

INFORME EN DERECHO

MARIO VERDUGO MARINKOVIC

INTRODUCCIÓN, OBJETO Y PLAN DEL INFORME	104
I. Descripción general del Anteproyecto y de su Título III	105
II. El Anteproyecto y la Supremacía Constitucional	108
1. Generalidades	
1.1. La Supremacía Constitucional	
1.2. Interpretación Constitucional	
1.3. Los Derechos Constitucionales	
1.4. Acerca del concepto de <i>discrecionalidad</i>	
2. El Anteproyecto y los Derechos subjetivos Públicos	
2.1. Las finalidades del Estado y el Fundamento Constitucional del Anteproyecto	
2.2. El Derecho a desarrollar cualquier actividad económica	
2.3. La libertad para adquirir el dominio de toda clase de bienes	
2.4. El derecho de propiedad en sus diversas especies	
III. A manera de conclusión	128
IV. Anexo	

INTRODUCCION

El presente informe tiene por objeto analizar la constitucionalidad del proyecto de ley que modifica la Ley 18.892 General de Pesca y Acuicultura, particularmente en lo que incide en el Título III del precitado cuerpo legal.

Por tratarse de un problema de constitucionalidad, sólo en forma incidental nos referimos a las normas que, como las previstas en el Código Civil chileno, son de rango o jerarquía puramente legal.

Lo anterior requiere, en primer lugar, caracterizar en términos generales el anteproyecto que se somete a nuestra consideración. Seguidamente, establecer el concepto y función de los derechos constitucionales. Finalmente, se examinará, si entre los derechos que la Constitución asegura a todas las personas existe alguno vulnerado o infringido por los preceptos sometidos a la consideración de la Honorable Cámara de Diputados.

Para la preparación del informe, junto a las fuentes convencionales, (Actas de la Comisión de Estudio, bibliografía especializada, jurisprudencia y otras), se considerará también necesario, la opinión de los profesores señores José Luis Cea Egaña y Enrique Evans contenidas en los informes en derecho que, junto al Anteproyecto se han puesto en conocimiento del suscrito.

I. DESCRIPCION GENERAL DEL ANTEPROYECTO Y DE SU TITULO III

El anteproyecto que, a través del Mensaje, el Presidente de la República somete a la consideración de la Honorable Cámara de Diputados, tiene por objeto modificar la Ley N° 18.892, General de Pesca y Acuicultura, cuya vigencia se encuentra diferida en 180 días por disponerlo así la Ley N° 18.977. El conjunto de preceptos que se proponen, persiguen, en lo fundamental:

- a) otorgar mayor consistencia técnico-jurídica a la legislación así al introducir algunas definiciones y corregir otras;
- b) modificar el régimen de acceso a la actividad pesquera extractiva así, su título II;
- c) establecer órganos participativos y procedimientos de actuación encaminados a otorgar eficiencia y eficacia a la Política pesquera que se trasunta en los restantes preceptos.

Ese triple objetivo que el anteproyecto persigue actualiza la finalidad esencial del Estado -cual es la de promover el Bien Común por mandato del artículo 1° de la Carta Fundamental- da cumplimiento a uno de los deberes estatales que se encaminan a esa finalidad fundamental -tutelar la preservación de la naturaleza, en conformidad al artículo 19, N° 8 de la Constitución- y, en fin, resulta coherente con compromisos internacionales adquiridos por el Estado de Chile y que integran el Derecho Internacional del mar.

Es así como la Declaración de Santiago de 1952 expresa:

"Este acuerdo de Chile, Perú y Ecuador establece que:

- 1° Los gobiernos tienen la obligación de asegurar a sus pueblos las necesarias condiciones de subsistencia y de procurarles los medios para su desarrollo económico.

- 2º En consecuencia, es deber cuidar de la conservación y protección de sus recursos naturales y reglamentar el aprovechamiento de ellos a fin de obtener las mejores ventajas para sus respectivos países.
- 3º Por lo tanto, es también su deber impedir que una explotación de dichos bienes fuera del alcance de su jurisdicción, ponga en peligro la existencia, integridad y conservación de esas riquezas en perjuicio de los pueblos que, por su posición geográfica, poseen en sus mares fuentes insustituibles de sus subsistencia y de recursos económicos que les son vitales".

Por lo anterior, y como lo expresa el Mensaje Presidencial, el anteproyecto se endereza a "regular la explotación de los recursos hidrobiológicos" para, de esa suerte, garantizar su preservación en el largo plazo obteniendo, a la vez, el máximo beneficio para el país producto de su explotación racional.

Para el cumplimiento de aquellas obligaciones estatales y con miras al logro de aquellos propósitos del todo coincidentes con las bases de nuestra institucionalidad previstas en el Capítulo I de la Carta Fundamental, se propone el establecimiento del siguiente estatuto referido al régimen de acceso a la actividad pesquera extractiva.

En el mar territorial y zona económica exclusiva de la República se establece un régimen general de acceso a la actividad pesquera extractiva industrial que se caracteriza, en lo fundamental, por obtener las siguientes reglas:

- a) Para acceder a la actividad es menester solicitar autorización a la Subsecretaría del ramo la que se pronunciará previo informe técnico, dentro del plazo que reglamentariamente se fije y con sujeción a las normas del ordenamiento jurídico (artículo 10, incisos 1º y 2º del anteproyecto y artículo 6 y 7 de la Constitución Política del Estado);
- b) La antedicha autorización, así obtenida, faculta al titular para el uso preferente de un bien nacional de uso público, por tiempo indefinido, a título gratuito y con carácter indisponible y lo obliga a proporcionar información técnica y a someterse a la normativa que regula la actividad.

Tal es, en lo fundamental, el régimen general de acceso que se propone y que sustituye al contenido en el párrafo primero del Título III de la Ley 18.892 y que se denomina régimen de libertad de pesca".

Ahora bien, a fin de conservar los recursos hidrobiológicos y propender a una utilización racional de los mismos que permita su preservación -objetivos esos que, como antes se dijo, gozan de supremacía constitucional y forman parte del derecho internacional del mar- se establecen los regímenes de plena explotación, especial y extraordinario de acceso.

Para la vigencia de cada uno de esos tres regímenes, es menester la previa declaración de "estado de plena explotación" de una unidad de pesquería (definida esta última, en el artículo 2, letra s) de la ley) a través de decreto ministerial.

La dictación de esta clase de decretos -expresa el anteproyecto- requerirá de informe técnico previo, debidamente fundado, de la Subsecretaría, del Consejo Nacional y del respectivo Consejo Zonal de Pesca.

Declarado el "estado de plena explotación" -a través de un procedimiento técnico y fundado, como se advierte- entran a regir cualquiera de los tres siguientes regímenes de acceso:

- a) Régimen de Plena Explotación propiamente tal: en este régimen, y a fin de tutelar la preservación del recurso, se asignan permisos de pesca a los buques pesqueros que demuestren haber realizado efectivamente actividades extractivas en la correspondiente unidad de pesquería durante los lapsos que la propia ley establece (artículo 15 del Anteproyecto);
- b) Régimen Especial: se aplica a los mismos armadores precedentemente señalados, asignándoles unidades de esfuerzo, previa información completa y fidedigna e "informes técnicos debidamente fundados" (artículos 16, 17 y 18).
- c) Régimen Extraordinario: en iguales condiciones a las precedentemente señaladas, se asignan, en este caso cuotas de captura (artículo 18).

Los permisos concedidos declarado el "estado de plena explotación", son transferibles e indivisibles una vez al año como máximo. Tratándose de los regímenes especial y extraordinario ellos son transferibles y divisibles (Artículos 17 y 18). Todos ellos son, además, onerosos, (Artículos 20 y 22).

Como es fácil observar, el Régimen de Acceso a la actividad Pesquera Extractiva, se funda en los siguientes principios y posee las siguientes características que conviene retener aquí para el posterior análisis de su constitucionalidad:

1. Se encuentra inspirado en el deber del Estado de tutelar la preservación del medio ambiente (artículo 19, N°8 de la Constitución), deber ese que, a su turno, se encamina a la finalidad fundamental del Estado, a saber, la promoción del Bien Común (artículo 1° de la Constitución Política del Estado);
2. Por lo anterior, establece un amplio sistema de acceso a aquellas unidades de pesquería que, por no hallarse en estado de plena explotación, no comprometen el bien jurídico cuya preservación -a la luz del N°8 del artículo 19- corresponde al Estado. Mas por el contrario, cuando ese bien corra riesgo en su preservación, aquel amplio sistema de acceso deja de aplicarse por modo parcial y temporal, regulándose, entonces, sin suprimirla, la actividad

extractiva, única manera, como se comprende, de conciliar el ejercicio de los derechos constitucionales y el Bien Común.

3. En el conjunto de aquellos regímenes, sólo se pueden, como se expuso, adoptar medidas suficientemente fundadas, previos informes técnicos emanados de órganos ampliamente participativos, a fin de regular efectivamente la discrecionalidad sin afectar, por otra parte, la necesaria flexibilidad que requiere la preservación de un recurso sometido a procesos dinámicos en permanente alteración. Esas medidas, con todo, se hallan sometidas a los controles de legalidad y constitucionalidad que, con base jurisdiccional, prevee el texto constitucional.

II. EL ANTEPROYECTO Y LA SUPREMACIA CONSTITUCIONAL

1. Generalidades

1.1. LA SUPREMACIA CONSTITUCIONAL:

El derecho no sólo es un conjunto de normas, sino un sistema. En el Derecho no pueden existir dos normas contradictorias; por eso la ley posterior deroga a la anterior, la norma inferior no puede contradecir a la de jerarquía superior, etc. Con ello se consigue la armonía esencial a todo Derecho. Hay en él además una jerarquía, en virtud de la cual cada norma vale por su referencia a otra norma; y el conjunto está referido a una norma fundamental.

La Constitución es precisamente, esa norma fundamental, la norma suprema que otorga base y unidad a todo el orden jurídico. Es en ella donde se encuentran los derechos humanos (individuales y sociales); la creación, forma, competencia y limitaciones de los órganos de gobierno. Es decir, la constitución contiene los principios esenciales del orden jurídico.

A fin de dar una adecuada protección a la supremacía constitucional, en el mismo texto fundamental se consultan mecanismos de tutela, en caso de contradicción. Entre una norma constitucional y una ordinaria no cabe la menor duda de cuál aplicar. (artículos 80, 82, 83).

De esta suerte, la norma constitucional se distingue de la ordinaria porque es superior, porque está protegida en forma especial, y por su contenido.

1.2. INTERPRETACION CONSTITUCIONAL

Ahora bien, la Constitución, como toda norma jurídica, debe ser permanentemente interpretada por el legislador, por el administrador; por el órgano jurisdiccional; por la doctrina; por el pueblo y las valoraciones socialmente dominantes.

¿Qué procedimiento debe aplicarse en la interpretación de la normativa constitucional? En forma unánime la doctrina nacional y extranjera coincide en que la Constitución debe ser interpretada como un todo, como un conjunto armónico. "La Constitución debe interpretarse como un conjunto armónico, en el cual el significado de cada parte debe determinarse en armonía con el de las partes restantes; ninguna disposición debe ser considerada aisladamente y siempre debe preferirse la interpretación que armonice y no la que coloque en pugna a las distintas cláusulas de la Ley Suprema". (Linares, Quintana, Segundo, "Reglas de la interpretación Constitucional" Plus Ultra. B.Aires 1987, pág. 84)

"La Constitución es un conjunto normativo sistemático y unitario por lo que las normas no deben interpretarse en forma aislada e inconexa sino relacionándolas y coordinándolas coherentemente, de forma que se logre la congruencia, armonía y compatibilidad entre todos ellos. (Bidart Campos, German, "La Interpretación y Control Constitucionales" Ediar, B. Aires, 1988, pág.236).

El Tribunal Constitucional, en más de una oportunidad ha dado explícita aplicación a este principio de hermenéutica constitucional: "La Constitución es un todo orgánico y el sentido de sus normas debe ser determinado de manera tal que exista entre ellos la debida correspondencia y armonía, excluyéndose cualquiera interpretación que conduzca a anular o a privar de eficacia algún precepto de ella". (21 de diciembre de 1987, consid. 4º).

Consecuente con lo expresado, al interpretar un precepto constitucional o invocar un derecho que el mismo asegura, es necesario, pues, procurar que ningún otro precepto constitucional, derecho o deber de los órganos del Estado resulte desmedrado. De otra parte no ha de desconocerse, al tiempo de interpretar los preceptos constitucional, el Capítulo Primero de la Constitución donde se contienen, por disposición expresa del Constituyente, las "Bases de la Institucionalidad", esto es, el conjunto de principios que constituyen el sustento o fundamento del orden jurídico y político de Chile.

Sobre el particular, cabe tener presente que, aún cuando todas las normas

de la Constitución tienen el mismo rango y comparten idéntica supremacía, los valores o bienes que cada una toma en cuenta admiten distinta jerarquía en un orden prelatorio de tipo axiológico, por lo que en caso de conflicto entre valores jurídicos contrapuestos la interpretación coordinadora de las normas de igual nivel ha de preferir el valor o bien de jerarquía mayor.

1.3. Los derechos constitucionales.

Establecido que los preceptos constitucionales han de interpretarse de modo teleológico y contextual -con arreglo, pues a los principios y deberes que el texto fundamental proclama, procurando armonizar el conjunto de preceptos que los constituyen- se comprende, luego, fácilmente, que los derechos fundamentales no equivalen a arbitrios o facultades ilimitadas con posibilidades de oponibilidad absoluta, sino, cosa distinta a facultades susceptibles de interferencias legítimas, esto es fundada en las normas y principios del propio texto constitucional que las establece. Así tener el derecho de libre expresión o de desarrollar cualquier actividad económica, por ejemplo, no quiere decir que todos los sujetos estén obligados en toda circunstancia a abstenerse de interferir con él. Tener esos derechos fundamentales quiere decir que ellos son posibles de interferencias legítimas provenientes de sujetos que tengan ese mismo derecho o algún otro del mismo rango -el derecho al honor, por ejemplo- o provenientes de los órganos estatales en cumplimiento de sus deberes constitucionales.

Sólo de esa manera, los derechos constitucionales escapan al reproche que Bentham les dirigía: la de ser inútiles o ser anárquicos. No son inútiles puesto que sólo pueden ser interferidos legítimamente; no son anárquicos, puesto que pueden ser interferidos y armonizados por el órgano público.

De otra parte, y como se comprende, las interferencias provenientes de la legislación -tal cual ocurre, como se verá con el anteproyecto acerca del que se nos ha solicitado opinión -ordinariamente tienen por objeto coordinar y armonizar el ejercicio de los derechos fundamentales por parte de todos los sujetos y, asimismo, asegurar su ejercicio a las generaciones futuras, puesto que un texto constitucional procura asegurar la integridad y continuidad de la comunidad política y no sólo garantizar el disfrute de derecho de las generaciones presentes. Por eso, y como se verá, es lícito restringir el ejercicio del derecho a desarrollar cualquiera actividad económica cuando, en mérito a consideraciones técnicas y suficientemente fundadas efectuadas por el órgano público, su ejercicio irrestricto pone en

peligro la propia actividad para el futuro. Nadie puede reclamar el ejercicio irrestricto de un derecho en contra el ejercicio futuro de ese mismo derecho o en contra de bienes jurídicos de superior jerarquía.

Este conjunto de principios generales ha de orientar el enfoque del problema planteado y, como se apreciará, ellos resultan armónicos con el texto constitucional que nos rige y las opiniones de los autores.

1.4. Acerca del concepto de discrecionalidad.

Preocupa a los profesores Evans de la Cuadra y Cea Egaña, la discrecionalidad que se reconoce en el anteproyecto en análisis, al órgano administrativo.

En esta contingencia conviene precisar, aún cuando sea en forma muy sumaria, algunos conceptos doctrinarios.

Se admite en doctrina que la discrecionalidad es una libertad, más o menos limitada, de apreciación del interés público a los fines de valorar la oportunidad de la acción y del contenido a dar a la acción misma (Alessi). Es la libertad que el orden jurídico da a la Administración para la elección oportuna y eficaz de los medios y el momento de su actividad dentro de los fines de la ley (Villejas Besabilbaso).

La existencia de la actividad discrecional es una resultante de la imposibilidad práctica de que las leyes limiten la competencia en todos sus aspectos y puedan determinar de antemano todas las situaciones reales que han de presentarse. Siempre se le escapan al legislador hipótesis no previsibles, hechos inesperados o complejos de hechos.

Con todo, nada más erróneo que confundir "discrecionalidad" con "arbitrariedad". La actividad discrecional, como toda actividad administrativa, debe desarrollarse conforme a derecho. Si bien deja una esfera de libre determinación legal no escapa al principio de la juridicidad.

Limitan la discrecionalidad:

- a) la razonabilidad;
- b) desviaciones del poder;
- c) buena fe y
- d) límites técnicos.

Para los efectos del punto que nos ocupa, reviste particular interés lo que atañe al límite técnico de la actividad discrecional que las normas jurídicas otorgan al administrador no significa que éste debe o pueda actuar en contra de las reglas técnicas cuando estas sean claras y uniformes.

Los motivos técnicos se aprecian como necesarios para la creación de una norma o acto: la orden de demolición de un edificio, por ejemplo, de los que la Administración no tiene ninguna facultad de apartarse. Es más, pueden enjuiciarse los resultados de la actividad administrativa en la medida que ésta no respeta las normas técnicas que la limitan.

Como se puntualiza más adelante, el régimen de permisos o autorizaciones que consulta el anteproyecto, otorga a los informes técnicos una función relevante.

Esclarecido lo anterior, pasamos al análisis de la relación entre el anteproyecto y los derechos subjetivos públicos.

2. EL ANTEPROYECTO Y LOS DERECHOS SUBJETIVOS PUBLICOS.

Establecidas las anteriores consideraciones, corresponde que, ahora, dilucidemos si en el anteproyecto sometido a nuestra opinión, existe algún precepto que vulnere o infrinja alguno de los derechos subjetivos públicos que el constituyente, en el artículo 19 de la Carta, asegura a todas las personas. Para ello, y antes de encarar el análisis de algunos de esos derechos, cabe, en primer lugar, referirse a la finalidad constitucional del Estado y a los deberes que, encaminados a esa finalidad, el constituyente impone a los órganos públicos su pena de nulidad según se sigue de los artículos 6 y 7 de la Carta citada.

2.1. Las finalidades del Estado y el fundamento Constitucional del Anteproyecto.

El artículo 1º de la Constitución Política de la República de Chile establece lo que a continuación se transcribe:

Artículo 1º:

"Los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos.

La familia es el núcleo fundamental de la sociedad.

El estado reconoce y ampara a los grupos intermedios a través de los cuales se organiza y estructura la sociedad y les garantiza la adecuada autonomía para cumplir sus propios fines específicos.

Es deber del Estado resguardar la seguridad nacional, dar protección a la población y a la familia, propender al fortalecimiento de ésta, promover la integración armónica de todos los sectores de la Nación y asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional":

La finalidad fundamental del Estado que ese artículo proclama es la de "promover el Bien Común", agregando el constituyente que, al servicio de aquella finalidad, el Estado debe respetar el principio de subsidiariedad (inciso 3º del artículo citado), resguardar la seguridad nacional y asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional. El restante contenido preceptivo del artículo podemos, por lo pronto, y atendida la naturaleza de la cuestión debatida, dejarlo en paréntesis. Sólo interesa enfatizar aquí que siendo la finalidad del Estado la de promover el Bien Común, los restantes deberes que el constituyente explícita se hallan encaminados a ese fin fundamental. Basta citar, al respecto, la opinión del señor Jaime Guzmán, cuya participación en la redacción del precepto comentado es pública y notoria: "De lo expuesto queda meridianamente claro que cuando el inciso final de la citada norma jurídica señala que, entre otros, es deber del Estado resguardar la seguridad nacional, está aludiendo a uno de los diversos elementos del bien común, sujeto a éste en su concepción y en sus aplicaciones prácticas. No se trata por tanto de una finalidad distinta y sobreañadida del Estado, porque el bien común general representa el único fin supremo del Estado. La seguridad nacional es, por ende, un componente o medio para lograr el bien común general y jamás podrá propiciarse como un fin equivalente -ni menos superpuesto- a éste. Allí radica la clave de su plena concordancia con los valores inherentes a la dignidad humana, y con las bases esenciales de un régimen democrático occidental como el que diseña el resto del articulado permanente de la misma Constitución Política.

Así se explica que el constituyente destaque como deberes del Estado, junto con el de resguardar la seguridad nacional, la de dar protección a la población y a la familia, propender al fortalecimiento de ésta, promover la integración armónica de todos los sectores de la nación y asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional.

Nadie podría pretender que ello aspira a ser un enunciado exhaustivo de la misión del Estado. El bien común general reviste múltiples otras dimensiones tan o más importantes que esas que el texto constitucional enuncia por vía ejemplar" (Seguridad Nacional en la Constitución de 1980", en: Revista de Derecho Público, N° 37-38 U. de Chile, 1985).

Ahora bien, establecido que los deberes del Estado se encaminan todos a la

prosecución del Bien Común General -como cosa diversa de los bienes particulares de miembros o sectores de la comunidad nacional- cabe preguntarse qué otros deberes, fuera de los enumerados en el artículo que antes se transcribió, se halla enderezados a esa finalidad fundamental, hallándose, en consecuencia, el Estado y sus órganos obligados a darle cabal cumplimiento. El conjunto de esos deberes son positivos o negativos, esto es, obligan al Estado a emprender acciones (en el primer caso) o abstenerse de ejecutarlas (en el segundo caso).

Ambos tipos de deberes, a su turno, están inspirados en el principio de subsidiariedad el que, como es sabido, obliga al Estado, por una parte, a realizar aquellas acciones que los grupos intermedios por su naturaleza y finalidades propias no pueden ejecutar y, por otra, a abstenerse de realizar aquellas acciones para las que los individuos se halla suficientemente dotados. La primera dimensión del principio vincula al Estado o deberes positivos; la segunda a deberes negativos.

Dentro de los deberes positivos del Estado, está el de "resguardar la seguridad nacional" ¿En qué se traduce ese deber que el constituyente asigna explícita y directamente al Estado entendiendo que se trata de una de aquellas actividades que los particulares jamás podrían, por sí mismo, tutelar?

En el texto donde se contiene el anteproyecto de la Constitución Política de la República de Chile, la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución expresa al respecto: "se dispone que es deber del Estado resguardar la seguridad nacional. Este deber ha entenderse por cierto, sin perjuicio del que le asiste a todo chileno de contribuir a su preservación y que está contemplado en el párrafo relativo a los deberes constitucionales del que nos ocupamos más adelante.

La seguridad nacional en los Estados modernos tiene especial trascendencia, ya que ella, en su más amplio sentido, no sólo comprende la defensa de la integridad territorial y de la soberanía nacional, sino que también el desarrollo del país, pues una Nación vigorosamente desarrollada está en mejores condiciones de superar con éxito las emergencias que puedan afectarle".

En el párrafo transcrito, donde consta la voluntad fidedigna del constituyente, se expresa, con toda claridad, que la Seguridad Nacional comprende la defensa de la integridad territorial, la soberanía nacional y también el desarrollo del país.

Ahora, bien, dentro del concepto de integridad territorial -cuya defensa es deber del Estado por expresa declaración del constituyente, como se acaba

de demostrar- se encuentra incluida la integridad del patrimonio ambiental. De ahí que el artículo 19, N° 8 de la carta constitucional al asegurar a todas las personas el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación disponga que: "es deber del Estado velar para que este derecho no sea afectado y tutelar la preservación de la naturaleza".

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

Comentando y explicando el sentido y alcance de aquel precepto, la Comisión de Estudio para una nueva constitución de la República de Chile, expresó lo siguiente: "Este nuevo derecho constitucional que contempla el anteproyecto lo estimamos de extraordinaria importancia, ya que tiende a preservar el medio en que el hombre vive y desenvuelve su actividad, hoy amenazado, muchas veces, por los avance de la misma civilización, al punto que más de un científico ha sostenido que la civilización está destruyendo al hombre".

"Una de las mayores preocupaciones de todos los países del mundo es, en efecto, el visible deterioro de los recursos naturales que ocasiona tan grave perjuicio a la vida y salud de las poblaciones".

"El Estado es la única organización revestida de autoridad y poder suficiente para procurar la preservación y enriquecimiento de este patrimonio que pertenece a la Nación toda".

"El nuevo derecho coloca a nuestro país en la línea de la más moderna legislación constitucional y demuestra que la soberanía nacional no sólo se ejerce cuando se cautela el ámbito, territorial, sino también cuando se protegen el medio ambiente y los recursos naturales".

"La nueva preceptiva contiene sobre esta materia las siguientes ideas precisas:

- a) del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Es deber del Estado velar para que este derecho no sea afectado y tutelar la preservación de la naturaleza.
- b) la ley podrá establecer restricciones específicas al ejercicio de algunos derechos o libertades para proteger el medio ambiente.
- c) La integridad territorial de Chile comprende la de su patrimonio ambiental".

En lo anterior -no podría ocurrir de otra manera- ésta además contesta la

doctrina. Así, el Profesor don José Luis Cea Egaña expone en su "Tratado de la Constitución de 1980", ("Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1988, pág. 206), bajo el título "Deberes patrimoniales específicos", lo siguiente: "De la Constitución en su contexto se desprende que hay numerosas obligaciones de índole patrimonial, algunas impuestas a la autoridad y otras a los gobernados. Sin pretender ser exhaustivos y sólo con el ánimo de ilustrar mi aseveración, dejando de lado los deberes genéricamente establecidos -ya analizados- deseo llamar la atención en torno de otros específicos. Sobre los titulares del dominio recae, en primer lugar, el deber de ejercitar sus derechos "en armonía con los intereses colectivos" porque la propiedad obliga a que sea utilizada con un sentido de función social. He aquí el aspecto subjetivo de dicha función, frente al cual está el aspecto objetivo, que es la potestad del Estado para imponer limitaciones y obligaciones que aseguren el cumplimiento efectivo de la función social de la propiedad.

Puede la ley, en seguida, establecer restricciones específicas al ejercicio de algunos derechos y libertades para proteger el medio ambiente, porque la integridad territorial de Chile comprende la de su patrimonio ambiental".

Del conjunto de antecedentes anteriormente expuestos y los demás contenidos en el presente informe, es posible concluir, por lo pronto, lo que sigue:

- a) Que la finalidad fundamental que legitima la actuación del Estado y sus órganos es la promoción del Bien Común General;
- b) Que dentro de los deberes cuyo cumplimiento contribuye a esa finalidad fundamental, está el de resguardar la Seguridad nacional;
- c) Que el resguardo de la Seguridad nacional comprende el resguardo y defensa de la integridad territorial;
- d) Que la integridad territorial comprende la conservación del patrimonio ambiental y la preservación de la naturaleza;
- e) Que, por lo mismo, el Estado y sus órganos están facultados para "establecer restricciones específicas al ejercicio de determinados derechos o libertades para proteger el nuevo ambiente" (artículo 19, N° 8, inciso final);
- f) Que, en consecuencia, el anteproyecto de ley que regula la actividad pesquera extractiva limitando su ejercicio para los casos en que por existir plena explotación de una unidad de pesquería, la misma se encuentre en peligro, es plenamente legítimo y constitucional, bajo ese respecto, puesto que actualiza y da cumplimiento a un deber fundamental del Estado que permite interferir

legítimamente los derechos constitucionales según por modo explícito, lo declara el N° 8 del artículo 19 tantas veces citado.

Dentro de esos derechos constitucionales -que en mérito a los antecedentes y disposiciones citadas pueden ser legítimamente interferidos- se encuentran los previstos en los números 21, 23 y 24 de la Carta. En ese orden se analizarán -sobre el supuesto de lo que ya se expuso- en lo que se sigue. Se citarán en cada caso, las opiniones vertidas en los informes en derecho que se nos han acompañado de los profesores Señores Enrique Evans de la Cuadra y José Luis Cea Egaña.

2.2. El derecho a desarrollar cualquiera actividad económica (artículo 19, N°21).

El precepto establece lo que sigue:

"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".

En relación a este precepto y emitiendo opinión acerca de la constitucionalidad del anteproyecto que estamos analizando, los Profesores Cea Egaña y Evans de la Cuadra expresaron que el mismo vulnera el precepto antes transcrito porque "configuran una potestad discrecional inadmisibles, cuya prohibición consta expresamente en los anales oficiales ya citados y que, a mayor abundamiento, se vuelve inconciliable con el ejercicio libre del derecho que asegura el Constituyente, pues al denegar las autorizaciones o suspender su otorgamiento, desaparece el derecho y, consecuentemente, tampoco cabe siguiente que él pueda ser ejercido" (José Luis Cea Egaña, Pág. 17 Informe) y "no "regula" el derecho a desarrollar la actividad de empresario e industrial pesquero sino que la entorpece y la dificulta, entregándola, en definitiva, en su ejercicio y en su extinción, a la discrecionalidad administrativa" (Pág. 31 Informe Evans, Enrique).

Para considerar cabalmente las opiniones referidas, conviene establecer que, según se dijo ya en la primera parte de este informe, el texto constitucional exige una interpretación orgánica, acorde con las bases de la institucionalidad, y que, por

otra parte, los derechos constitucionales no son absolutos u omnipotentes sino que admiten, con fundamento constitucional, interferencias legítimas.

Así las cosas, no puede desconocerse -sin abandonar el texto de la constitución- que:

a) El derecho a desarrollar cualquiera actividad económica supone limitaciones provenientes de:

- a.1. La moral;
- a.2. El orden público
- a.3. La Seguridad Nacional
- a.4. La normativa legal que regula la actividad, de la que formaría parte el Anteproyecto que estamos analizando.

b) Que la normativa legal a la que, en el ejercicio de ese derecho, los particulares han de someterse, puede:

- b.1. Regular la actividad *; (19, N° 21)
- b.2. Someterla a restricciones específicas para proteger el medio ambiente (19, N° 8)

c) Que interpretada armónicamente la Constitución se sigue:

- c.1. Que la finalidad del Estado es la de promover el Bien Común;
- c.2. Que, como se demostró antes, el Bien Común supone resguardar la Seguridad Nacional lo que, a su turno, exige tutelar la integridad territorial y la preservación de la naturaleza, motivo por el cual, en consonancia con los anteriores principios, el artículo 19, N° 21 establece como límite al derecho que reconoce, la Seguridad nacional y las leyes que, inspiradas en ella, regulen la actividad o la restringen específicamente en concordancia con el N° 8 del artículo 19.

d) Que, en consecuencia, y atendido que el Anteproyecto de Pesca y Acuicultura, restringe, sin suprimirla, la actividad económica, en aquellos casos que, a la luz de antecedentes técnicos y fundados, se encuentre en peligro la preservación del recurso hidrobiológico, el conjunto de sus preceptos antes que vulnerar la Constitución le dan cabal cumplimiento por la vía de realizar lo que el Constituyente ordena al Estado en los artículos 1º, 19, N° 8* 19, N° 21 inciso 1º.

Por lo expuesto, tampoco puede afirmarse que el anteproyecto entregue el ejercicio del derecho a la discrecionalidad administrativa infringiendo con ello, el texto constitucional.

Como quedó suficientemente demostrado al caracterizar en este informe el Anteproyecto de Pesca y Acuicultura, no puede sostenerse que él entregue la regulación de la actividad al arbitrio o discreción del órgano administrativo, pues las decisiones de último que el texto autoriza, han de ser siempre, y en todo caso, fundadas en informes técnicos emanados de organismos competentes y participativos, resultando, en consecuencia, que la declaración de "Estado de Plena Explotación" es una cuestión de hecho que el órgano competente habría de demostrar en su resolución la que, de otra parte, estará sometida a los controles ordinarios que el texto constitucional establece.

Que todo lo anterior no es inconstitucional, lo pone de manifiesto, en fin, la Profesora Luz Balnes -integrante de la Comisión que elaboró el texto en comento- la que examinando si es o no posible entregar al órgano administrativo la supervisión del derecho contemplado en el artículo 19, N° 21, expresa:

"En cuanto a si las limitaciones que pueden afectar al derecho para desarrollar cualquiera actividad económica y que se fundamenten en la moral, el orden público o la seguridad nacional, pueden ser impuestas por la ley o también cabe a la autoridad administrativa ordenarlas, a nuestro juicio, el segundo planteamiento sería el correcto, pues el constituyente no ha entregado específicamente esta materia al legislador por el artículo 60 de nuestra Carta Fundamental y bien sabemos que en la Constitución de 1980 la competencia legislativa debe estar indicada en forma expresa.

No cabría sostener que en este caso sería aplicable otra norma de carácter general y obligatorio que estatuya las bases esenciales de un ordenamiento jurídico".

A nuestro juicio, esta disposición ha consagrado las leyes de base o normativas en nuestro ordenamiento jurídico y no podrían entenderse como tales aquellas que simplemente establecieran limitaciones o prohibiciones para desarrollar una determinada actividad económica.

La doctrina correcta a nuestro juicio, sería:

- a) Que las limitaciones o prohibiciones al derecho para desarrollar cualquier actividad económica puedan ser ordenadas por la autoridad administrativa;
- b) Que la autoridad administrativa debe estar premunida de las correspondientes facultades legales de acuerdo al artículo 62 inciso 4, N° 2 que señala que las funciones y atribuciones de los servicios públicos deben establecerse por Ley.

El criterio de que la autoridad administrativa puede ordenar limitaciones o establecer prohibiciones a un trabajo o actividad económica, ha sido reconocido por la jurisprudencia de nuestros tribunales al rechazar un recurso de protección interpuesto en contra del Alcalde de Santiago, por haber prohibido en las "Café

Espectáculo" y "Salas de Espectáculo" la presentación de espectáculos que atentan contra la moral (C. de Apelaciones de Santiago. Rol N° 2541-82 abril de 1983, Rev. Gaceta Jurídica N° 35, pág. 65).

Este fallo guarda plena concordancia con nuestra tesis, expuesta anteriormente, en el sentido de que no es legislador la autoridad llamada a imponer las limitaciones o prohibiciones al derecho a desarrollar cualquiera actividad económica, pues esta competencia no le está asignada expresamente.

Será entonces la autoridad administrativa debidamente autorizada por ley, en conformidad al artículo 62 inciso 4, N° 2 la que podrá imponer a este derecho limitaciones o prohibiciones sustentadas en la moral, el orden público o la seguridad nacional ("El Derecho a desarrollar cualquier actividad económica", en: Revista de Derecho Público, N° 37-38 pág. 157-160).

2.3. La libertad para adquirir el dominio de toda clase de bienes (Artículo 19, N° 23).

El precepto constitucional establece lo que sigue:

"La libertad para adquirir el dominio de toda clase de bienes, 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".

Al tiempo de inteligir el sentido y alcance de ese precepto, es útil recordar una vez más las bases de la institucionalidad y con los otros preceptos de la Constitución que de nuevo y como no podría sino ocurrir, autoriza interferencias legítimas al anterior derecho constitucional.

Lo que el precepto constitucional asegura a todas las personas es la libre apropiabilidad sobre toda clase de bienes, esto es, el texto constitucional declara que, salvo las excepciones que el mismo contempla, todos los bienes son susceptibles de apropiación, descartando con ello el constituyente la institución de la "Reserva" que consagraba la Carta de 1925.

En otros términos, el texto se refiere a las cosas que son susceptibles del derecho de dominio. Establece, pues, qué cosas son objeto de dominio, sin pronunciarse ni referirse a cómo se adquiere el dominio de esas cosas.

Dentro de las excepciones que el artículo contempla, son dignas de destacar las que siguen:

- a. las previstas en otros preceptos de la constitución;
- b. las que establezcan leyes de quórum calificado estableciendo límites o requisitos para la adquisición del dominio de algunos bienes.

Refiriéndose al texto, como se dijo, a la aprobabilidad de los bienes, o sea, a qué cosas son susceptibles de propiedad, es manifiesto que las excepciones que contempla han de entenderse bajo ese respecto. Así, no hay duda, ha de ser de quórum calificado la ley que declara inapropiables ciertos bienes; pero, en cambio, no es menester que lo sea la ley que establece el modo de su adquisición que es lo que, como es evidente, hace el Anteproyecto en conformidad a lo previsto en el inciso segundo del artículo 19, N° 24 el que, a la letra, dispone:

"Sólo la ley puede establecer el modo de adquirir la propiedad, de usar, gozar y disponer de ella y las limitaciones y obligaciones que deriven 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".

Como se observa ese precepto:

- Reserva a la ley el establecimiento de los modos de adquirir la propiedad y las limitaciones que exija su función social;
- La función social -en base a cual es lícito limitar la propiedad y el modo de adquirirla- comprende "cuando exija" la conservación del patrimonio ambiental.

En consecuencia puede afirmarse que el anteproyecto en análisis:

- a) No legisla ni sobre la apropiabilidad o inapropiabilidad de los bienes, no pudiendo advertirse en él ningún precepto relativo al tema;
- b) Legisla, en cambio, sobre los modos de adquirir ciertos bienes -los hidrobiológicos- estableciendo, con respecto a esos modos, limitaciones y restricciones parciales y temporales que autorizan expresamente los preceptos contenidos en los artículos 19, N° 8 y 19, N° 24 inciso segundo los que, útil es recordarlo disponen respectivamente:

"El derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Es deber del Estado velar para que este derecho no sea afectado y tutelar la preservación de la naturaleza. La Ley podrá establecer restricciones específicas al ejercicio de determinados derechos o libertades para proteger el medio ambiente";

"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 cuanto exijan los intereses generales de la Nación, la seguridad nacional, la utilidad y la salubridad pública y la conservación del patrimonio ambiental.

2.4. El derecho de propiedad en sus diversas especies

Se ha sostenido por el informante señor Enrique Evans de la Cuadra, que el Anteproyecto en análisis infringiría el artículo 19, N°24 de la Carta Constitucional por cuanto -sostiene- privaría en su dominio a aquellas empresas que, a la entrada en vigencia de la nueva ley, realizaban actividades extractivas bajo el amparo de la antigua.

Textualmente, su informe expresa:

"De lo relacionado aparece que al restringir o suprimir los derechos que empresas que gozan de Autorizaciones otorgadas por la Autoridad conforme a la Ley y que forman parte de su patrimonio o al restringirlos gravemente, estaría el legislador afectando el dominio que los titulares adquirieron para ejercer esas actividades productivas, al tenor de un estatuto jurídico que no contempla como causal de término de sus facultades una nueva legislación que las desconociese. En consecuencia, los preceptos analizados del Anteproyecto de Ley de Pesca, 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 contrarían la garantía del N°24 del artículo 19 de la Constitución".

El precepto supuestamente vulnerado -según la opinión antes transcrita- está en lo que atañe al punto consagrado como sigue:

"El Derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales o incorporeales.

Sólo la ley puede establecer el modo de adquirir la propiedad, de usar, gozar y disponer de ella y las limitaciones y obligaciones que deriven de su función social. Este comprende cuando exijan los intereses generales de la Nación, la seguridad nacional, la utilidad y la salubridad públicas 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 señala 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...".

De la lectura de ese precepto, se sigue que lo protegido es el derecho de propiedad ya adquirido sobre bienes corporales o incorporales, es decir, en este último caso, sobre Derechos Reales o Personales respecto de los que hay también propiedad al tenor del artículo 583 que, según consta en actas tuvo a la vista el constituyente.

Para que la legislación resulte bajo este respecto inconstitucional es menester:

- a) Que un sujeto de derecho haya adquirido, en base a la legislación precedente, la titularidad del dominio;
- b) Que ese dominio recaiga sobre una cosa corporal -mueble o inmueble- o sobre una cosa incorporal, derecho real o personal;
- c) Que la legislación posterior la prive del dominio, del bien sobre que recae, o de alguno de sus atributos o facultades esenciales sin satisfacer los requisitos previstos en el inciso 3 del N°24 del artículo 19.

Ahora bien, para ser titular del dominio se requiere la concurrencia de un título y un modo (por ejemplo: título traslativo y posterior tradición) de un modo solamente (por ejemplo: ocupación) o, si la propiedad recae sobre derechos personales, de una fuente obligacional que haya dado origen, en conformidad al ordenamiento jurídico, al derecho respectivo. Fuera de esos casos se tiene no un derecho susceptible de dominio, sino una mera expectativa que no es pasible de propiedad. En consecuencia, no cualquier situación jurídica constituida al amparo de una legislación está amparada por la propiedad, porque, si así fuera, ello importaría que el Estado al legislar enajena su soberanía en manos de particulares, lo que, así podrían petrificar la legislación. Toda legislación nueva, como se comprende, afecta situaciones jurídicas

expectativas erigidas al amparo de la antigua, luego, si todas ellas equivalieran a dominio, toda legislación sería expropiatoria y obligaría al Estado a indemnizar a todos los habitantes lo que, como se comprende, no sólo es jurídicamente inadmisibile, sino absurdo.

Por consiguiente, a fin de determinar si los preceptos del anteproyecto que hemos venido analizando infringen el artículo 19, N°24, es necesario dilucidar si quienes realizaban actividades extractivas bajo la legislación que ahora se pretende sustituir poseían o no un derecho de dominio que pudiera ser infringido y, para el caso que ello ocurriese es menester precisar todavía si alguno de los preceptos del Anteproyecto -en particular los relativos a los regímenes de acceso- poseen un contenido prescrito que pudiera vulnerarlo por la vía de la privación. Si es el caso que quienes realizaban actividades extractivas al amparo de la antigua legislación no eran titulares de derecho alguno, o, si es el caso que poseyendo derechos ningún precepto del Anteproyecto es privativo. Es evidente, entonces, como se comprende, que el mismo no sería bajo este respecto, inconstitucional.

Para esclarecer lo primero -esto es, para esclarecer si quienes realizaban actividades extractivas al amparo de la legislación que se pretende sustituir poseía o no dominio- es necesario estar a lo que establece el DFL 5 que como se sabe, sistematiza el estatuto de la actividad pesquera.

En lo que a la cuestión debatida respecta, resulta relevante, para lo anterior, el artículo 17 del DFL. citado. El mismo expresa a la letra:

"El Subsecretario de Pesca es el colaborador inmediato del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción en la acción que sobre el sector pesquero le compete. Sus facultades son las siguientes:

- a) Proponer al Ministerio la política pesquera nacional y sus formas de aplicación;
- b) Proponer al Ministro los Reglamentos e impartir las instrucciones para la ejecución de la política pesquera nacional y fiscalizar su cumplimiento;
- c) Proponer al Ministro las normas de protección, de control y de aprovechamiento racional de los recursos hidrobiológicos disponibles y de su medio;
- d) 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 establecimientos de cultivos;
- e) Orientar la actividad del sector industrial hacia un eficiente aprovechamiento

de los recursos pesqueros;

- f) Fomentar la actividad pesquera artesanal;
- g) Promover y coordinar la investigación que requiera el sector pesquero, proponiendo su financiamiento.

Todos los proyectos de investigación pesquera para que tengan validez para los efectos de administración y de permisos de extracción, deberán contar con la aprobación previa de la Subsecretaría de pesca en la forma que determine el reglamento;

- h) Elaborar y difundir información sobre el sector pesquero;
- i) Promover y coordinar la capacitación profesional de los medios humanos del sector pesquero;
- j) Regular las actividades de pesca deportiva o recreativa y caza submarina; y
- k) Las demás que le confieren las leyes.

La autorización prevista en ese artículo equivale a un permiso a cuyo través no se concede más que la facultad de usar de modo preferente un bien nacional de uso público. Esa autorización no es susceptible de tráfico, pues la posee sólo aquel que la solicita y, en consecuencia, carece del *ius abutendi* esencial, como se sabe, al derecho de dominio. Para sostener que esa facultad de uso preferente forma parte del dominio o propiedad de quien la obtuvo, sería menester que equivaliese a una cosa incorporal, derecho real o personal. Ahora bien, es evidente que no es lo primero -un derecho real- puesto que no es el caso que recaiga sobre una cosa sin respecto o determinada persona que es como desde Gayo se define a ese tipo de derechos. Se trata, en cambio, de una facultad que se ejerce por referencia y bajo supervisión del órgano administrativo. ¿Es, en cambio, un derecho personal? Es evidente que tampoco lo es. Pretender que lo fuera equivaldría a sostener que el Estado sería respecto a quien realiza la actividad deudor de una obligación de no hacer: la obligación de no modificar el estatuto legal son pena de indemnización compensatorio de perjuicios. Se trataría de una enajenación de la soberanía inadmisibles a la luz del texto constitucional. Tampoco es el caso de estatutos legales convenidos por vía de contrato o de resoluciones jurisdiccionales a cuyo través se constituyen derechos reales por ejemplo la concesión de exploración y explotación de la propiedad minera.

El DFL N° 5 no es más que un estatuto legal que regula -en concordancia con el número 21 del artículo 19- la actividad económica. Pretender que bajo su amparo, y mediante el simple expediente de presentar solicitudes informativas a la autoridad respecto de las que no existe examen de mérito, pudo adquirirse un

derecho de dominio que impidiese al legislador modificar ese mismo estatuto legal en consonancia con las exigencias del Bien Común, como antes se demostró, resulta de todo punto de vista inadmisibile.

Más, no es necesario lo anterior para acreditar la constitucionalidad del Anteproyecto de modificación de la Ley de Pesca y Acuicultura, puesto que aún cuando aceptaremos -por vía de simple hipótesis- que hay un derecho de dominio, él, en ningún caso resultaría privado no afectado en ninguna de sus facultades esenciales, sino sólo limitado y restringido.

En efecto, el Profesor don Lautaro Ríos Alvarez, al tratar del "Principio Constitucional de Función Social de la Propiedad" (R.D.J. T. LXXXIV, N°2, 1987), y en torno a los conceptos de "limitaciones" y "obligaciones", expresa:- Limitación- según el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua (D.R. Acad)- es "acción y efecto de limitar o limitarse"; y "limitar" es: (3) fijar la mayor extensión que pueden tener la jurisdicción, la autoridad o los derechos y facultades de uno". No es apropiado -como ya vimos- nuestro léxico a los propósitos del constituyente que, desde una posición externa, intenta -por el contrario- fijar al dominio una amplitud menor que su extensión clásica, caracterizada por ser, justamente, absoluta, exclusiva y perpetua. El término apropiado -ya que de la propiedad se trata- para expresar el ideal del constituyente para ser su sinónimo "restricción", del latín restringere, que significa -según el D.R. Acad- "limitación o reducción". Restringir es "ceñir, circunscribir, reducir a menores límites"; y es éste el sentido y la acción que -sobre el contenido liberal y clásico del dominio pretenden los constituyentes modernos.

Con respecto al término "obligaciones", no debe olvidarse que se trata de imponerlas a la propiedad y no al propietario; y que la "obligación constituye" un vínculo que sujete (al obligado) a hacer o abstenerse de hacer una cosa (D.R. Acad.), necesitando -este vínculo- de un sujeto activo que lo ejercite. Por eso nos parece más apropiada la expresión "carga", que significa todo "gravamen real de la propiedad generalmente en la inmueble" (15, D.R.Acad.). En cualquier caso, se la denomine "obligación" o se le llame "carga", ellas importan una restricción de las facultades del dominio respecto del bien sobre el cual se imponen las obligaciones o las cargas".

No afecta, en consecuencia, el dominio el legislador cuando regula el modo de adquirirlo en consonancia con aquello que exige la conservación del patrimonio ambiental. Tampoco vulnera el dominio el legislador cuando establece restricciones específicas a su ejercicio por exigirlo la preservación de la naturaleza. Antes bien, cumple los deberes que la Constitución le impone y resulta, como se comprende, inadmisibile que, por ello, deba pagar a los particulares. Cuando el legislador preserva la naturaleza y protege el patrimonio ambiental, la integridad territorial y resguarda la seguridad nacional, también está protegiendo la posibilidad de ejercicio futuro del derecho. ¿Qué derecho

invocarían los particulares si por entorpecer hoy esos deberes legítimos del Estado se extinguiesen en el futuro los recursos hidrobiológicos cuyo manejo irrestricto hoy día se reclama?

Que el conjunto de los preceptos del anteproyecto son legítimos, según se ha venido demostrando, queda de manifiesto si se leen atentamente las siguientes palabras del profesor Enrique Evans a propósito del artículo 19 N° 8 en relación a los restantes derechos constitucionales ("Los Derechos Constitucionales". T. II, Editorial Jurídica de Chile, 1986, p. 159):

El precepto, en el inciso segundo, autoriza una legislación protectora del medio ambiente, la que podrá contener restricciones específicas al ejercicio de determinados derechos o libertades. Esta disposición es el complemento indispensable de la garantía. Pensamos que el legislador podrá complementar, especialmente, limitaciones al derecho de propiedad, ya que el inciso segundo del N° 24 del artículo 19 de la Constitución las considera expresamente para la "conservación del patrimonio ambiental", pudiendo llegar hasta la expropiación en la forma prevista por la Constitución. Creemos, además, que la ley sólo podrá imponer normas reguladoras del derecho a desarrollar cualquier actividad económica (artículo 19 N° 21, inciso 1°) y limitaciones o requisitos para adquisición del dominio de algunos bienes y de su uso y goce (artículo 19 N° 23, inciso 2°). Debemos destacar aquí que, en nuestra opinión, el legislador no está facultado para afectar otros derechos y que en esta materia deberá ser muy cauteloso, como se señaló en el C.E.N.C., sesión reseñada. Además, los preceptos legales que estamos propulgando habrán de establecer, ellos mismos, las restricciones concretas nunca generales, a ciertos derechos, sin que puedan delegar la especificación de las medidas que puedan adoptarse en otra autoridad. Esta podrá implementar, llevar a la práctica o cumplir la preceptiva legal; pero no podrá imponer por sí limitación alguna. El inciso segundo de este N° 8 de la Constitución es tan excepcional, que las normas de su ley complementaria tendrán que concebirse y tratarse siempre con criterio restrictivo.

Lo que hace el Anteproyecto en examen es justamente lo que el Profesor Evans reclama, a saber: consagrar "especialmente limitaciones al derecho de propiedad" y "restricciones concretas". Nunca generales, a ciertos derechos, sin que se delegue la especificación de medidas concretas en otra autoridad que el legislador". Autoridad esa, empero, que está encargada, como se explicó, de llevar a la práctica o cumplir la preceptiva legal.

Si la ley no impide el acceso a la actividad extractiva, sino, nada más por modo parcial, regula ese acceso sometiénolo a específicas restricciones exigidas por bienes jurídicos de mayor jerarquía, reconociendo, para ello, preferencia a quienes con anterioridad a la ley ejecutan la actividad es entonces manifiesto que no puede sostenerse que sea inconstitucional ¿De qué otra manera podría el Estado "preservar la naturaleza", la "integridad territorial" sino a través de esas

"restricciones específicas", ¿O es que se pretende que la concurrencia indiscriminada a la actividad extractiva, sin límite alguno en el manejo del recurso es la única Política Pesquera ajustada a la Constitución? ¿No se comprende acaso que ello significaría sostener que el Constituyente asigna al Estado deberes -como el de preservar la naturaleza o conservar el patrimonio ambiental- que sería, entonces, poco menos que imposible de cumplir?

Cabe puntualizar finalmente que esta línea interpretativa coincide plenamente con la doctrina jurisprudencial de nuestros tribunales, según se desprende de la lectura del estudio realizado por don Luis Felipe Bañados Munita publicado en Revista Gaceta Jurídica N° 107, y cuyo texto acompañamos como anexo al presente informe.

III. A MANERA DE CONCLUSIONES

Las consideraciones formuladas a través de todo el informe acerca de la constitucionalidad del anteproyecto en análisis, hacen en cierta medida innecesario este apartado. Sin embargo, a manera de síntesis referencial, recordamos las bases conceptuales sobre las cuales se construyó el informe.

1. La Constitución no es una yuxtaposición de normas sino que un todo orgánico. En consecuencia, ella debe ser interpretada, siempre, como un todo, como un conjunto armónico;
2. Todas las normas de la Constitución tienen el mismo rango, no obstante lo cual los valores o bienes que cada uno toma en cuenta admiten distinta jerarquía en un orden prelatorio de tipo axiológico. En caso de conflicto han de preferir el valor o bien la jerarquía mayor;
3. Los derechos fundamentales garantizados por la constitución no son absolutos, sino que tienen límites en su ejercicio. Los límites externos al ejercicio de los derechos fundamentales son por ejemplo: el derecho ajeno, la moral vigente, el orden público, y el Bien común;
4. El artículo 1º de la Constitución, junto con señalar como finalidad del Estado la de promover el bien común le impone deberes en orden a la consecución de ese objeto;
5. Por consiguiente, las limitaciones de los derechos fundamentales que en el anteproyecto se advierten, son plenamente ajustados al texto constitucional que en forma expresa autoriza "Restricciones específicas" y "limitaciones" a esos derechos, unas y otras que se hagan necesarias para conservar el patrimonio ambiental: artículo 19 N° 8 y N° 24 inciso 2º;

6. Las facultades discrecionales que el anteproyecto reconoce a la administración no implica en forma alguna libertad absoluta e indeterminación en la conducta del órgano. Limitan la discrecionalidad administrativa la razonabilidad, la finalidad de la ley, la buena fe y sustancialmente los informes técnicos. A mayor resguardo esta actividad queda bajo el control jurisdiccional (artículo 20 de la Constitución);
- 7 La Constitución en el N° 24 del artículo 19, sólo protege a los titulares del dominio y no a quienes tienen meras expectativas.

Finalmente, en virtud de todas las consideraciones expuestas nos parece innecesario y simplemente dilatorio someter el anteproyecto a un control preventivo ante el Tribunal Constitucional: la normativa en él consultada se encuentra perfectamente enmarcada en la preceptiva del Código fundamental.

Es cuanto puedo informar sobre el particular.

MARIO VERDUGO MARINKOVIC

Santiago, septiembre de 1990.