legislación especial pesquera y que se refundió en el citado D.F.L. 5 de 1983.

TERCERO: Hay dos conceptos que interesa analizar:

- * 1. Recursos naturales, y
- * 2. Actividad extractiva.

Respecto de los recursos naturales debe recordarse que los hay de carácter "renovable" y "no renovable", y que, en cierta forma, nuestra legislación ha usado esta clasificación para darles un tratamiento diverso. Desde luego, el problema central que enfrenta toda legislación relativa a "recursos naturales renovables" es, precisamente, el de la preservación, conservación y protección del recurso y cómo asegurar o incentivar la "renovación" del mismo, una vez que se inicia su explotación.

El recurso natural renovable por excelencia, aparte de los "hidrobiológicos", es el bosque y, por su importancia en nuestra economía, ha merecido amplia atención del legislador. Recuerdo aquí que el principal texto legal aplicable al bosque es el Decreto Ley 701 de 28 de octubre de 1974, que contiene franquicias tributarias y disposiciones sobre "administración" del recurso, tales como: la calificación de predios como de "aptitud preferentemente forestal", obligación de reforestar cuando se explota el bosque, presentación de "planes de manejo" del bosque a la autoridad estatal, CONAF, tales como proyectos técnicos de preservación y óptimo aprovechamiento del recurso.

Se consignan estos antecedentes con el objeto de establecer lo siguiente: primero,

que hay otros recursos naturales que presentan características similares al recurso pesquero: segundo, que también en el caso de esos recursos (bosques), existe una normativa especial y la autoridad puede plantear exigencias técnicas para la preservación y explotación del recurso, y existen prohibiciones, sanciones y restricciones al ejercicio pleno de las amplias facultades que otorga el dominio o propiedad. Pero, en caso alguno, el Estado se ha atribuido propiedad sobre los bosques pretextando la obligación de cautelar la preservación de la riqueza forestal.

Para terminar esta breve referencia a los recursos naturales renovables, vale la pena plantearse la siguiente pregunta: ¿en qué sentido o materia el recurso "forestal" se distingue o diferencia del recurso "hidrobiológico"?

- * En primer lugar, en el recurso forestal, el bosque crece y se desarrolla en un predio, que normalmente es propiedad del mismo dueño del bosque; en cambio, el recurso pesquero es de aquellas cosas que "no pertenecen a nadie" y crece y se desarrolla en un "ambiente" como es el mar, que conforme a las normas del Código Civil es un bien nacional de uso público; en la actividad forestal por consiguiente, no hay propiedades comprometidas y no se afecta, directamente, el dominio del predio, ni el del bosque; nada de ésto existe en el recurso hidrobiológico, donde -más bien- lo que se puede llegar a efectuar es la utilización o explotación de un capital invertido conforme a un estatuto jurídico determinado, y
- * En segundo término, en el recurso forestal se prevé un largo período de "crecimiento" o de desarrollo del bosque, durante el cual el propietario del mismo tiene un capital inmovilizado y sujeto a riesgos; en cambio, en la pesca, la autoridad normalmente (hasta la fecha) sólo ha limitado las posibilidades de explotación del recurso en dos formas: mediante las vedas y mediante la fijación de "tamaños mínimos" de extracción; pero, el recurso está allí, disponible y sin un "ciclo" reproductivo tan extenso ni aparente como el del bosque, para el pescador artesanal o industrial. Respecto de la actividad extractiva cabe destacar:
- * PRIMERO: que la otra actividad "extractiva", además de la pesca, es la minería y en ésta, el Estado tiene el dominio absoluto, exclusivo, inalienable e imprescriptible de todas las minas, conforme lo dispone el art. 19 número 24 de la Constitución. Sin perjuicio de lo cual se pueden obtener "concesiones" mineras de exploración o explotación sobre la mayoría de las substancias. Debe advertirse aquí que cuando el Constituyente ha querido reservar al dominio del Estado o de la Nación toda, determinados bienes, lo ha dicho expresamente, como en el caso de las minas en la Constitución de 1980, como en el caso de las Aguas, en la Constitución de 1925 (Reforma de 1967) o en otras situaciones (Reforma de 1971). Nunca ha habido

dominio del Estado o de la Nación toda respecto de la riqueza hidrobiológica del Mar Chileno.

- * SEGUNDO: las dos actividades señaladas están contempladas en la misma disposición de la Ley de Impuesto a la Renta, para efectos de calificar y gravar los ingresos que de ellas provienen. En efecto, el Art. 2º Nº 3 se refiere, entre otras, a las rentas "de la minería y de la explotación de riquezas del mar y demás actividades extractivas"...

Existen algunas normas tributarias especiales para la minería y algunos rasgos de ésta han dado margen para modificar y ajustar preceptos de la Ley de Impuesto a la Renta. No ocurre lo mismo con la pesca, respecto de la cual no se contemplan normas especiales.

Tratándose en ambos casos de actividades "extractivas" evidentemente la diferencia entre ellas -que salta a la vista- dice relación con el carácter de "renovable" o "no renovable" del respectivo recurso.

En todo caso, debe hacerse notar que una parte de la terminología propia de la minería (concesiones, caducidad de éstas, etc.) se utiliza en la L.P. y en el P.M.

- * TERCERO: que lo "extractivo" se refiere a que la acción principal que se desarrolla es "extraer", "sacar" de su ambiente el recurso, y, por lo mismo, la pesca extractiva excluye a la "acuicultura", actividad en la que es predominante la producción "organizada por el hombre" (art. 2 letra c) de la L.P.

- * CUARTO: quedaba implícito en el D.F.L. Nº 5 que la norma o principio general es que cualquiera puede desarrollar actividades pesqueras. Los decretos o resoluciones dictados conforme a la ley establecían determinados requisitos o restricciones, que para el pescador eran muy simples, carnet e inscripción en el respectivo Registro.

No hay, entonces, un problema central que se refiera al "acceso" a la actividad de la pesca.

En cambio, tanto la L.P. como el P.M. se afanan en la reglamentación del "acceso a la actividad pesquera extractiva", ya sea industrial o artesanal.

¿De dónde surge esta forma tan especial de enfocar el tema? - Todo parece indicar que, como resultado de un régimen de "libre acceso" a la actividad

pudo haberse producido, en algunas zonas o respecto de determinadas especies, una "sobreinversión" y, posiblemente, una explotación desmedida y no sujeta a control eficaz, que podría amenazar la subsistencia misma del recurso. Esto queda sugerido, por lo demás, al comienzo del art. 15 de la L.P. que señala que "con el propósito de tutelar la preservación de los recursos hidrobiológicos ..."

El problema de fondo, principal y subyacente, pues en la regulación de los sistemas de "acceso" a la actividad pesquera, que se pretenden imponer, dicen directa relación con el peligro de eventual extinción de algunas especies hidrobiológicas en ciertas zonas, riesgo que, en todo caso, no está ni aparece científicamente comprobado en nuestro país.

* QUINTO: conviene llamar la atención sobre algunos aspectos que son la base esencial del proyecto en estudio. Así, y a modo de ejemplo, destaco lo siguiente:

a) El título II se refiere a la "administración" de las pesquerías. No están definidas las pesquerías, y se debe entender que al dictar normas de "administración" del recurso, sólo se cumple con lo que el art. 596 del Código Civil permite o autoriza.

Nótese, de todas formas, que las dos materias principales tratadas en este título son "facultades de conservación" y la "importación de especies hidrobiológicas".

b) En los Títulos III y IV el proyecto se refiere a los dos grandes sectores de la actividad pesquera: la pesca industrial y la pesca artesanal. Y, en el primero, o a propósito de la pesca industrial, se refiere a los Regímenes de Acceso a la actividad pesquera extractiva industrial", con un párrafo relativo al "Régimen General de Acceso" y el otro al "Régimen de plena explotación".

Se consagra así un conjunto de preceptos relativos a los requisitos para acceder a la actividad pesquera industrial y a su regulación cuando se estima que existe "plena explotación". En este caso, la libertad constitucional de acceso a la pesca se encuentra eliminada y deben obtenerse "permisos de pesca".

Todo este sistema implica que la zona económica exclusiva y el mar territorial son divididos en "áreas de pesca" (una especie de "loteo" o "plano de subdivisión" del mar) que a primera vista y conforme a lo dispuesto en los arts. 2º Nº 6 y 39, sólo tienen un propósito de información y control. Sin embargo, si este concepto se relaciona con

el de "unidad de pesquería" y otras disposiciones que copiaré se comprende que el mar efectivamente va a ser "zonificado", "parcelado" y que la delimitación de estas áreas tiene efectos jurídicos y prácticos bastante significativos.

- c) Existe también un "área de reserva" para la pesca artesanal, delimitada con el propósito de "preservar los recursos hidrobiológicos costeros". En ella se pueden decretar medidas especiales o prohibiciones.
- d) La acuicultura se reglamenta sobre la base del sistema de "concesiones" administrativas permanentes y transferibles.
- e) Se establece un conjunto de disposiciones relativas a las infracciones, sanciones, responsabilidades, delitos y procedimientos.
- f) En general, el propósito obvio del P.M. para regular una serie de situaciones, en forma claramente restrictiva de la actividad, es la preservación de los recursos hidrobiológicos. Se da lugar, entonces, a lo que se presenta como medidas de buena "administración" de un recurso. Y ello es aún más evidente si se considera que el P.M. eliminó los "propósitos" declarados en algunos preceptos de la Ley General de Pesca, manteniéndolo sin modificación las disposiciones constitucionalmente objetables de aquella. Se trata de una nueva enmienda puramente formal.

Puede compararse este sistema con el de "manejo forestal" previsto en el D.L. 701 citado antes, donde el propietario del predio de aptitud forestal debe presentar un "plan de manejo" válido para el período de desarrollo del bosque, y de reforestación, cuando ha explotado el bosque. Tenemos una "proposición" del propietario que es analizada por la autoridad: la infracción al plan de manejo puede traducirse en aplicación de sanciones y pérdida (con efecto retroactivo) de las franquicias de que hubiere gozado el propietario - infractor.

- g) El párrafo 1º del Título II, llamado ahora Régimen General de Acceso tiene similitudes con lo que establecía la antigua Ley de Pesca, aún cuando entrega facultades importantes a un futuro Reglamento. Cuando realmente surgen las interrogantes, es en el Párrafo 2º del mismo Título relativo al Régimen de plena explotación.

Respecto de estas normas debe anotar que:

- a) Si bien no está definido, el estado de "plena explotación", puede suponerse que la autoridad lo concibe y determina conforme a **criterios técnicos**, cuando esa explotación ha llegado a un nivel "crítico" desde el punto de

vista de la subsistencia del recurso. Téngase presente que en una de las disposiciones transitorias (art. 1º) ya se definieron varias unidades de pesquería en estado de plena explotación las que representan un 95% de la industria pesquera nacional y deberán obtener nuevos permisos de pesca, jurídicamente precarios y de corta duración (artículo 4º transitorio).

- b) Nadie podría discutir el hecho que el Estado asuma un rol "tutelar" (de protección y preservación de los recursos naturales). Sin embargo, es bastante más objetable que intervenga en el ejercicio de actividades económicas con fines muy diversos: de racionalización y optimización de la producción, de redistribución de la actividad, de limitación de ésta, de asignación de áreas de mar, etc.

Eso, precisamente, es lo que aparece en algunas normas del P.M. En efecto, al comienzo del art. 14 no sólo se remite al tema de la preservación del recurso, sino además a que el Estado debe velar por la "utilización racional" del mismo: el Estado es el resolutor fundamental en la asignación de diversos regímenes conforme al art. 16; además es el supremo otorgante y calificador de las unidades de esfuerzo, de las cuotas de captura, de la cuota anual base de referencia (arts. 16, 17, 18 y 19). Estas y otras facultades que el Estado se otorga en el P.M. lo transforman, de hecho, en dueño de los recursos hidrobiológicos y en supremo dispensador de los nuevos "permisos" que desconocen la significación patrimonial y jurídica de los anteriores.

Cabe destacar que al atribuir, en la práctica, al Estado la calidad de "propietario" de bienes que pertenecen a todos, los empresarios pesqueros comunes, no incorporados al régimen de plena explotación, quedan sometidos a la más completa discrecionalidad administrativa. En efecto, deben solicitar la autorización de la Subsecretaría para iniciar actividades (art. 11 del P.M.). En teoría pues, la autoridad se reserva el derecho de "Controlar" el acceso a la actividad pesquera incluso antes que exista la necesidad de declarar régimen de administración por "plena explotación" y, de hecho, conforme al inciso final del art. 10 que se propone, se puede suspender el otorgamiento de autorizaciones por períodos entre 6 meses y un año de anticipación a la época en que se estimaría ya que se alcanza esa plena explotación.

La naturaleza y extensión del rol directivo y empresarial que el P.M. otorga al Estado queda de manifiesto si se leen sus artículos 10 a 28 y 1º y 4º. Transitorios en los que he subrayado los aspectos más relevantes. Transcribo esos preceptos legales:

"TITULO III

DE LOS REGIMENES DE ACCESO A LA ACTIVIDAD PESQUERA EXTRACTIVA INDUSTRIAL

Párrafo 1º: DEL REGIMEN GENERAL DE ACCESO.

Artículo 10º. En el mar territorial y zona económica exclusiva de la República existirá un régimen general de acceso a la actividad pesquera extractiva industrial, para aquellas pesquerías que no hayan alcanzado el estado de plena explotación a que se refieren el párrafo 2º de este título.

Las personas interesadas en desarrollarlas deberán solicitar la correspondiente autorización a la Subsecretaría, la que se pronunciará mediante resolución, previo informe técnico del Servicio. El reglamento deberá establecer el plazo máximo en que la Subsecretaría resuelva la solicitud.

La autorización habilitará a su titular para desarrollar actividades pesqueras extractivas, por tiempo indefinido y a título gratuito, condicionados al cumplimiento de las obligaciones que en ella se establezcan conforme a la normativa vigente. Estas autorizaciones serán intransferibles.

Si la actividad requiere la utilización de naves pesqueras de cualquier tipo, ellas deberán estar matriculadas en Chile y cumplir con las disposiciones de la Ley de Navegación.

Tratándose de cuerpos lacustres limítrofes, podrá autorizarse actividad pesquera extractiva cuando sea aconsejable su aprovechamiento. La determinación de cada cuerpo lacustre en los que se faculte el desarrollo de estas actividades, deberá aprobarse por decreto supremo fundado del Ministerio, previo informe técnico de la Subsecretaría, la que estará facultada para ejercer en ellos las atribuciones que le otorgan los artículos 3º y 30 de la presente ley.

Cuando una pesquería alcance un nivel de explotación que amerite se la estudie para determinar si debe ser declarada en estado de plena explotación, por decreto del Ministerio, previo informe técnico de la Subsecretaría debidamente fundamentado, se suspenderá el otorgamiento de autorizaciones para esta pesquería por un lapso no inferior a 6 meses ni superior a un año, antes de la fecha en que se dicte el decreto en que se declare el régimen de plena explotación con respecto a esa unidad de pesquería. Concluido el plazo máximo antes señalado y no habiéndose declarado el régimen de plena explotación a que se refiere el párrafo 2º de este título, automáticamente se reestablecerá el régimen general de acceso a que se refiere el presente párrafo.

Artículo 11º: En el caso de ser el solicitante una persona natural, deberá ser chileno, o extranjero que disponga de permanencia definitiva, otorgada de conformidad con las disposiciones del reglamento de extranjería.

En el caso de ser la solicitante una persona jurídica, deberá ser chilena y estar constituida legalmente. Si en ella hubiere participación de capital extranjero, deberá acreditar el hecho de haber sido autorizada previamente la inversión, conforme a las disposiciones legales vigentes y en especial conforme a las que se contienen en la presente Ley.

Artículo 12º: De conformidad con lo dispuesto en el Art. 2º, números 19 y 20, corresponderá al Servicio llevar un sistema de registros para las autorizaciones y permisos. Una vez otorgados, el Servicio procederá, sea de oficio o a petición de parte, a inscribirlos en los registros correspondientes y otorgará a su titular un certificado que acredite la respectiva inscripción.

La inscripción en el registro es una solemnidad habilitante para el ejercicio de los derechos inherente a una autorización o a un permiso.

El reglamento de la Ley establecerá las características del sistema de registro.

Artículo 13º: El titular de una autorización o permiso, deberá informar por escrito al Servicio, en la forma que determine el reglamento, cualquier modificación que ocurriere respecto de la información contenida en el registro, dentro de un plazo de 30 días hábiles, contados desde la ocurrencia del hecho.

Para los efectos de la presente Ley, será siempre responsable el titular de una autorización o permiso que esté inscrito en el registro.

Párrafo 2º: DEL REGIMEN DE PLENA EXPLOTACION.

Artículo 14º: Las unidades de pesquerías que hayan alcanzado un estado de plena explotación, serán declaradas sujetas a un régimen de acceso denominado régimen

de plena explotación, medida de manejo que tiene por objeto la conservación de los recursos hidrobiológicos y su utilización racional.

Esta declaración se hará por decreto del Ministerio dentro de los seis primeros meses del año calendario y regirá por el tiempo que se exprese en el decreto respectivo, el que no podrá exceder de 3 años.

La dictación de esta clase de decretos requerirá de informe técnico previo, debidamente fundado, de la Subsecretaría, previos informes técnicos debidamente fundamentados del Consejo Zonal de Pesca correspondiente a la unidad de pesquería.

Antes del vencimiento del plazo consignado en el decreto señalado precedentemente, la Subsecretaría deberá evaluar el estado de situación de la pesquería y el funcionamiento de este régimen, en consulta con el Consejo Zonal de Pesca correspondiente y con el Consejo Nacional de Pesca, con el propósito de definir la conveniencia de extender el plazo de su aplicación, o bien, aplicar el régimen especial o extraordinario de acceso consignados en el párrafo 3º de este Título.

Mediante igual procedimiento podrá pasarse del régimen de plena explotación al régimen general de acceso, en cuyo caso se aplicará lo señalado en el párrafo 1º de este título.

Artículo 15º: En el régimen de plena explotación la Subsecretaría otorgará un permiso de pesca a cada armador pesquero industrial, que demuestre haber realizado efectivamente con cada una de sus embarcaciones actividades pesqueras extractivas en la correspondiente unidad de pesquería, durante un período no inferior a seis meses, dentro del año anterior a la fecha de entrada en vigencia del decreto supremo que la declare en estado de plena explotación.

Los permisos de pesca indicarán las naves pesqueras que cada armador podrá operar en cada unidad de pesquería declarada en plena explotación, especificando las características básicas de las mismas, y comenzarán a regir a partir del año calendario siguiente al de la declaración a que se refiere el Art. 14º.

El permiso de pesca que se otorgue al armador para operar una determinada nave será transferible e indivisible.

El Ministerio, mediante decreto supremo, previo informe de la Subsecretaría y consulta al Consejo Nacional de Pesca deberá establecer el reglamento que fije las normas que regirán la sustitución de naves pesqueras.

El Ministerio, dentro del último bimestre de cada año de aplicación de este régimen, mediante decreto supremo, previo informe técnico de la Subsecretaría

y previos informes técnicos debidamente fundamentados del Consejo Zonal de Pesca respectivo y del Consejo Nacional de pesca, podrá establecer una cuota anual de captura por especie que regirá para el año calendario siguiente, para los efectos de este párrafo. En este caso, los Consejos Zonales y Nacional de Pesca dispondrán cada uno de un plazo de 15 días para evacuar sus informes. La cuota podrá modificarse por una sola vez durante el período en que rija, mediante decreto supremo del Ministerio, previo informe técnico de la Subsecretaría, debidamente fundamentado. En este caso, los Consejos Zonales y Nacionales de Pesca dispondrán, cada uno, de un plazo de 15 días para evacuar dichos informes. Concluidos dichos plazos, la Subsecretaría podrá prescindir de dichos informes.

Párrafo 3º: DE LOS REGIMENES ESPECIALES Y EXTRAORDINARIO DE ACCESO.

Artículo 16º: Podrá aplicarse a las unidades de pesquería que hayan sido declaradas en régimen de plena explotación, el régimen especial o el régimen extraordinario de acceso, alternativa que dependerá de las características de las pesquerías y del conocimiento que sobre ellas se tenga. En el régimen especial de acceso, se asignará a cada armador, unidades de esfuerzo. En el régimen extraordinario, se les asignarán cuotas de captura.

Para establecer el régimen extraordinario de asignación de cuotas de captura, será necesario además contar con la información de captura completa y fidedigna por armador, correspondiente a un período de tres años, anteriores a la declaración del régimen.

Párrafo 17º: La asignación individual inicial de las unidades de esfuerzo en cada unidad de pesquería, se hará tomando en consideración el esfuerzo anual base de referencia y la participación proporcional que cada armador tiene en ella, determinada a través de una o más características de las embarcaciones que han participado en la pesquería durante a lo menos seis meses dentro del año anterior a la fecha de entrada en vigencia del decreto supremo que declare esa pesquería en régimen especial de acceso.

La selección de las características de las embarcaciones a que se refiere el inciso anterior y la de los indicadores con que se determinarán las unidades de esfuerzo, serán establecidas por decreto supremo del Ministerio, previo informe técnico de la Subsecretaría debidamente fundado y previas consultas al Consejo Zonal de Pesca respectivo y al Consejo Nacional de Pesca.

En el caso que en una misma área geográfica coexistan dos o más pesquerías declaradas en régimen especial de acceso, la asignación individual de las unidades de esfuerzo se hará sobre la base de considerar la sumatoria de los esfuerzos base de referencia, asignando individualmente las unidades de esfuerzo por pesquería,

en la misma proporción en que participan las cantidades de esfuerzo base de referencia en la sumatoria aludida.

Artículo 18º: La asignación individual inicial de las cuotas de captura, se hará considerando la cuota anual base de referencia y el promedio aritmético de las capturas anuales de cada armador industrial, obtenida en el período de tres años anteriores a la declaración del régimen extraordinario de acceso.

Para asignar cuotas individuales de captura será condición indispensable contar con la afirmación de captura completa y fidedigna por armador correspondiente al período de tres años referidos en el inciso precedente.

El régimen especial o extraordinario de acceso, será declarado dentro de los primeros seis meses de cada año calendario, mediante decreto supremo expedido por el Ministerio, previo informe técnico de la Subsecretaría debidamente fundamentado y consultas al Consejo Zonal de Pesca correspondiente y al Consejo Nacional de Pesca.

Mediante igual procedimiento, podrá pasarse de un régimen especial o extraordinario de acceso al régimen de plena explotación, en cuyo caso se aplicará lo señalado en el párrafo 2º de este título.

También podrá pasarse del régimen especial de acceso al régimen extraordinario y viceversa, por decreto supremo del Ministerio, previo informe técnico de la Subsecretaría debidamente fundamentado y consultas al Consejo Zonal de Pesca correspondiente y al Consejo Nacional de Pesca.

Los permisos especiales, así como los extraordinarios de pesca que otorga la Subsecretaría a cada armador pesquero indicarán respectivamente o el porcentaje del esfuerzo pesquero o el de la participación relativa de una especie hidrobiológica determinada, que podrá capturar anualmente el permisionario en una unidad de pesquería determinada.

Estos permisos comenzarán a regir a partir del año calendario siguiente al de la declaración del régimen especial o extraordinario de acceso, y podrán ser divididos y transferidos, una vez al año como máximo.

Al cambiar el régimen de acceso de una pesquería, la Subsecretaría otorgará a los armadores que sean titulares de permisos, los nuevos que correspondan y quedarán sin efecto por el sólo ministerio de la ley los permisos sustituidos quedando en todo caso vigentes las autorizaciones originales.

Artículo 19º: El Ministerio, mediante decreto supremo, previo informe técnico de la Subsecretaría y previos informes técnicos debidamente fundamentados del Consejo Zonal de Pesca correspondiente y del Consejo Nacional de Pesca, dentro

del último bimestre del año calendario en que se declare una pesquería en régimen especial o extraordinario de acceso, establecerá el esfuerzo anual base de referencia o la cuota anual base de referencia; y dentro de igual período de cada año calendario siguiente, establecerá el esfuerzo anual de pesca o la cuota anual de captura, según corresponda.

Párrafo 4º: DE LAS NORMAS COMUNES A LOS PARRAFOS 2º Y 3º

Artículo 20º: Los permisos a que se refieren los párrafos 2º y 3º de este título, los que se otorgarán durante el último bimestre del año anterior al de la entrada en vigencia del régimen de acceso respectivo, facultan a sus titulares, para realizar actividades de pesca extractiva, por tiempo indefinido, condicionados al cumplimiento de las obligaciones que en ellos se establezcan y estarán afectos al pago de una patente anual en los términos que se establece en el artículo 22º de la presente ley.

El otorgamiento de un permiso no garantiza a su titular la existencia de recursos hidrobiológicos, sino sólo le permite, en la forma y con las limitaciones que establece la presente ley, realizar actividades pesqueras extractivas en una unidad de pesquería determinada.

Artículo 21º: En el lapso que medie entre la publicación del decreto que declara sometida una pesquería a régimen de administración de pesquerías en plena explotación, de conformidad con lo dispuesto en el Art. 14º de esta ley, y mientras no se hayan asignado los permisos, no podrán ingresar a esa unidad de pesquería nuevas naves o embarcaciones pesqueras distintas de las que, perteneciendo a armadores registrados debidamente, hubiesen informado capturas en el área de pesca de la unidad de pesquería, durante a lo menos seis meses dentro de los últimos doce meses anteriores a la fecha del referido decreto.

Cuando se declare una pesquería en plena explotación los armadores pesqueros artesanales que hayan ejercido en ella actividades extractivas durante a lo menos 6 meses dentro del año calendario anterior a la fecha de entrada en vigencia del decreto que declare esa pesquería en el estado antes señalado y que se encuentren inscritos en el registro artesanal en la pesquería correspondiente, podrán continuar efectuándolas en dicha unidad sin renunciar a su carácter de artesanal, debiendo cumplir con todos los requisitos de entrega de información que al efecto fije el reglamento.

Artículo 22º: Los titulares de permisos pagarán anualmente, en el mes de marzo de cada año, una patente única pesquera de beneficio fiscal, por cada embarcación autorizada en cada una de las pesquerías a que sea destinada a realizar actividades extractivas en las pesquerías declaradas en régimen de plena explotación o

regímenes especial o extraordinario de acceso, correspondiente a 0,50 UTM por cada TRG para naves de hasta 100 TRG; de 0,75 UTM por cada TGR para naves de entre 101 TRG y 1.200 TRGH; y de 1,00 UTM por cada TRG para naves mayores de 1.200 TRG.

Artículo 23º: Las variaciones del esfuerzo anual de pesca, referidas al esfuerzo anual base de referencia, así como las variaciones de la cuota anual de captura, referidas a la cuota anual base de referencia, cuando corresponda, serán establecidas mediante decreto supremo expedido por el Ministerio, previo informe técnico de la Subsecretaría debidamente fundamentado y previos informes técnicos debidamente fundamentados del Consejo Zonal de Pesca respectivo y del Consejo Nacional de Pesca.

Cuando se produzcan excedentes, como resultado de un aumento sostenido de la abundancia, que permita el incremento del esfuerzo anual de pesca o de la cuota anual de captura, en relación con el esfuerzo o la cuota base de referencia, procederá a llamar a propuesta para asignar dichos excedentes, en la forma que determine el reglamento de esta Ley.

Artículo 24º: El titular de un permiso deberá informar por escrito al Servicio, cualquier modificación que ocurriere respecto de la información contenida en el registro, dentro de un plazo de 30 días hábiles, contados desde la ocurrencia del hecho. Para todos los efectos de la presente Ley, será siempre considerado responsable el titular del permiso.

Artículo 25º: Prohíbese poseer un 50% o más de la unidad de esfuerzo o de participación de la cuota anual de captura de cualquiera unidad de pesquería declarada en régimen extraordinario de acceso. Asimismo, prohíbese poseer un 50% o más del total del tonelaje de registro grueso (TRG) de las embarcaciones de cualquier unidad de pesquería declarada en régimen de plena explotación. El TRG de cada embarcación será el consignado en el certificado de arqueo oficial emitido por la Dirección General del Territorio Marítimo y Marina Mercante.

En el evento de que el titular de un permiso especial o extraordinario de pesca transgrediere esta disposición, caducará el exceso en que se hubiere incurrido, por el solo ministerio de la Ley. Dicho exceso se asignará por llamado a propuesta en la forma que determine el reglamento.

En el caso de que el titular de un permiso de pesca poseyere más del 50% de los TRG que de una pesquería declarada en régimen de plena explotación, el Servicio no inscribirá la o las naves que excedan de dicho porcentaje, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 12 de la presente Ley.

En el caso de que el titular de un permiso de pesca, opere una nave que no cumpla con las características básicas consignadas en su permiso, se sancionará

con una multa cuyo monto será equivalente al resultado de la multiplicación de las TRG de la nave infractora por 0,5 UTM vigentes a la fecha de la sentencia.

Artículo 26º: En el caso de que el titular de un permiso especial o extraordinario de pesca sobrepasare su asignación individual en un año calendario, se le deducirá el doble del exceso incurrido de la cantidad que le correspondiere, en el año calendario inmediatamente siguiente.

Si el titular de un permiso especial o extraordinario de pesca no hiciera uso del total de su asignación individual en un año calendario, no podrá arrastrar el saldo al o a los años posteriores.

Artículo 27º: En caso de cambio en la titularidad de un permiso especial o extraordinario durante el año calendario, el adquiriente sólo dispondrá del derecho para usar del remanente no consumido por el vendedor o causante, circunstancia de la que se dejará constancia en el instrumento correspondiente.

Artículo 28º: Si el permiso terminare por renuncia de su titular o por efectos de la declaración de su caducidad, el Ministerio podrá llamar a propuesta para asignarlo en la forma en que se establezca en el reglamento. La renuncia deberá constar por escritura pública.

Si un permiso expirare por defunción de un titular, su sucesión podrá invocar el derecho a que se le asigne preferencialmente. Para ello deberá acompañar copia autorizada de la inscripción del auto de posesión efectiva del causante a la solicitud que presenten a la Subsecretaría. En cuanto al remanente, se aplicará lo señalado en artículo precedente.

ARTICULOS TRANSITORIOS

Artículo 1º: A contar de la fecha de publicación de esta ley, las siguientes unidades de pesquería se declaran en plena explotación y sujetas a los regímenes de administración de pesquerías señaladas en el artículo 4º transitorio de esta ley: (sigue la nómina de pesquerías).

Artículo 4º: Inciso Primero: Tratándose de las unidades de pesquería señaladas en las letras a), b) y c) del artículo 1º transitorio, se otorgarán permisos de pesca durante el último trimestre de 1990, por un período de vigencia de 3 años".

El proyecto parte, como ya se ha anticipado, del principio por cierto que no proclamado en el tenor literal, de que el Estado es dueño de la riqueza hidrobiológica del Mar Chileno y que, por tanto, la distribuye y redistribuye como quiera. En la preceptiva de los artículos 10 al 28 aparecen comprometidas las garantías que tienen todas las personas de desarrollar cualquier actividad económica, la libertad para adquirir el dominio de toda clase de bienes, la seguridad de que las leyes que regulan estos derechos no los podrán afectar en su esencia y, además, el derecho a no ser discriminado en materia económica.

Si se tiene presente que en el criterio del Tribunal Constitucional se impide el "libre ejercicio de un derecho" en aquellos casos "en que el legislador lo somete a exigencias que lo hacen irrealizable, lo entran más allá de lo razonable o lo privan de tutela jurídica (sentencia de 24 de febrero de 1987), puede estimarse que en algunas situaciones o instancias del proyecto no se respeta el derecho a acceder a esta actividad económica en condiciones de trato igualitario, no con la certeza o seguridad que un Estado de Derecho debe ofrecer. Podría estimarse, adicionalmente, que carece de tutela jurídica el conjunto de derechos que se adquieren en virtud de un permiso que puede dejarse sin efecto por la autoridad, en cualquier momento y sin expresión de causa.

Como una proyección de las situaciones a que pueden verse enfrentados los empresarios pesqueros, puede sostenerse que conforme al texto del proyecto, los industriales que invierten en importantes activos (embarcaciones, fábricas, otras construcciones) y que, de un momento a otro, vean fuertemente limitada su capacidad de desarrollo o limitada su posibilidad de utilización de los recursos y activos con que cuentan, podrían recurrir a la adquisición de permisos especiales o extraordinarios de pesca; esta adquisición representa un "costo" para el empresario y un "ingreso" para el armador que cede el permiso; aparentemente el sistema es flexible, pues explota el recurso pesquero quién tiene mayor capacidad, o quién tiene (o espera) una rentabilidad mayor que justifique el costo de adquisición de los permisos; y, por el contrario, quién no tiene capacidad o interés en proseguir la explotación en una determinada unidad de pesquería declarada en plena explotación, se retira o es retirado de la actividad, total o parcialmente, según su interés, y recibe una compensación representada por el valor de cesión de los permisos. Sin embargo, la flexibilidad del sistema puede ser ilusoria cuando se dan ciertos supuestos, como podría ser el de la falta de interés en ceder los permisos, o si con la adquisición de éstos, el interesado excediere el límite de 50% que le fija el proyecto o si, eventualmente, la actividad se concentra en un par de empresas que podrían aparecer o constituir una asociación monopólica contraria a la normativa legal sobre libre competencia.

Los industriales pesqueros ven, así, con la preceptiva del proyecto, cambiando su estatuto jurídico derivado de Autorizaciones legalmente concedidas por la

Autoridad, por un sistema estatista que no garantiza el libre acceso a una actividad empresarial ni la libre adquisición de bienes que son del que los captura. El nuevo sistema entraba el acceso a la actividad pesquera, lo limita y lo burocratiza. Es una fórmula inaceptable en Derecho si con ella se persigue proteger nuestra riqueza hidrobiológica.

LA CONSTITUCION

- I. A fines de 1973, en una de las primeras sesiones de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución que fue la que redactó el Texto Constitucional vigente en materia de derechos fundamentales, el profesor Sergio Diez Urzúa manifestó su interés para que en la futura Constitución se contemplara un conjunto de normas destinadas a regular la vida económica de los chilenos en un marco de libertad y de robustecimiento del derecho de propiedad que estimulara la iniciativa económica y el desarrollo del país, que impidiera la socialización arbitraria de las actividades productoras o la excesiva intervención estatal en ellas. Utilizó, en esa ocasión, por primera vez, la expresión "preceptos de orden público económico".

La constitución de 1980, dentro de los derechos constitucionales, contiene algunas expresiones concretas de esta idea, los que ha denominado "derechos del patrimonio". Ellos son:

- El derecho a desarrollar cualquier actividad económica (artículo 19º N° 21).
- La libertad para adquirir el dominio de toda clase de bienes (artículo 19º, N° 23).
- El derecho a no ser discriminado en materia económica (artículo 19º, N° 22).
- El derecho de propiedad (artículo 19º, N° 24) y
- El derecho de propiedad especial sobre las creaciones intelectuales y artísticas y la propiedad industrial (artículo 19º, N° 25).

En la expresión "orden público económico" se incluyen también los preceptos que completan esos derechos como el que señala que el estado y sus organismos podrán desarrollar actividades empresariales o participar en ellas sólo si una ley de quórum calificado lo autoriza; el que estatuye que

sólo en virtud a una ley se podrán autorizar determinados beneficios, no discriminatorios, en favor de algún sector, actividad o zona geográfica, o establecer gravámenes especiales; el que dispone que para establecer limitaciones o requisitos para la adquisición del dominio de algunos bienes será necesaria una ley de quórum calificado; el que regula las limitaciones y obligaciones al derecho de propiedad por razón de su función social en los casos que señala; el que prohíbe a la ley establecer monopolio estatal sobre los medios de comunicación social; el que prohíbe exigir afiliación a alguna entidad como requisito para desarrollar una actividad o trabajo y el que asegura que la afiliación sindical será siempre voluntaria; los que garantizan que las prestaciones de salud y las prestaciones previsionales se brinden por instituciones públicas y privadas.

Ahora bien, la inspiración ideológica del orden público económico, o de la Constitución Económica como la llamó el profesor José Luis Cea Egaña en un trabajo aparecido en el Boletín de Investigaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Chile (Año X, N° 50, diciembre de 1981, pág. 31), es el principio de la subsidiariedad del Estado que afirma que, fuera de las funciones que por su naturaleza son estatales, como la defensa nacional, la seguridad interior, la conducción de las relaciones internacionales, y algunas otras de similar significación o transcendencia colectiva o que comprometan esencialmente la necesidad de promover el bien común, el Estado no debe asumir tareas, funciones o empresas que puedan ser cumplidas o ejecutadas adecuadamente por los particulares.

Conforme a la preceptiva constitucional se podrían establecer formas de ordenamiento económico puramente pragmáticas, desvinculadas de toda ortodoxia o un régimen de economía mixta, en ambos casos con un Estado dirigente, activo, cautelador del bien común y dueño de las empresas básicas o estratégicas que hoy posee o de otras que, por vía excepcional la ley autorice, y con pleno resguardo de los derechos constitucionales de los particulares.

Lo que, fundamentalmente no puede hacerse bajo el imperio de la Constitución de 1980 es crear un régimen de economía socializada, estatizada o colectivizada, para emplear toda la terminología utilizable o crear mecanismos que atribuyan al Estado derechos o poderes que desconozcan los de las personas, ya que éstos están protegidos por las garantías del "orden público económico". Ello pugnaría, además de modo absoluto, con la letra, el espíritu y la historia de los preceptos constitucionales que consagran las garantías de libertad de todas las personas, en materia económica.

II. EL DERECHO A LA LIBRE ACTIVIDAD ECONOMICA.

La Constitución de 1980 dispone:

Artículo 19.

La Constitución asegura a todas las personas:

"21°. El derecho a desarrollar cualquiera actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional, respetando las normas legales que la regulen.

El Estado y sus organismos podrán desarrollar actividades empresariales o participar en ellas sólo si una ley de quórum calificado los autoriza. En tal caso, esas actividades estarán sometidas a la legislación común aplicable a los particulares, sin perjuicio de las excepciones que por motivos justificados establezca la ley, la que deberá ser, asimismo, de quórum calificado.

1. La Constitución de 1925 consagraba la libertad de trabajo, lo que también hace la de 1980. Pero ésta quiso, además, y de manera muy específica, asegurar el derecho de desarrollar cualquier actividad económica, sólo con las limitaciones que luego indicaré. Para estudiar la significación jurídica y la trascendencia práctica de este precepto, obsérvese, primero, que las personas que ejerzan una actividad económica deben someterse a las leyes que la regulan. Pues bien, "regular" una actividad es someterla al imperio de una regimentación que indique cómo puede realizarse; pero, en caso alguno, bajo pretexto de "regular" un accionar privado en la economía, el legislador puede llegar hasta obstaculizar o impedir, a través de facultades excesivas a organismos fiscalizadores o de otro orden, la ejecución de actos lícitos amparados por esta garantía constitucional o crear las condiciones para que, de hecho, sea el Estado o la autoridad pública la que termine asumiendo el ejercicio de actividades que, legítimamente, pueden desarrollar los particulares. Una legislación que procure o produzca estos efectos es abiertamente inconstitucional.

Si la Constitución asegura a todas las personas el derecho a desarrollar libremente cualquier actividad económica, personalmente, en sociedades, en cooperativas o en cualquier otra forma de asociación lícita, con el único requisito de respetar las normas que regulan la respectiva actividad, la obligación de no atentar en contra de esta garantía no sólo se extiende al legislador y al Estado y a toda autoridad, sino también a otros particulares que actúen en el ámbito de la economía nacional. Una persona natural o jurídica, que desarrolla una actividad económica dentro de la Ley, sólo puede salir de ella

voluntariamente o por ineficiencia empresarial que la lleve al cierre o a la quiebra. Pero es contrario a esta libertad, y la vulnera, el empleo por otros empresarios o por la autoridad de arbitrios, como pactos, acuerdos, acciones y toda clase de operaciones que tengan por objeto o den o puedan dar como resultado, dejar al margen de la vida de los negocios a quién esté cumpliendo legalmente una tarea en la economía del país.

2. El derecho que me ocupa tiene limitaciones. No pueden desarrollarse actividades económicas que contraríen la moral, el orden público o la seguridad nacional. Corresponderá, en definitiva, a los tribunales de justicia pronunciarse acerca de la procedencia o improcedencia de ejecutar actos que sean objetados por afectar los bienes jurídicos señalados.

No creo sea posible una ley que complemente estas limitaciones, ya que, o bien abordaría con criterio general la explicitación de los conceptos de moral, orden público, etcétera, lo que no parece propio de las tareas legislativas, o bien buscaría precisar las actividades específicas que serán prohibidas, lo que implica entrar en una regulación casuística imposible de concebir.

3. La Constitución declara su reticencia frente al Estado empresario. Por ello entrega a la ley, que debe ser de quórum calificado, el autorizar al Estado o a sus organismos, de la Administración Central, autónomas empresas del Estado o entidades en que el Estado tenga alguna forma de intervención, para que ejerzan actividades empresariales o participen en ellas. Igualmente, sólo una ley, del mismo quórum, podrá establecer para el Estado o sus organismos un trato diferente, en una actividad económica, del que la legislación común otorga a los particulares. En resumen, Estado empresario, sólo por excepción. Pero, jamás, atribuir al Estado derechos que la Constitución no le ha otorgado en el campo patrimonial.

Los preceptos de los artículos 1º y 4º transitorios del proyecto que me ocupa impiden a otras personas que las indicadas en la primera norma citada acceder a permisos de pesca y, por tanto, a la actividad pesquera, violando así el Nº 21 del Artículo 19 de la Constitución.

III: EL DERECHO A LA LIBRE ADQUISICION DEL DOMINIO DE TODA CLASE DE BIENES

Artículo 19 de la Constitución

La Constitución asegura a todas las personas:

"23°. La libertad para adquirir el dominio de toda clase de bienes, excepto aquellos que la naturaleza ha hecho comunes a todos los hombres o que deban pertenecer a la Nación toda y la ley lo declare así. Lo anterior es sin perjuicio de lo prescrito en otros preceptos de esta Constitución.

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

La Constitución garantiza la libertad para adquirir, a cualquier título lícito, y de hacer ingresar al dominio privado de las personas toda clase de bienes, muebles o inmuebles, corporales o incorporales y todas las cosas susceptibles de ser incorporadas a un patrimonio personal como las que no pertenecen a nadie, o res nullius. La adquisición del dominio supone la protección constitucional del derecho de propiedad sobre los bienes. Esta libertad protege a las personas de actos legislativos o de autoridad que entreguen o reserven al Estado, de hecho o de Derecho, o a otras personas, el dominio exclusivo y excluyente de terceros, de alguna categoría de bienes: que prohíban a todos los particulares o a algunos de ellos el acceso al dominio de ciertos bienes o que, por arbitrios ilegítimos o exigencias excesivas, impidan, de hecho, el acceso al dominio de bienes determinados.

No son susceptibles de apropiación y de dominio privado sólo:

- a) Los bienes que la naturaleza ha hecho comunes a todos los hombres, como el aire, la atmósfera.
- b) Los que una ley declare que deban pertenecer a la nación como calles, caminos ...
- c) Los que tengan dominio fijado en la Constitución, como las minas que pertenecen al Estado (Artículo 19 N° 24, inc. 6°).

Una ley de quórum calificado, sólo cuando lo exija el interés nacional, podría establecer requisitos o limitaciones para la adquisición del dominio de algunos bienes. En consecuencia, esta libertad no puede ser coartada por una ley común y el mismo derecho no puede ser impedido: sólo puede ser condicionado o limitado, sin que ello suponga afectar al derecho mismo. Las condiciones pueden consistir en imponer requisitos racionales, no discriminatorios ni que constituyan, realmente, impedimentos para ejercer el derecho y siempre que no se afecte la esencia de la garantía para la adquisición de ciertos bienes. Las limitaciones pueden referirse al monto, ubicación o características de los bienes (por ejemplo: no más de tantas

acciones de tales entidades); pero con las exigencias ya señaladas de no discriminación y siempre que esté comprometido efectivamente el interés de la nación entera. Puede apreciarse que el constituyente fue extraordinariamente acucioso a establecer esta garantía, ya que quiso evitar que los excesos legislativos y los abusos de autoridad pudieran vulnerar una libertad que considera parte integrante del conjunto de derechos asegurados al patrimonio personal e incorporados al concepto de orden público económico.

Los peces no son cosas comunes a todos los hombres y no pertenecen a la Nación toda. Son "resnullius", o sea son bienes que carecen de dueño y cuyo dominio se puede adquirir por su captura, derecho que la Constitución le asegura a todas las personas. Esta garantía constitucional se transgrede con las disposiciones del proyecto, concretamente los artículo 1º y 4º transitorios, que impiden adquirir el dominio de las especies existentes en la masa hidrobiológica a quienes no aparecen nominados en el primero de esos preceptos. Contrariando el mismo precepto constitucional, el Estado como se dijo y aparece de los artículos 15º, 16º, 17º, 18º y 22º, entre otros del proyecto, se transforma de hecho, en dueño de la riqueza hidrobiológica sobre las que ejerce atributos exclusivos que sólo puede realizar quién es propietario.

IV. LA PROTECCION JURIDICA DEL LIBRE EJERCICIO DE LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES

La más importante garantía constitucional, la más novedosa y creo que la más eficaz, para la real vigencia de las libertades públicas, es la que contiene el último número, el 26 del artículo 19º de la Constitución de 1980. Es un precepto con que culmina el cuadro de derechos constitucionales y que, como se verá, buscó rodear de la más completa y adecuada cautela jurídica el pleno goce y ejercicio de las demás garantías, las que no podrán ser afectadas en su esencia por acto alguno del legislador o de cualquier otra autoridad.

El texto del precepto es el siguiente:

Artículo 19.

La Constitución asegura a todas las personas:

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

impidan su libre ejercicio.

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

Tuve la iniciativa de esta disposición en la Comisión que estudió la carta de 1980, cuando se trató del derecho de propiedad. En esa oportunidad se propuso, por la Subcomisión correspondiente, que las limitaciones y obligaciones que la ley impusiera al dominio, no podrían afectar este derecho "en su esencia". Propusimos, entonces, que tal protección se extendiera a todas las garantías constitucionales y la Comisión me encomendó redactar un proyecto, del que doy cuenta en la Sesión 212, de 19 de Mayo de 1976. Conozco por tanto, muy bien, la significación jurídica de esa normativa.

En la sesión indicada expresé que las ideas fundamentalmente que tuve presente para proponer el precepto fueron:

Primera idea:

" Debe recordar la Comisión que cuando se trató la garantía del derecho de propiedad, la Subcomisión correspondiente envió un proyecto en el cual se hablaba del derecho en su esencia, referido al derecho de propiedad, a fin de impedir que las limitaciones que pudiera imponer el legislador al ejercicio del derecho de propiedad lo afectarían de tal manera que, prácticamente, implicarían su desconocimiento total. En esa ocasión el Señor Evans se mostró contrario a la idea de consignar en el derecho de propiedad la expresión "el derecho en su esencia", por las razones que en esa oportunidad expuso, y advirtió que, en cambio, no se opondría y sería partidario de que ella fuera tomada en cuenta más adelante, refiriéndola a todas las garantías constitucionales. Y estima que la forma de enfocar el tema es en relación con las leyes que van a complementar la Constitución Política en materia de derechos constitucionales, las leyes que van a regular el ejercicio de estas garantías y las que pueden interpretar algún precepto constitucional. Piensa que éstas serían las tres formas de leyes que deberían estar controladas por este precepto en términos de que ellas no pudieran, en caso alguno, ya sea al complementar el texto, al regular el ejercicio de algún derecho o al interpretar algún precepto constitucional, afectar la esencia del derecho de que se trata, ni imponer condiciones y requisitos de tal naturaleza o entidad para el ejercicio de ciertos derechos o garantías, que, en la práctica, se traduzcan en verdadera abrogación de garantías constitucionales. Por ejemplo, si el día de mañana se establece para el ejercicio del derecho de reunión un cúmulo tal de requisitos o de condiciones que en la práctica hagan ilusorio el derecho no me cabe duda de que habrá ahí una infracción al texto constitucional".

La segunda idea, "que se ha traducido en otro párrafo se refiere a algo que en muchas oportunidades he dicho: que es indispensable en una Constitución para una

sociedad democrática, en un Estado de Derecho para una democracia que no sea ingenua ni inerte, el comprometer a la sociedad con ciertos valores básicos, que sean aquellos a los cuales adhiere la mayoría de los ciudadanos, porque forman parte de un modo de ser, de la tradición, del pensamiento y de la idiosincrasia nacionales. Estimé entonces, indispensable establecer un precepto que impidiera que personas o grupos, asilándose en preceptos constitucionales determinados, pretendieran actuar de tal modo que su acción se tradujese en la violación o en el desconocimiento de garantías constitucionales que a otros correspondan".

La tercera idea contenida en el último artículo propuesto en la comisión "responde a una inquietud que ya se manifestó en más de una ocasión en el seno de ese organismo y que dice relación con la imposición de cargas tributarias o gravámenes pecuniarios al ejercicio de ciertas garantías constitucionales. Creo que en una sociedad democrática e igualitaria, en que efectivamente se renuevan los obstáculos que tienden a asegurar la libertad e igualdad de las personas y grupos, la forma efectiva de garantizar la libertad de esas personas y grupos en el ejercicio de las libertades constitucionales es eliminar cualquier traba o carga pecuniaria (o de otra especie) que se les quiera imponer".

El proyecto en estudio impone tal conjunto de requisitos, condiciones y trabas para el ejercicio de las garantías de los números 21 y 23 del artículo 19 de la Constitución, como aparece de lo subrayado en los preceptos 10 a 28 que he transcrito, que se vulnera la garantía del N° 26 del artículo 19 de la Constitución.

- **DERECHO A NO SER DISCRIMINADO ARBITRARIAMENTE POR EL ESTADO EN MATERIA ECONOMICA.**

La Constitución de 1980 contiene, dentro de lo que algunos, como hemos visto, llaman "orden público económico" y que en este Informe he denominado "derechos del patrimonio", una garantía constitucional que es consecuencia directa de la igualdad ante la ley que consagra el N° 2 del artículo 19.

Artículo 19.

La Constitución asegura a todas las personas:

"22°. La no discriminación arbitraria en el trato que deben dar el Estado y sus organismos en materia económica.

Sólo en virtud de una ley, y siempre que no signifique tal discriminación, se podrán autorizar determinados beneficios directos o indirectos en favor de algún sector, actividad o zona geográfica, o establecer gravámenes especiales que afecten a uno u otras. En el caso de las franquicias o beneficios indirectos, la estimación del costo de éstos deberá incluirse anualmente en la Ley de Presupuestos".

El contenido de esta garantía es simple, pero importante y recordemos que el inciso final del N° 2° del artículo 19 prescribe que "ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias".

Si bien, conceptualmente, esta expresión protege a las personas en contra de toda clase de resoluciones arbitrarias de la autoridad, sea cual fuere, ya que la Constitución no distingue, la Comisión tanto nombrada, quiso dentro del debate sobre orden público económico que se produjo entre junio y julio de 1978, casi al término de las tareas de la Comisión, recalcar en una norma especial, que ni el Estado ni sus organismos, también sin distinción alguna, puedan dictar decretos, reglamentos, resoluciones o adoptar acuerdos que se traduzcan en una discriminación arbitraria en materia económica. Y conste que ni el Estado ni cualquiera entidad que cumpla funciones públicas pueden asilarse en facultades que les haya otorgado la ley, para efectuar esas discriminaciones. Si la ley contiene diferencias arbitrarias, es inconstitucional; si la ley entrega atribuciones que permitan a una autoridad, especialmente del sector económico o de instituciones como las diversas Superintendencias (de Bancos e Instituciones Financieras, de Administradoras de Fondos de Pensiones, de Valores y Seguros), discriminar arbitrariamente a una persona, el acto gubernativo así emitido sería nulo por violar el precepto en análisis y conforme a los artículos 6° y 7° de la Constitución. Cualquier tribunal ordinario podría declarar esa nulidad y, eventualmente, sancionar civil y penalmente a los autores, todo ello sin perjuicio del recurso de protección que pueda hacer valer el afectado.

Como yo lo hemos dicho en otras oportunidades, se entiende por "discriminación arbitraria" toda diferenciación o distinción, realizada por el legislador o por cualquier autoridad pública, o por el Estado o sus órganos y agentes, que aparezca como contraria a una concepción elemental de lo que es ético o a un proceso normal de análisis intelectual; en otros términos, que no tenga justificación racional o razonable.

Puede apreciarse que la Constitución de 1980 hace una doble exigencia de "racionalidad", de "razonabilidad". La primera, al proscribir en el citado N° 2° del artículo 19, toda distinción arbitraria de la ley o de cualquier autoridad; la segunda, al prohibir, en el N° 22 del mismo artículo toda discriminación arbitraria en el trato que deben dar el Estado y sus organismos en materia económica.

Este último derecho limita la acción y la intervención del Estado en la vida económica y social. La Constitución prohíbe otorgar privilegios o crear o imponer cargas o gravámenes que impliquen cualquier forma de distinción o diferenciación entre las actividades económicas que no tengan como fundamento intelectual una clara connotación de racionalidad. El hecho de que, por años, se haya aplicado un estatuto para alguna forma de organización económica no es, hoy día, título de validez como para pretender que siga cumpliéndose o aceptándose en la misma forma. Por consiguiente, cualquier intento del Estado, de cualquier organismo o

autoridad, aunque ejerza, como dijimos funciones encomendadas por la ley, o del legislador, por imponer gravámenes, restricciones o cargas que no tengan una clara e indiscutible justificación objetiva, fundada en hechos y no en temores o en suspicacias administrativas de connotación subjetiva, constituye una discriminación arbitraria e inconstitucional. Hay implícita, en consecuencia, en el N° 22 del artículo 19, una limitación a la discrecionalidad administrativa, lo que constituye un saludable instituto en un Estado de Derecho.

Como una síntesis del objeto de esta garantía, podemos establecer que la Constitución ha querido asegurar a todas las personas la igualdad en el trato que el Estado y sus organismos deben dar en materia económica. Que no haya, en situaciones similares, ni personas, grupos o sectores perjudicados en relación con sus competidores o con otros grupos o sectores.

Esta expresión "igualdad en el trato" era, por lo demás, la que empleó el proyecto que la Comisión citada envió al Poder Ejecutivo en 1978, al proponer el derecho que hemos revisado.

En el caso del proyecto modificatorio de la Ley General de Pesca, se produce en sus artículos 1° y 4° Transitorios una abierta discriminación, prohibida al legislador en los números 2 y 22 del artículo 19 de la Constitución, entre los industriales pesqueros señalados en el artículo 1° transitorio y los demás. Estos no tendrán derecho a ejercer su actividad, a pescar y a obtener permisos por el solo ministerio de la ley (artículo 4° transitorio) cometiéndose así una arbitrariedad que carece de justificación racional.

CONCLUSIONES DE LA PRIMERA PARTE.

El examen de la preceptiva del proyecto modificatorio de la Ley de Pesca y especialmente del sistema de acceso a la actividad que regulan sus artículos 14 y siguientes y de las disposiciones de los números 21, 23, 26 y 22 del artículo 19, permiten luego de lo relacionado, concluir:

1. Que el sistema previsto en el proyecto vulnera el N° 21 citado puesto que no "regula" el derecho a desarrollar la actividad de empresario e industrial pesquero sino que la impide a algunos, la entorpece, la entorpece y la dificulta, entregándola, en definitiva, en su ejercicio y en su extinción, a la discrecionalidad administrativa.
2. Que el mismo sistema infringe, por la misma razón el N° 23 señalado ya que restringe gravemente el acceso al dominio de las especies hidrobiológicas que existen en el mar chileno.

Si la legislación contenida en el proyecto se debiese aprobar en el Congreso

con quórum calificado, podría establecer, si lo exigiese el interés nacional, limitaciones o requisitos para adquirir ese dominio; pero estas exigencias no podrían afectar la esencia de la libertad que asegura la Constitución.

3. Que, en todo caso, el proyecto vulnera la esencia de las garantías señaladas en los dos números que anteceden, ya que los requisitos, condiciones, exigencias y trámites que contiene y la precariedad que de ello resulta para el título con que podría trabajarse en la actividad pesquera (ver artículo 18 inc. final del proyecto) afectan gravemente la naturaleza misma de las libertades de los números 21 y 23 del artículo 19 de la Constitución, derechos que pasan a ser ilusorios en la práctica y precarios en lo jurídico, y
4. Que, por las mismas razones, el proyecto infringe el derecho a la igualdad de trato en materia económica que asegura el N° 22 del Artículo 19 de la Constitución.

SEGUNDA PARTE

PRIMERO. NORMAS DEL CODIGO CIVIL

- a) El dominio, según el artículo 582, que se llama también propiedad es el derecho real en una cosa corporal para gozar y disponer de ella arbitrariamente, no siendo contra la ley o contra derecho ajeno.

Sobre las cosas incorpóreas hay también una especie de propiedad, dice el artículo 583.

El dominio es el derecho patrimonial por excelencia y, por su importancia, se encuentra amparado por la Constitución Política de la República en el N° 24 del Artículo 19.

- b) El dominio sólo puede adquirirse por los modos que la ley ha establecido que, de conformidad al artículo 588, son: la ocupación, la accesión, la tradición, la sucesión por causa de muerte y la prescripción.
- c) La ocupación es el modo de adquirir el dominio de las cosas corporales que no pertenecen a nadie, cuya adquisición no es prohibida por las leyes chilenas o por el derecho Internacional y se realiza por el apoderamiento material de las mismas cosas.
- d) La pesca. El Código Civil chileno no define lo que es la pesca. El artículo 607 señala que la caza y pesca son especies de ocupación por las cuales se adquiere el dominio de los animales bravíos. Estos, de conformidad al artículo 608, son los que viven naturalmente libres e independientes del hombre, como las fieras y los peces.

Los conceptos de zonas contigua y zona económica exclusiva fueron incorporados al Código Civil por la Ley 18.565, de 23 de octubre de 1986, y si se quisiera ajustar éstos conceptos a la terminología de los tratadistas tradicionales del Código, se podría encuadrar ambas zonas en lo que antes se denominaba mar adyacente.

El sector de mar que se sitúa más afuera de la zona económica exclusiva es la alta mar que, según el artículo 585, es de las cosas que la naturaleza ha hecho comunes a todos los hombres y que, por ello, no son susceptibles de dominio y ninguna nación o individuo tiene derecho de apropiárselas.

O sea, el avance de los conceptos y principios en esta materia, ha significado la ampliación del mar territorial de 3 millas marinas (1 legua marina) a 12 millas; del mar adyacente, desplazado del sector entre 3 y 12 millas, al comprendido entre 12 y 200 millas (zona contigua, de 12 a 24 millas y zona económica exclusiva, de 24 a 200 millas), desplazándose la alta mar de 12 millas primitivas a 200 millas mar afuera.

f) Norma para la práctica o ejercicio de la actividad pesquera.

Hasta la incorporación de las modificaciones introducidas al Código Civil por la ley 18.565 ya citada que sustituyó el artículo 611, las normas relativas al ejercicio de la actividad pesquera, eran las siguientes:

I. El artículo 611, ubicado en el Título sobre la ocupación, prescribía:

"Se podrá pescar libremente en los mares; pero en el mar territorial sólo podrán pescar los chilenos y los extranjeros domiciliados".

Dos. El artículo 585, ubicado en el Título sobre el Dominio, que señala como cosas comunes a todos los hombres, la alta mar, y cuyo inciso segundo establece que "su uso y goce son determinados entre individuos de una misma nación por las leyes de ésta..."

Luego la norma del artículo 611 resultaba aplicable aún a la alta mar.

g) Explicación de la restricción del artículo 611. Aunque el Código Civil no reconoce diferencias entre el chileno y el extranjero, excepcionalmente se restringe la igualdad sólo al extranjero domiciliado, como sucede en este caso, únicamente para precaver distintos riesgos. En la especie, el riesgo de permitir la pesca en mar territorial por parte de extranjeros no domiciliados, está constituido por la posibilidad de simular una faena pesquera para ocultar una actividad de contrabando u otra contraria a la seguridad del Estado.

h) Restricciones generales. Aceptada la pesca como una forma de ocupación, no podemos olvidar el artículo 606, que la describe como el modo de adquirir las cosas que no pertenecen a nadie y cuya adquisición no es prohibida por las leyes chilenas. En consecuencia, la ley puede prohibir la ocupación, y entre sus diferentes formas, la pesca en todas o algunas de sus formas, todo según el Código Civil y antes de la Constitución de 1980.

Si puede existir una prohibición total establecida por la ley, ésta, naturalmente, puede limitarse a una prohibición parcial o restricción. En todo caso, para disipar toda duda, el artículo 622 establece: "En lo demás, el ejercicio de la caza y de la pesca estará sujeto a las ordenanzas especiales que sobre estas materias se dicten". El inciso segundo puntualiza en forma categórica: "No se podrá, pues, cazar o pescar, sino en lugares, en temporadas, y con armas y procederes, que no estén prohibidos".

El autor de nuestro Código Civil, don Andrés Bello, estudioso también del Derecho Internacional sostenía, según citas del tratadista don Luis Claro Solar (explicaciones de Derecho Civil, Tomo VII, Pág. 19).

"No hay, pues, motivo alguno, dice Bello, que legitime la apropiación del mar bajo el aspecto en que ahora le consideramos (la navegación) ... Pero bajo otro aspecto, el mar es semejante a la tierra. Hay muchas producciones marinas que se hallan circunscritas a ciertos parajes; porque así como las tierras no dan todos unos mismos frutos, tampoco todos los mares suministran unos mismos productos. El coral, las perlas, el ámbar, las ballenas, no se hallan sino en limitadas porciones del Océano, que se empobrecen diariamente y al fin se agotan ... De aquí el empeño de ciertos Estados de arrogarse el dominio exclusivo de la pesca, concediéndolo solamente por privilegios a ciertas naciones y con ciertas restricciones.

Así la Dinamarca, no contenta con la soberanía del Báltico, aspiró a la de la alta mar septentrional. Pero de estas pretensiones, que han dado una página curiosa a la historia del derecho marítimo, apenas quedan ya vestigios. En el día, el derecho de pesca de cada potencia está generalmente limitado a sus aguas territoriales".

Respecto de la restricción del artículo 622, don Luis Claro Solar, en su obra citada Tomo 7, Pág. 35 nos explica su origen y evolución en la siguiente forma:

"En lo demás el ejercicio de la caza y de la pesca estará sujeto a las ordenanzas especiales que sobre estas materias se dicten", dice el artículo 622. "No se podrá, pues, cazar o pescar sino en lugares, en temporadas, y con armas y procederes que no estén prohibidos.

La reglamentación de la caza y de la pesca bajo todos estos aspectos tiene por objeto principal evitar el agotamiento de las especies que una caza o pesca continua podría producir; y, por otra parte, atender a la salubridad pública, impidiendo que se suministren a las poblaciones alimentos procedentes de ciertas localidades insalubres.

El Código se ha ocupado de la caza y de la pesca en cuanto modo de adquirir el dominio de los animales bravíos, para determinar las reglas fundamentales de su ocupación y se ha remitido a las ordenanzas especiales respecto a los procederes,

armas, temporadas y lugares de caza y pesca. En la expresión "ordenanzas especiales" de que se sirve el artículo 622, podrían comprenderse las ordenanzas generales que pudiera dictar el Presidente de la República y las ordenanzas particulares, que dictasen las Municipalidades.

Dentro de los principios establecidos por la Constitución Política de 1833, correspondía, sin duda, a las Municipalidades, como encargadas de promover la agricultura, la industria y el comercio, reglamentar el ejercicio de la caza y de la pesca dictando las ordenanzas que debían ser sometidas al Presidente de la República para su aprobación con audiencia del Consejo de Estado. La Ley Civil, nada decía, sin embargo, sobre el particular; y guardó también silencio la ley de 12 de septiembre de 1887 que la reemplazó; pero la ley de reforma de 22 de diciembre de 1891 que tuvo por objeto asegurar la autonomía de estas Corporaciones, para dar mayor vida e iniciativas al gobierno local, glosando las disposiciones de la Constitución de 1833, dispuso en el artículo 26 que correspondía a las Municipalidades, como encargadas de promover la agricultura, industria y comercio: "3º Reglamentar el ejercicio de la caza y armas y proceder determinados (79)". Sin embargo, el Decreto Ley N° 740 de 7 de diciembre de 1925 suprimió esta disposición, a pesar de que la Constitución Política promulgada el 18 de septiembre del mismo año, mantenía en su artículo 105 el precepto de la Constitución de 1833 que había interpretado la ley orgánica en 1891.

Esta materia se encuentra regida por la ley N° 4601, de 18 de junio de 1929 y otras leyes especiales y por los reglamentos dictados por el Presidente de la República para la ejecución de las mismas".

SEGUNDO, REGULACION LEGAL DESDE 1929

1. En la ley 4601 se advierte quizás más preocupación por la preservación de las especies terrestres, restringiendo la caza, que por la de los peces, sin duda por el hecho de que en 1929 se hallaban en proceso de extinción el huemul, la vicuña, el pudú, la avestruz, la garza, la bandurria, los carpinteros, por mencionar sólo algunos de las especies más amenazadas, en circunstancias que la pesca era entonces sólo incipiente y sólo se encontraba amenazada para captura excesiva de focas y nutrias, cuya veda se había establecido por ley N° 83 de 1893.

La restricción a la pesca se advierte pues, en términos más generales, en la ley de 1929, que exige para la pesca en mar territorial, efectuarla en embarcaciones chilenas y cumplir con los requisitos establecidos en las leyes.

SEGUNDO. No es de extrañar, pues, que sólo con posterioridad a 1930 apareciera una verdadera legislación pesquera y proliferara la reglamentación sobre la materia.

La legislación estuvo constituida por el DFL 34, de 17 de marzo de 1931, que sólo experimentó modificaciones por el D.L. 1626 de 1976, el D.L. 2442, de 1978 y la Ley 18.129, de 1982, prescindiendo, naturalmente, de las normas legales relativas al Estatuto de los funcionarios de la Subsecretaría o del Servicio Nacional de Pesca.

Esta legislación, refundida en el DFL N° 5 de 1983, de la Subsecretaría de Pesca, como ya se dijo en la primera parte, no modificó, básicamente, sino que reglamentó los principios contenidos en los artículos 611 y 622 del Código Civil, y fue reemplazada por la ley 18.892 de 23 de diciembre de 1989. General de Pesca y Acuicultura, a la que modifica el proyecto que comento.

Toda la legislación y reglamentación anterior a la ley recién citada en cuanto contuvo normas generales restrictivas de la libertad de pesca, ya sea por establecimiento de vedas -que pueden referirse a ciertas especies, ciertas épocas o ciertas zonas, o a una combinación de estos factores- por imponer prohibición del empleo de determinados procedimientos -no contienen alteración alguna al régimen jurídico imperante ya que sólo son el reflejo de las normas que fija legítimamente la autoridad, para el ejercicio, por parte de los particulares, de un derecho que la ley les confiere, pero limitado desde su propia enunciación, e históricamente desde su origen, a las restricciones que la misma Autoridad establezca, en los términos generales que la propia ley contempla.

En efecto, por medio de la pesca se estaría adquiriendo el dominio de peces que no pertenecen a nadie cuya adquisición no esté prohibida por la ley (artículo 606).

Esto podrá efectuarse en los lugares, en las temporadas, con los implementos y los procedimientos que no estén prohibidos (artículo 622). Esta última prohibición, la de lugares temporadas, implementos o procedimientos, no requiere estar establecida por ley, sino que puede emanar de "ordenanzas especiales", en otras palabras, de una resolución de la autoridad administrativa.

De allí, en consecuencia, que un Decreto Supremo, o una resolución de la Subsecretaría de Pesca, en cuanto establezca restricciones generales de acuerdo al artículo 622 del Código Civil, y no vulnere derechos patrimoniales constituidos legalmente, se ajusta absolutamente a nuestro ordenamiento jurídico.

TERCERO: PERMISOS DE PESCA OTORGADOS BAJO EL AMPARO DE LA LEGISLACION RESEÑADA.

A) El artículo 17, letra d) del DFL N° 5 de 15 de noviembre de 1983 establece

como facultad del Subsecretario de Pesca: "Pronunciarse, mediante resolución, sobre las solicitudes de permisos de pesca de buques nacionales o extranjeros y para instalación, ampliación o traslado de industrias pesqueras y de establecimiento de cultivos".

La disposición transcrita, cuyo antecedente jurídico inmediato es el DL 2442 de 1978, contempla la facultad del Subsecretario de Pesca de pronunciarse sobre las solicitudes de permisos para dos objetivos determinados que pueden ser:

- a) que los buques nacionales o extranjeros puedan pescar en aguas sometidas a la soberanía nacional;
 - b) la instalación, ampliación o traslado de industrias pesqueras y de establecimientos de cultivos.
- B) Corresponde, luego, analizar la naturaleza jurídica de la Resolución que acoja la solicitud de alguno de estos permisos y los efectos o derechos que ella pueda significar al beneficiado.

Para ponderar el alcance de los dos aspectos referidos, vale decir, la naturaleza jurídica de la Resolución y sus efectos, deberá estudiarse el alcance de las facultades de la Autoridad, al amparo de nuestro régimen jurídico general, vale decir, establecer si puede soberanamente acoger algunas peticiones y desechar otras o si, por el contrario cumpliéndose por los interesados con las exigencias generales, no podría la Autoridad denegar el permiso.

- C) Antes de analizar las alternativas enunciadas, se debe tener presente las alteraciones experimentadas por la estructura jurídica nacional y que podrá afectar a esta materia.

Si bien el DFL N° 5 data de 1983, este cuerpo sólo contiene el texto refundido de las normas relativas a la pesquería, básicamente contenidas en el DFL 34, de 1931, el DL 1626, del DL 2442 de 1978 y la Ley 18.129 de 1982.

Entretanto, el 11 de marzo de 1981 entró en vigencia la Constitución Política de 1980 que, entre otros principios, introdujo como garantías constitucionales, las libertades para desarrollar cualquiera actividad económica lícita y para adquirir toda clase de bienes y la prohibición del Estado, sus órganos o funcionarios de impedir las o entorpecerlas mediante discriminaciones arbitrarias.

Después, en 1986, se sustituye el artículo 611 del Código Civil por otro

nuevo que prescribe: "La caza marítima y la pesca, se regularán por las disposiciones de este Código y, preferentemente, por la legislación especial que rija al efecto. Fue una disimulada manera de derogar el principio del artículo 611 del Código Civil, en cuanto en los mares se podría pescar libremente al eliminar la norma primitiva que lo consagraba. La nueva norma es absolutamente inocua puesto que la indicación de que a la caza marítima y a la pesca se debían aplicar con preferencia las normas especiales y, a falta de ellas, las generales del Código Civil, resultaba innecesaria al tenor de principios generales del derecho y a lo prescrito en los artículos 4 y 13 del Código Civil.

Sin embargo, pese al evidente propósito o intención por derogar la norma que establecía la libertad de pesca, el legislador no pudo sustraer a los afectados del amparo que le brindaban las normas Constitucionales de desarrollar cualquiera actividad económica lícita.

Con estas advertencias, es posible analizar diferentes situaciones que interesan para este Informe:

Una) SITUACION VIGENTE ANTES DEL 11.03.81 FECHA DE VIGENCIA DE LA CONSTITUCION DE 1980.

- a) Otorgamiento de permisos, para pescar en mar territorial, en el mar adyacente llamado zona contigua y en la zona económica exclusiva.

Al otorgar los permisos o Autorizaciones de pesca, la Autoridad estaba reconociendo al interesado el derecho, que le confería el artículo 611 del Código Civil, de intentar, libremente, adquirir peces por la vía de la pesca entendiéndose que se habían satisfecho por el peticionario las normas relativas a los medios o procedimientos impuestos por la misma Autoridad.

El uso o goce de la Alta Mar quedaba entregado, así, a las normas legales sobre la materia, y, no habiendo disposiciones específicas prohibitivas, el otorgamiento implicaba el reconocimiento del derecho en favor del peticionario, por aplicación de las mismas normas del artículo 611.

En consecuencia, el otorgamiento de permisos de pesca sólo implicaba el reconocimiento de la facultad legal de pescar libremente, con el alcance de que suponía que el peticionario se estaba sometiendo al uso de implementos o métodos que la Autoridad legítimamente había impuesto.

- b) Denegatoria de permisos. La norma del artículo 17 letra D) del DFL N° 5, al permitir al Subsecretario "pronunciarse" implicaba la facultad de otorgar o denegar los permisos solicitados. Si la autoridad los denegaba dentro de sus facultades, habría obrado dentro de la órbita de sus atribuciones y la

resolución denegatoria no debería haber sido susceptible de recursos, sin perjuicio de las acciones de lato conocimiento que el afectado quisiese hacer valer.

Dos) SITUACION POSTERIOR A LA VIGENCIA DE LA CONSTITUCION DE 1980.

El otorgamiento de permisos no debe alterar las situaciones descritas en la letra a) precedente.

La denegatoria injustificada, en cambio, para una petición que cumpla con las exigencias generales establecidas por la Autoridad, faculta al afectado para recurrir de Protección (artículo 20 de la Constitución) puesto que la Autoridad no puede coartar la libertad de dedicarse a cualquier actividad económica lícita y no pueden el Estado o sus funcionarios restringir esta libertad ni establecer limitaciones arbitrarias que la coarten.

En todo caso conviene tener presente que cualquiera que sea la legislación y la naturaleza jurídica de la porción de mar en que se ejerza la pesca, los peces siguen siendo, como se dijo, "resnullius", susceptibles de ser adquiridos en dominio por su captura u ocupación.

CUARTO: CONSECUENCIAS O DERECHOS DERIVADOS DE LA RESOLUCION QUE OTORGUE O HAYA OTORGADO UN PERMISO DE PESCA.

Para poder ponderar adecuadamente los alcances de una resolución de la Autoridad que haya otorgado una autorización de pesca, debe distinguirse la forma en que dicho permiso se haya extendido y la época en que se haya otorgado, ya que, por una parte, debe analizarse si el Acto de la Autoridad que lo otorgue está ajustado a las normas jurídicas de superior jerarquía que lo rigen o las contraviene; y por otra, su contenido puede ser inocuo o estar generando una facultad o derecho en favor del beneficiado.

En este último caso, si se general una facultad o derecho que conforme a la ley vigente, es un bien incorporal, éste se incorpora al patrimonio del beneficiario y está amparado por la garantía del derecho de Propiedad, cualquiera que sea la época en que se otorgó.

Las situaciones pueden ser las siguientes:

- A. Permisos que implican simples autorizaciones genéricas para pescar, sin señalamiento de zona. Esta autorización inocua pues mientras no se prohíba

la actividad en todas las aguas sometidas a la soberanía nacional, no habrá infracción al permiso por parte de la Autoridad.

La privación o modificación de tales permisos parece, pues, ajustarse a las normas imperantes.

- B. Permisos o Autorizaciones otorgadas por Decretos del Ministerio de Agricultura, posteriormente ampliados por Resoluciones de la Subsecretaría de pesca, o bien, por esta última después de la dictación del D.L. 2442 de 1978 que le contempla la facultad de otorgar o denegar permisos y, en caso de otorgarlos, las sanciones en caso de no respetarse por el beneficiario las normas legales o reglamentarias aplicables. Estas sanciones y las causales de caducidad contempladas en la legislación que resumí, son las únicas modalidades lícitas con que se puede modificar o poner término a la Autorización de Pesca otorgada legalmente. En consecuencia, ella implica el nacimiento de un derecho incorporal para el beneficiario del que no puede ser privado sino con arreglo a las normas bajo las cuales se le concedió. Si no incurre en ninguna infracción, no puede ser objeto de ninguna sanción.

Por tanto, quienes hayan obtenido Autorizaciones de Pesca, en cualquiera época, para trabajar en zonas determinadas, como son las de las empresas industriales pesqueras existentes hoy en Chile, son titulares de un derecho patrimonial que la Autoridad les confirió y del que no se les puede restringir o privar sin la indemnización correspondiente.

QUINTO: UNA CONSIDERACION.

Resulta inadmisibles en un Estado de Derecho suponer que inversiones cuantiosas en flotas, fábricas, infraestructuras y otros implementos, realizados con pleno conocimiento, aceptación y autorización de las autoridades estatales y sustentada en una actividad económica permanente, igualmente autorizada, pudiesen efectuarse con un mero título precario sujeto a la discrecionalidad administrativa y a los vaivenes legislativos que, incluso y a mayor abundamiento, derogan una garantía incorporada al patrimonio de los inversionistas junto con su derecho emanado de las Autorizaciones comentadas: la garantía del artículo 9 del Código Civil que preceptúa que la ley sólo puede disponer para lo futuro y no tendrá jamás efecto retroactivo.

Existe por consiguiente, en el proyecto que modifica la Ley General de Pesca, y específicamente en sus artículos 10 y siguientes, que "regulan" el acceso a la actividad pesquera, una modificación de los textos de las Autorizaciones de que son titulares las empresas afectadas, lo que constituye una restricción y/o privación del dominio que esas industrias tienen sobre los bienes incorporales constituidos por esos permisos.

LA CONSTITUCION.

1. La garantía del Derecho de Propiedad está consagrada en la Constitución en la siguiente forma, en la parte que interesa para este informe:

"El Derecho de Propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales o incorporales.

Sólo la ley puede establecer el modo de adquirir la propiedad, de usar, gozar y disponer de ella y las limitaciones y obligaciones que derivan de su función social. Esta comprende cuando exijan los intereses generales de la Nación, la seguridad nacional, la utilidad y la salubridad pública y la conservación del patrimonio ambiental.

Nadie puede, en caso alguno, ser privado de su propiedad, del bien sobre que recae o de alguno de los atributos o facultades esenciales del dominio sino en virtud de ley general o especial que autorice la expropiación por causa de utilidad pública o de interés nacional, calificada por el legislador. El expropiado podrá reclamar de la legalidad del acto expropiatorio ante los tribunales ordinarios y tendrá siempre derecho a indemnización por el daño patrimonial efectivamente causado, la que se fijará de común acuerdo o en sentencia dictada conforme a derecho por dichos tribunales.

A falta de acuerdo, la indemnización deberá ser pagada en dinero efectivo al contado.

La toma de posesión material del bien expropiado tendrá lugar previo pago del total de la indemnización, la que, a falta de acuerdo, será determinada provisionalmente por peritos en la forma que señale la ley.

En caso de reclamo acerca de la procedencia de la expropiación, el juez podrá, con el mérito de los antecedentes que se invoquen, decretar la suspensión de la toma de posesión..."

La Constitución de 1980, como lo muestran con claridad las Actas de las numerosas sesiones en que se debatió el tema en la Comisión de Estudio correspondiente y como aparece de los informes finales de esta Comisión y del Consejo de Estado, de 16 de agosto de 1978 y de 1º de julio de 1980, se propuso básicamente los siguientes objetivos:

- 1º. Robustecer la garantía del derecho de propiedad y proteger sus atributos esenciales.

- 2º. Admitir que la propiedad puede ser objeto de limitaciones y obligaciones para cumplir su función social, pero sin que ello pueda, en caso alguno, afectar la esencia del derecho de dominio.
- 3º. Establecer que la privación del dominio sólo puede hacerse por la vía de la expropiación, y
- 4º. Exigir en toda expropiación, autorizada siempre por ley, el pago de la indemnización total, al contado y en dinero, como requisito previo, anterior a la toma de posesión material del bien expropiado.

El informe final de la citada Comisión dijo textualmente:

"El derecho de propiedad, como lo expresáramos en la parte general de este informe, es básico para la existencia de una verdadera democracia, pues, en el hecho, permite el disfrute de la libertades públicas y especialmente de la libertad política.

Si la satisfacción de las necesidades más primordiales de la persona y de su familia dependen de la voluntad omnímoda del Estado, no hay ni puede haber libertad política. Un régimen que desconozca o debilite el derecho de propiedad, desconoce o debilita la democracia y asfixia la capacidad creadora del hombre, que es el gran motor que impulsa el desarrollo de los pueblos.

Mientras más respetuoso sea un Estado del derecho de propiedad y de su más amplia proyección que es la libertad económica, más libre será el modo de vivir y la actividad de las personas y, por cierto, ésta será más productiva y beneficiosa para el país. La nueva normativa que contiene el anteproyecto, junto con fortalecer el derecho de propiedad, reconoce la importante función social que él cumple".

Por su parte, el Consejo de Estado, en 1980, expresaba en su Informe al Poder Ejecutivo:

"En cuanto a las restantes garantías constitucionales que, según ya dijimos, conocen todos los chilenos, varias haya que se ven perfeccionadas o robustecidas en el proyecto.

Así ocurre, desde luego, con el derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales e incorporales (artículo 19, N° 24.). Las seguridades que en éste ámbito brinda el proyecto del Consejo son concretas y eficaces. Visto que los sólidos resguardos contenidos a este propósito en la carta de 1925 fueron paulatinamente sustituidos por fórmulas declamatorias y más o menos artificiosas, que demostraron su inutilidad frente a los desbordes de la demagogia, el proyecto vuelve a las fórmulas tradicionales contenidas en aquel

texto constitucional y las vigoriza, con una norma que representa la única garantía efectiva para el propietario. A falta de acuerdo, la indemnización deberá ser pagada en dinero efectivo al contado, reajustada desde la fecha en que se decreta la expropiación y con los intereses que fije la ley. Además, la toma de posesión material del bien expropiado tendrá lugar una vez pagado el total de la indemnización".

El dominio aparece, así, en la carta de 1980, como una garantía eficazmente robustecida que no puede, lícita ni jurídicamente, ser conculcada por la ley, ni por la Administración ni por terceros. Y una de las exigencias perentorias de la Constitución, que aquí interesa de modo especial, es la que estatuye que sólo a través de una ley que autorice la expropiación puede privarse a una persona de su propiedad, o del bien sobre el que se ejerce el dominio o de alguno de los atributos esenciales de este derecho, como serían su perpetuidad, el uso, el goce o la aptitud del dueño para disponer cuando libremente lo desee, de los bienes que tiene en dominio. No existe, por tanto, otro sistema legítimo para obligar a las personas a desprenderse de sus bienes actuales que la expropiación.

Esta garantía constitucional se extiende, así, a los derechos patrimoniales adquiridos los que no pueden ser afectados, restringidos o suprimidos por leyes posteriores. Son derechos adquiridos los que emanan de un hecho jurídico o de un acto jurídico, privado o surgido de la autoridad estatal, conforme a la legislación vigente y cuyos efectos se han incorporado al patrimonio de una persona, aunque hacer exigible esos efectos ocurra bajo el imperio de otra legislación.

Hay una sentencia de nuestra Corte Suprema que explica muy bien la tutela constitucional sobre los derechos adquiridos. Dice el fallo, en la parte que nos interesa:

"La irretroactividad de la ley civil no es un principio sino de la ley ordinaria: consecuentemente, el legislador puede dictar leyes civiles retroactivas, sean esas leyes de carácter modificador o interpretativo. Y la retroactividad puede establecerse mediante palabras sacramentales y expresas u otras que dispongan la vigencia de las normas desde una fecha anterior a su promulgación.

En principio, pues, la prohibición de atribuir efecto retroactivo a las leyes civiles sólo afecta al juez: pero ni éste, ni el legislador pueden dar ese efecto a la ley, cuando toca al derecho de propiedad garantizado por la Constitución Política" (C. Suprema, 3 de Julio de 1967), R., t. 64, sec. 1ª., pág.213).

La esencia del derecho de propiedad radica, por tanto, en la existencia y vigencia del dominio mismo, de la calidad de dueño y en la existencia y vigencia de los atributos esenciales ya indicados. En consecuencia, cualquier atentado que implique privación del derecho de dominio, en sí o en cualquiera de sus atributos, vulnera la garantía constitucional, y sólo puede hacerlo, en forma jurídicamente

válida, una ley expropiatoria dictada con los resguardos constitucionales establecidos. Si así no sucede la ley sería inconstitucional. Naturalmente, la ley podría, limitar, para el futuro, el acceso a la propiedad de bienes determinados por exigencias de la función social del dominio y de los bienes jurídicos que ella cautela. Ello es legítimo y constitucional. Pero, al tenor del texto explícito del inciso tercero del N° 24 del artículo 19 de la Constitución, ningún sistema que no sea el proceso expropiatorio creado por ley y con indemnización total y previa, puede producir la privación del dominio o de cualquiera de sus elementos esenciales, u obligar a que se produzca esa privación por un mecanismo no contemplado en la Constitución, como sucede en el artículo 25 del proyecto que priva del dominio de ciertos "excesos" de cuotas de pesca, declarando, simplemente, su caducidad. Ello es, abiertamente, inconstitucional.

Destaco, además, que en la garantía del Derecho de Propiedad, las limitaciones que pueda imponer el legislador por razones de función social del dominio, no podrán afectar a éste en su esencia ni en sus atributos esenciales, como son la exclusividad, la perpetuidad y los derechos que le son inherentes. Si la limitación o restricción abarca esos ámbitos, hay privación del dominio y ello requiere expropiación e indemnización previa y completa. No hay otro mecanismo constitucional.

En la industria pesquera concurren varias especies de dominio. En primer término, la más importante, la propiedad sobre las Autorizaciones otorgadas por la Subsecretaría de Pesca; luego, la propiedad sobre los recursos hidrobiológicos adquiridos mediante la captura legalmente autorizada. Luego, el dominio sobre las naves y sus aparejos en las que se realiza esa captura y, finalmente, el dominio sobre las plantas industriales en que se procesa la captura. Puede observarse que se produce para el empresario pesquero la concurrencia en su actividad de un cuadro complejo de varias propiedades que tipifican la actividad de un modo jurídicamente diferente de otros rubros empresariales. Porque el dominio de mayor relevancia y que origina y sustenta los demás, es el que el empresario tiene sobre las Autorizaciones de Pesca. Ellas han permitido adquirir embarcaciones, aparejarlas y dotarlas de los elementos para un adecuado funcionamiento: ellas han permitido la captura de los peces y adquirir su dominio: ellas han permitido crear y mantener plantas industriales y toda una estructura de venta y comercialización. Es obvio que todo este conjunto de bienes que forman y representan un valioso patrimonio empresarial, fuente de trabajo para miles de familias, no había sido posible fundirlo en una estructura productiva si el título primario, la Autorización gubernativa, fuere un título precario sujeto a la discrecionalidad de la autoridad administrativa. Por todo ello es preciso ratificar la conclusión, ya señalada, de que las Autorizaciones de Pesca constituyen, en su esencia, un título de dominio para ejercer la actividad, sin que obste a esta conclusión la circunstancia de que no sean transferibles sin autorización de la autoridad que las concede. En nuestro Derecho existen variadas situaciones en que los dueños, plenos, no pueden disponer y transferir, libremente, ciertos bienes, lo que, por lo demás se ajusta a la definición

del dominio que somete esa facultad a las limitaciones que impongan la ley o el derecho ajeno (Artículo 582 del Código Civil). Algunas de esas situaciones son:

- 1) El caso del heredero que sólo puede disponer de los bienes hereditarios de consumo con los otros herederos, mientras no se proceda a la partición (artículo 55 N° 2 del Reglamento del Registro Conservatorio de Bienes)
- 2) El caso de los copropietarios de inmuebles regidos por la ley 6071 que no pueden enajenar los bienes comunes (artículo 50).
- 3) Los casos de enajenación de partes de bienes raíces urbanos rurales que requieren de divisiones o autorizaciones previas en ciertos casos.
- 4) Los dueños de los derechos de uso y de habitación no pueden transferirlos (artículo 773 y 819 del Código Civil).

Los titulares de las autorizaciones de Pesca hoy vigente, tienen por consiguiente, dominio sobre ellas y están amparadas por la garantía del N° 24 del artículo 19 de la Constitución. Ello resulta de la naturaleza jurídica de esos instrumentos y de la lógica y de la seriedad que cabe exigirse de las autoridades públicas en un Estado de Derecho. Esas Autorizaciones han permitido, con conocimiento, con consentimiento y colaboración del Estado, que sus titulares creen flotas, fábricas y empresas que no pueden ser desmanteladas por actos legislativos posteriores no previstos en el estatuto jurídico bajo cuyo amparo se hicieron todas esas inversiones. Y conste que esta seguridad jurídica que se reconoció por el Estado y por el Derecho a los industriales pesqueros no es, en absoluto, incompatible con la preservación de la biomasa del Mar Chileno. La ley dispone de sistemas, que pueden ser perfeccionados y fundarse en estudios científico-técnico, para cautelar nuestra riqueza hidrobiológica. Las vedas, la fijación de tamaños mínimos para la captura, la prohibición y regulación de los zarpes de naves pesqueras y otros medios de control racional, pueden lograr fines idénticos a los que dice perseguir el proyecto que analizo, sin afectar derechos patrimoniales adquiridos y sin reemplazarlos por permisos temporales, sujetos a variadas decisiones de la autoridad en su inicio y en su terminación. El otorgar a permisos jurídicamente indefinibles la calidad de "transferibles" no mejora su naturaleza. El industrial pesquero prefiere su dominio sobre Autorizaciones que han permitido un enorme auge de la actividad, aunque no sean libremente transferibles, a una titularidad nominal sobre "permisos" cuya existencia, vigencia y extensión son claramente precarias, aunque se le dé calidad de transferibles. Una titularidad de esa naturaleza carece de toda las características de un derecho de dominio y de toda seguridad jurídica. No hay inversión ni actividad que pueda fundarse en una preceptiva legal tan inconsistente.

Conforme al texto del proyecto de ley modificadora de la Ley de Pesca, las Autorizaciones otorgadas de acuerdo con la ley anterior, quedan sin efecto por el

sólo ministerio de la ley (Artículo 18 del proyecto). Item más: Conforme al Artículo 1º transitorio, el 95% de las pesquerías existentes se declaran en plena explotación y sujetas a los regímenes de administración previstos en el Artículo 4º transitorio y conforme a este precepto, a las pesquerías se les otorgarán nuevos permisos temporales y, como he dicho esencialmente precarios. Desaparecen así, y se extinguen, las actuales Autorizaciones, sin indemnización alguna y termina, al margen de las causales de caducidad previstas, el estatuto legal que las empresas pesqueras incorporaron a su patrimonio, todo ello con grave daño económico para ellas.

CONCLUSIONES DE LA SEGUNDA PARTE.

De lo relacionado aparece que al eliminar los derechos de empresas que gozan de Autorizaciones otorgadas por la Autoridad conforme a la Ley y que forman parte de su patrimonio o al restringirlos gravemente, está el proyecto, concretamente a través de los Artículos 18 especialmente el inciso final, 25 y 1º y 4º transitorios, afectando el dominio que los titulares adquirieron para ejercer esas actividades productivas al tenor de un estatuto jurídico que no contemplaba como causal de término de sus facultades una nueva legislación que las desconociese. En consecuencia, los preceptos citados del proyecto modificador de la Ley de Pesca de 1989, desconocen la propiedad de los titulares sobre las Autorizaciones de que gozan, privándolos de su dominio sin expropiación ni indemnización previa y completa, todo lo cual contraría la garantía del Nº 24 del artículo 19 de la Constitución.

ENRIQUE EVANS DE LA CUADRA.

Santiago, julio de 1990.