

SERGIO CARRASCO DELGADO
ABOGADO

C32
1991

I N F O R M E E N D E R E C H O

MODIFICACIONES A LA LEY DE PESCA

SERGIO CARRASCO DELGADO
ABOGADO

I N F O R M E E N D E R E C H O

M O D I F I C A C I O N E S A L A L E Y D E P E S C A

SERGIO CARRASCO DELGADO
ABOGADO

I _ N _ F _ O _ R _ M _ E _ E _ N _ D _ E _ R _ E _ C _ H _ O

PROYECTO DE MODIFICACIONES
A LA LEY GENERAL DE PESCA
Y ACUICULTURA.

- (TITULO TERCERO)
- (DISPOSICIONES TRANSITORIAS).

I N F O R M E.

Se me ha solicitado informar respecto de la constitucionalidad del proyecto de ley que modifica la ley N° 18.892, **General de Pesca y Acuicultura**, en actual discusión en el Congreso Nacional de la República, especialmente en cuanto al título III: "DE LOS REGIMENES DE ACCESO A LA ACTIVIDAD PESQUERA EXTRACTIVA INDUSTRIAL". Y A LOS ARTICULOS TRANSITORIOS VINCULADOS A ESTOS.

Para que pueda estudiarse el tema en su cabal amplitud y sea posible extraer conclusiones que lo caractericen adecuadamente, estimo necesario hacer referencia a los siguientes aspectos, que se numeran en forma correlativa en el presente estudio, al igual que en la nómina que a continuación se indica:

- 1.- Descripción de las normas del proyecto de modificaciones a la Ley de Pesca, en lo correspondiente a régimen de acceso;

- 2.- Datos sobre progresiva importancia de la industria pesquera, en general, y en la VIII Región,

en especial;

- 3.- Criterios sobre la explotación y conservación de los recursos de pesca;
- 4.- Evolución legislativa y reglamentaria en materia de pesca. Acuerdos Internacionales suscritos por Chile;
- 5.- Naturaleza jurídica de las Pesquerías y de los denominados Derechos de Pesca;
- 6.- Aspectos constitucionales vinculados al tema, Orden Público Económico;
- 7.- Objetivo y disposiciones constitucionales que deben considerarse preferentemente. Bien Común y sus aplicaciones. Comunidad Nacional;
- 8.- Interpretación de la Constitución Política de la República; y
- 9.- Resumen y Conclusión.-

1.- DESCRIPCION DE LAS NORMAS
DEL PROYECTO DE MODIFICACIONES
A LA LEY DE PESCA, EN LO CORRES-
PONDIENTE A REGIMEN DE ACCESO.

El Título III del Proyecto de modificaciones a la Ley N° 18.892, presentado por el Gobierno al Congreso Nacional, se refiere a los regímenes de acceso a la actividad pesquera extractiva industrial.

Está basado en la idea que las principales pesquerías nacionales han llegado al estado de plena explotación, por lo que son necesarias restricciones para preservarlas en el tiempo, teniendo en cuenta que éstas tienen características propias según la zona o región del país en que se encuentran.

Establece el Proyecto, en general, cinco sistemas que permiten acceder a los recursos, uno referido a los subexplotados y cuatro a las pesquerías plenamente explotadas.

Para los recursos subexplotados propone en el párrafo 1 del Título III, (art. 10 al 13) el "Régimen general de Acceso", basado en autorizaciones y resoluciones de la Subsecretaría de

Pesca, que viene a reemplazar el registro automático contemplado por la Ley cuya aplicación se encuentra suspendida. Estas resoluciones serán indefinidas, gratuitas e intransferibles, requerirán la utilización de naves matriculadas en Chile y que cumplan con la Ley de Navegación, estableciéndose otras disposiciones menores. Se contempla que cuando una pesquería alcance un nivel de explotación que haga necesario su estudio para determinar si debe ser declarada en Estado de plena explotación, por Decreto del Ministerio de Economía, previo diversos informes técnicos, se suspenderá el otorgamiento de autorizaciones para esta pesquería por un lapso que se indica, y si transcurrido el plazo no se declara en plena explotación, automáticamente se restablecerá el régimen general de acceso. El solicitante de autorización de pesca debe reunir varios requisitos, llevándose un sistema de registro de las autorizaciones y permisos, los que a su vez deberán inscribirse, otorgándose a su titular un certificado de inscripción. Esta inscripción es solemnidad habilitante para ejercer el derecho inherente a un permiso.

Por su parte, para los recursos plenamente explotados se proponen cuatro regímenes:

a) El llamado "Regimen de plena explotación", propiamente tal (arts. 14 y 15), basado en la declaración de las unidades de pesquerías como sujetas a

este régimen, lo que se llevará a efecto por un Decreto del Ministerio de Economía dentro de los primeros seis meses del año calendario y que regirá por un plazo que no podrá exceder de tres años.

Bajo este régimen se otorgarán permisos de pesca a los armadores pesqueros industriales que demuestren pesca en la pesquería de que se trate, en un período no inferior a seis meses dentro del año anterior a la fecha de entrada en vigencia del que la declare en estado de plena explotación. Los permisos deben indicar las naves que pueden operar, con sus características, deben comenzar a regir en el año calendario siguiente a la declaración de régimen de plena explotación, y son transferibles, divisibles, no arrendables ni cedibles en comodato. Se contemplan, según el texto, normas que regulan la sustitución de naves pesqueras conforme a un reglamento.

La Subsecretaría de Pesca, dentro del último bimestre de cada año, mediante resolución y previo informe técnico del Consejo Zonal de Pesca que corresponda (requisito que se establece para la declaración y emisión de actos administrativos de todos los regímenes), podrá establecer una cuota anual de captura por especie para que rija el año calendario siguiente. Se contemplan, también, normas para proceder a la modificación de la cuota fijada en el período en que se esté actualmente

aplicando.

b) El "Régimen especial de acceso" en el cual se asignará a cada armador unidades de esfuerzo, involucrando el cierre de la pesquerías a nuevas embarcaciones. Está contemplado (arts. 16 al 19 del Proyecto) junto al Régimen Extraordinario y la asignación se hará tomando en consideración el esfuerzo anual base de referencia y la determinación proporcional que cada armador tiene en ella conforme a características de las embarcaciones que han participado en la pesquería en períodos anteriores que se señalan.

Este régimen será declarado en los primeros sesenta y cinco meses de cada año calendario mediante Decreto Supremo, previos los informes técnicos. Los permisos especiales de pesca indicarán el porcentaje del esfuerzo pesquero que podrá capturar anualmente el permisionario en una unidad de pesquería determinada, comenzarán a regir el año calendario siguiente al de la declaración del régimen especial de acceso y serán divisibles y transferibles por una vez en el año, no pudiendo ser arrendados ni cedidos en comodato.

El Ministerio de Economía mediante Decreto Supremo, dentro del último bimestre del año calendario en que se declare una pesquería en régimen especial de acceso, establecerá el esfuerzo

anual base de referencia y dentro de igual período de cada año calendario siguiente al establecimiento del esfuerzo, mediante resolución, fijará (previos los informes técnicos) el esfuerzo anual de pesca.

c) El "Régimen extraordinario de acceso" que incorpora el Proyecto de Ley (arts. 16 al 19) asigna cuotas de captura individual transferibles. Para la asignación individual inicial de cuotas de captura se considerará la cuota anual base de referencia y el promedio aritmético de las capturas anuales de cada armador individual obtenida en el período de tres años anteriores a la declaración del régimen extraordinario de acceso. El período del año en que se declarará el régimen por el Ministerio de Economía, mediante Decreto Supremo, es el mismo del régimen especial.

Los permisos extraordinarios de pesca deberán indicar el porcentaje de la participación relativa de una especie hidrobiológica determinada que podrá capturar anualmente el permisionario. La fecha en que deben comenzar a regir los permisos es la misma que se establece en el régimen especial ya referido y se agrega que 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.

La cuota anual base de referencia se fijará mediante Decreto Supremo, previo informes técnicos, el último bimestre del año calendario en que se declare una pesquería en régimen extraordinario y en igual período de cada año calendario siguiente al establecimiento de esta cuota, establecerá mediante resolución la cuota anual de captura.

Se indica, además, un procedimiento para pasar de un régimen especial o extraordinario a uno de plena explotación, así como, del especial al extraordinario o viceversa. El Título III contempla (párrafo 4^o) normas comunes a los regímenes de plena explotación, especial y extraordinario de acceso.

Se prescribe que los permisos facultan a los titulares a pescar por tiempo indefinido, afectos al pago de una patente única pesquera de carácter anual y de beneficio fiscal, por cada embarcación autorizada, la que está en relación con las toneladas de registro grueso de las naves. Hay normas para garantizar la pesca artesanal; otras relativas a la variación del esfuerzo anual de pesca o la cuota anual de captura; asignación mediante propuestas de los excedentes productivos y reasignación de los porcentajes de participación, porcentajes límites de las unidades de esfuerzo o cuota anual de captura y del tonelaje de registro

grueso que puede poseerse, sanciones a la transgresión de éstos; sanciones al titular de un permiso especial o extraordinario de pesca que sobrease su asignación individual en un año calendario; renuncia del titular de un permiso o declaración de caducidad; situación en el caso de defunción del titular de un permiso, etc; y

d) Al margen del Título se establece un "Régimen preferencial de acceso" (art. 127), que está destinado a los armadores que tengan plantas procesadoras o elaboradoras de productos para consumo humano directo y naves con autorizaciones vigentes, quienes pueden optar por el régimen de permisos del Título III de la Ley, pudiendo usar libremente la captura de sus naves o destinar en forma exclusiva sus capturas al abastecimiento de dichas plantas, quedando exentos de los permisos especiales o extraordinarios y del pago de patentes, recibiendo permisos preferenciales. Se busca incentivar el incremento del valor agregado de la producción, destinando el pescado a productos de consumo humano.

Las disposiciones transitorias del proyecto se refieren a unidades de pesquería que se declaran en plena explotación; vigencia de normas reglamentarias sobre restricciones al uso de aparejos de pesca; restricción de ingreso a las áreas de pesca para naves o embarcaciones distintas a las ya autorizadas y que hubiesen informado capturas dentro de los doce meses anteriores, en el período que indica, con excepciones que señala; otorgamiento de permisos; evaluación de las pesquerías; actividades de acuicultura y suspensión del ingreso de nuevas solicitudes y situación de las personas autorizadas para el efecto del registro (artículos 1, 2, 3, 4, 5 y 6 transitorios). Normas vinculadas a las disposiciones del Título Tercero del proyecto.

2.- DATOS SOBRE PROGRESIVA
IMPORTANCIA DE LA INDUSTRIA
PESQUERA, EN GENERAL, Y EN LA
VIII REGION EN ESPECIAL.

La actividad pesquera está presente desde los primeros tiempos de la vida humana, pero su desarrollo industrial es relativamente reciente.

La condición marítima de Chile, país de una costa de aproximadamente 4.300 kilómetros a lo que deben agregarse los desdoblamientos, además del territorio antártico, con más de 1,6 millones de kilómetros cuadrados de Zona Económica Exclusiva, más de 700.000 hectáreas de superficie de aguas continentales y poseedor de una cifra superior a 100 especies de importancia comercial que se encuentran a través de las diversas regiones y zonas de pesquería del país, ha debido originar, desde siempre un carácter de tal naturaleza a la actividad nacional.

No obstante, es sólo en el siglo XX cuando comienza la que con propiedad puede denominarse "Industria Pesquera". En 1920 se instala en Talcahuano la primera planta conservera y, posteriormente, en Calbuco, Iquique, Antofagasta, Valparaíso y San Antonio.

Entre los años 1940 y 1960 comienzan a organizarse diversas industrias pesqueras con muchas deficiencias tecnológicas y dificultades de inversión; ello especialmente en la zona Norte del país, gracias a los aportes de la Sección Industrias de la CORFO.

Entre los primeros esfuerzos relativos al conocimiento científico de los recursos marinos del país se encuentran, entre otros; la expedición de la Corporación de Fomento de la Producción, 1944-1945, en el buque "Vidal Gómez"; la Estación de Biología Marina 1955-1956; el programa de Asistencia Técnica de la República Federal Alemana, 1958; la Expedición Agrimar; la actividad del Departamento de Pesca y Caza en colaboración con el Departamento de Navegación e Hidrografía de la Armada, denominada "Mar Chile", 1960; la participación de Chile en el año Geofísico Internacional.

Estas actividades constituyen elementos de pionera preocupación acerca de un aspecto de tanta importancia para el desarrollo, en condiciones armónicas, de la industria pesquera.

La descripción de datos al inicio de 1950, indica lo aún reducido de la actividad referida; así, la producción de pescado y mariscos

entre 1938 y 1947 fluctuaba entre 30,150 toneladas y 58.329, respectivamente, o sea, algo más del 1% de la captura estimada para 1990; y en 1946 sólo empleaba 1130 obreros y 79 empleados (Ver Montt de Ferrari, Marcelo., "La Pesca Industrial en Chile", Valparaíso, 1949; págs.61 y 99).

Esta situación varió al dictarse en 1960, el Decreto con Fuerza de Ley N° 266, que estableció un régimen preferencial tributario destinado a impulsar el desarrollo del sector pesquero, modernizándose también la pesca artesanal y generando un aumento considerable de la actividad con grandes proyectos de inversión que posibilitó la ampliación y modernizó las instalaciones, favoreciendo el establecimiento de nuevas plantas, lo cual se mantuvo hasta 1968 y se restableció desde 1975; y recientemente, con un considerable aumento en dicha actividad.

Considerando el Sector Pesquero Industrial de la Región del Bío-Bío, ésta se ha desarrollado notablemente durante los últimos 10 años, contribuyendo decisivamente a que Chile pase a ser el sexto país en captura mundial con el 5,3% de participación, no obstante la experiencia y actividad muy anterior de otros países. En las exportaciones chilenas la pesca ocupa hoy el segundo lugar de importancia, con el 11,3%, superando las exportaciones forestales y agrícolas. Del total

de la pesca nacional el 38% provino de la VIII Región en 1988 y en 1989 llegaría al 50%, lo que muestra como su participación ha crecido significativamente en este decenio, transformando a Talcahuano en el primer Puerto Pesquero Nacional.

El crecimiento del PGB pesquero en la VIII Región, para la década 80-89, alcanzó a un 48,3% en contraste con el 10.9% obtenido por este mismo sector para la totalidad del país. Esta realidad es más notoria, si se comparan las cifras mencionadas con la tasa del 29,3%, correspondiente al crecimiento del PGB nacional en ese mismo período. La participación de la VIII Región en el PGB pesquero nacional, a su vez, presenta una tendencia creciente con leve baja en 1983, pasando de un 13.57% en 1980 a un 36,5% en 1989. Por otra parte la participación del Sector Pesquero en el PGB regional ha evolucionado desde un 0.82% en 1980 a un 3.66% en 1989.

El Sector dedicado a la pesca industrial, está formado por más de 30 empresas, empleando una mano de obra directa de 15.000 trabajadores. Los promedios de remuneración oscilan entre cien y ciento veinte mil pesos mensuales. Generará en 1990 más de doscientos cincuenta millones de dólares en divisas, y el total de captura en su ámbito de pesca que abarca de la V a la IX Regiones será de más de 2.500.000 toneladas. Hay 44 plantas

procesadoras en la Región del Bío-Bío que incluyen elaboración de harina y aceite de pescado, conservas y pescado congelado, muchas con la más moderna tecnología del país y Sudamérica.

Para obtener estos resultados, las industrias han efectuado inversiones -en los últimos tres años- por un total de 240 millones de dólares, incluidos 30 millones de dólares destinados a combatir la contaminación, 150 millones de dólares en modernizar su flota y 60 millones en incorporar una nueva tecnología y equipamiento. La flota pesquera de la VIII Región está constituida hoy, por 114 barcos y el grueso de la captura lo forma el Jurel, con porcentajes menores de Sardina, Merluza y Anchoveta. El destino de la pesca se distribuye en un 77% para la harina de pescado, un 14% para aceite de pescado, 5% para conservas y 3% para congelados. La capacidad de bodega del Sector a diciembre de 1989 es de 48.185 metros cúbicos. La harina de pescado producida en la Región del Bío-Bío, que ha alcanzado niveles de 500.000 toneladas al año, tiene ventajas sobre el resto de las producidas en el país por su mayor valor proteico, en virtud de los recursos pesqueros de mejor calidad.

La actividad pesquera de la Región del Bío-Bío, para estos efectos, zona centro sur del país, es desarrollada por Industrias de tamaño mediano, no representando ninguna de ellas más del

12% de la pesca regional. Esto indica la existencia de una competencia real y un desarrollo equilibrado, excluyéndose actividades monopólicas o absorbentes.

Debe consignarse que si bien en la Región del Bío-Bío hay empresas que datan de hace más de 40 años, la expansión pesquera es, como se ha dicho, relativamente reciente y que ha tenido su desarrollo más vigoroso en el último decenio.

(FUENTES:

- SERPLAC Región del Bío-Bío, "Análisis general del sector pesquero regional" (1990).-
- Banco Central de Chile, departamento de Cuentas Nacionales, 1987, 1988, 1989, "Estimaciones en base a Índice de actividad económica regional".
- Facultad de Ciencias Económicas y Administrativas, Universidad de Concepción.
- Servicio Nacional de Pesca.
- Corporación de Fomento de la Producción, "El Sector pesquero Chileno 1989"(1990).

3.- CRITERIOS SOBRE LA EXPLOTACION
Y CONSERVACION DE LOS RECURSOS
DE PESCA.

Para que el análisis del caso pueda ser realmente completo, es indispensable considerar algunos criterios sobre la realidad de los recursos de pesca.

Se ha consignado al describir sucin-
tamente el desarrollo de la actividad pesquera, que sólo después de 1940 se han realizado en Chile estudios para conocer efectivamente las riquezas marinas de la nación y, por consiguiente, ^{para} la formación y capacitación del personal, radicando, además, en servicios especializados las funciones de tal entidad.

El aumento considerable de la actividad hace que la necesidad de fijación de criterios para establecer la realidad de los recursos pesqueros se haya convertido en urgente. En 1980 se señalaba: "si consideramos que la Ley de Pesca actualmente en vigencia data de 1931, nos damos cuenta que sus disposiciones están concebidas para un sistema pesquero antiguo y un sector que existió hace ya casi 50 años, por lo cual no se compadece con las necesidades actuales y carece de

Las bases científicas y técnicas que ahora existen" ("Consideraciones sobre la situación actual del sector pesquero y algunos lineamientos de política para su desarrollo", Subsecretaría de Pesca, Ministerio de Economía, Fomento, Reconstrucción, julio 1980, pág. 209).

La situación mundial sobre la materia ha llevado a buscar establecer medios jurídicos que básicamente compatibilicen:

- a) La conservación de los recursos; y
- b) La realización de la actividad; y
- c) La seguridad jurídica para las deseadas inversiones.

El criterio de libre acceso está hoy, comprensiblemente descartado. Sin duda maximiza las utilidades directas del usuario (Ver Seyon Brown/ W. Cornell/ Larry L. Fabian/ Edith Brown Weiss, "Regímenes jurídicos para el uso del océano, la atmósfera y el espacio exterior (1982)), pero no cumple ninguno de los objetivos establecidos en el párrafo anterior.

De ahí que las naciones con mayor visión sobre la materia han procurado "controlar el denominado esfuerzo pesquero", y "...las razones para controlar el esfuerzo pueden tener justificación en teoría o en la práctica, o bien, en ambas"

(John R. Beddington y R. Bruce Rettig, "Criterios para la regulación del esfuerzo de pesca", Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación, Roma, 1984, pág. 1).

Las pruebas y estudios realizados han demostrado que una pesquería sin control sigue un mismo curso: "En un principio, a medida que la pesca se desarrolla los pescadores obtienen unos índices de captura altos en los recursos abundantes logrando beneficios considerables. Este fenómeno atrae a otros pescadores que se incorporan en la industria estimulando a aquellos que ya participan en ella para que aumenten sus inversiones. Al Aumentar la presión pesquera se reducen las poblaciones ícticas y aumenta la competencia entre los pescadores para explotar unos recursos en decadencia. Así se reducen los índices de captura y, en consecuencia los beneficios, hasta alcanzar un nivel... en donde la rentabilidad económica es inexistente. (John R. Beddington y R. Bruce Rettig, ob. cit; pág. 1).

Es decir, sería previsible el desencadenamiento de la crisis económica y agotamiento del recurso pesquero. Se maximizarían transitoriamente los ingresos, pero se produciría en breve plazo un deterioro no sólo de la actividad sino que de las riquezas marinas en general, y lo que es peor en forma casi permanente. Más aún si se per-

sistiera en mantener altos niveles de explotación cuando está disminuyendo la población íctica. Citan los autores, como "ejemplos espectaculares", los de la anchoveta, frente a las costas del Perú y los del araque en el Atlántico Norte.

Es, entonces, un hecho que el libre acceso ha tenido como consecuencia, en muchos Estados, un grado importante de agotamiento del recurso. "Ahora se acepta de manera general que el régimen de libre acceso no sobrevivirá a la década de 1970. Esta fue, en verdad, la premisa de la Tercera Conferencia de las Naciones Unidas sobre Derecho del Mar" (Seyon Brown y otros. Ob. cit; pag 33).

Ello ha llevado finalmente a países que realmente se han preocupado de conservar sus recursos marinos -permitiendo la explotación racional de estos- a fijar desde los años 1960 en adelante, criterios de regulación del acceso, administrándolos consecuentemente. Para esto se han establecido cuotas, por captura o por embarcaciones, según montos históricos; se han asignado licencias en base al respeto de "derechos históricos", restringiendo su otorgamiento según diversos factores, v/gr. prefiriendo a los pescadores del sector determinado, etc. En suma, han ejercido el deber de resguardo de sus intereses como naciones, respetando los derechos de quienes han afrontado con traba-

jo e inversión la, con frecuencia, incierta actividad industrial pesquera

En tal situación pueden señalarse los casos de Australia, Canadá, Estados Unidos, Japon, Islandia, Malasia, Noruega, Nueva Zelandia, países todos cuyos niveles de desarrollo son apreciables.

En la materia parece en Chile abrirse camino un criterio similar.

- 5) Código Civil de 14 de diciembre de 1855, que contiene normas en materia de espacios marítimos y de pesca, y
- 6) Leyes, sobre la caza de la ballena, de 1863; aceite de pescado, 1868; organización pesquera, en 1877, de prohibición de caza o pesca de algunas especies, de 1893; de prohibición de uso de elementos explosivos para la pesca, de 1898; de fomento pesquero, de 1907; protección pesquera, decreto con fuerza de ley 685 de 17 de octubre de 1925.

La creciente importancia de la actividad pesquera, principalmente industrial, hizo necesario dictar, desde 1931 una mayor y más especializada legislación en materia de pesca, respecto de la cual puede consignarse:

- 1) Decreto con fuerza de ley N° 34, de 12 de marzo de 1931, publicado en el Diario Oficial de 17 de marzo de 1931, dictado de conformidad a la ley de facultades extraordinarias N° 4.945 y que deroga los decretos leyes N° 685 y 814 de 1925. Dicho cuerpo legal es conocido como "Ley General de Pesca", reguló las actividades pesqueras, métodos, prohibiciones y restricciones, administración; denominando al Departamento de Pesca de; Ministerio de Fomento, como Dirección General de Pesca y Caza y señalando como obligaciones, entre otras:

"Art 15, a) Realizar los estudios técnicos y científicos y las experiencias que conduzcan al progreso de la industria pesquera nacional. b) Proponer al Gobierno las reglamentaciones relacionadas con las faenas de pesca. c) Proponer al Presidente de la Republica las reglamentaciones de vedas que propendan a la conservación de las especies pescables...". El texto se complementó por el Decreto Reglamentario N° 1584, de 30 de abril de 1934,

2) Decreto con Fuerza de Ley N° 208, de 3 de agosto de 1953, que otorgo incentivos tributarios por diez años a los pescadores industriales.

3) Decreto Supremo N° 432, de Relaciones Exteriores, de 22 de noviembre de 1954, que aprueba las declaraciones y convenios entre Chile, Peru y Ecuador, acordados en la primera conferencia sobre explotación y conservación de las riquezas marítimas del Pacífico Sur.

Este texto, aprueba la denominada "Declaración de Santiago", sobre soberanía exclusiva de Chile, Ecuador y Perú, respecto de "...la soberanía y jurisdicción exclusivas que a cada uno de ellos corresponde sobre le mar que baña las cotas de sus respectivos países, hasta una distancia mínima de 200 millas marinas desde las referidas costas".

La Declaracion hace reiteradas referencias al hecho que "...es su deber cuidar de la conservacion y proteccion de sus recursos naturales y reglamentar el aprovechamiento de ellos a fin de obtener las mejores ventajas para sus respectivos países" (Nº 2); "...ponga en peligro la existencia, integridad y conservacion de esos recursos en perjuicio de los pueblos que, por su posicion geografica, poseen en sus mares fuentes insustituibles y de recursos economicos que le son vitales (Nº 3); " están preocupados por la falta de proteccion que amenaza la conservacion de los recursos pesqueros de las zonas maritimas de su jurisdiccion y soberania"; "... en algunos casos se evidencia una seria amenaza de agotamiento de recursos pesqueros"; "...la necesidad de formular y hacer efectivas medidas de proteccion y conservacion"; "...establecer las prácticas recomendables para una explotacion racional de la riqueza maritima comun" (considerandos); acordando "...la dictacion de los reglamentos que sean necesarios para la conservacion de los recursos pesqueros, dentro de las zonas maritimas jurisdiccionales" (Nº 3) y "Recomendar a los respectivos gobiernos **QUE SOLO CONCEDAN AUTORIZACIONES DE PESCA EN SUS ZONAS MARI- TIMAS CUANDO TALES FAENAS NO ATENTEN CONTRA LA CONSERVACION DE LAS ESPECIES MATERIAS DEL PERMI- SO...**"(Nº4).

Similares normas en la declaracion

que crea la organización de la Comisión permanente de los Países Partes de la Conferencia sobre explotación y conservación de las riquezas marítimas del Pacífico Sur; "Velar porque la fijación de los contingentes de pesca y caza que cada parte fije anualmente en uso de sus derechos privativos, no amenace la preservación de las riquezas marinas del Pacífico Sur" (3^o letra h).

Ya la declaración del Presidente de Chile, don Gabriel González Videla, de fecha 23 de junio de 1947, había señalado que: "2^o El Gobierno de Chile confirma y proclama la Soberanía nacional sobre los mares adyacentes a sus costas... en toda la extensión necesaria para reservar, proteger, conservar y aprovechar los recursos... sometiendo a la vigilancia del gobierno, especialmente las faenas de pesca y caza marítima, con el objeto de impedir que las riquezas de este orden sean explotadas en perjuicio de los habitantes de Chile y mermadas o destruidas en detrimento del país y del Continente Americano".

El profesor don Arturo Alessandri R., analizando el tema con referencia al mar territorial señala que se justifica por razones "...de seguridad, de defensa, de policía de la navegación, de vigilancia sanitaria, aduanera y fiscal como asimismo por razones económicas, reserva del cabotaje y la pesca..." (Alessandri R., Arturo, "De los

Bienes"; 1957; p. 113) y respecto de la pesca totalmente libre, ya en esa época, consigna que "...la declaración sobre la soberanía nacional del Zócalo Continental, ha alterado esta conclusión" (Ob. cit, pág. 115).

La Declaración de Santiago, fue analizada en la Tercera Reunión del Consejo Interamericano de Jurisconsultos, estimándose que comprendía el derecho de los Estados a la navegación inocente, pero que "no comprendía la libertad de pesca; en todo caso ésta no podría invocarse en ninguna zona del mar a que "alcanzara una jurisdicción estatal determinada" (Actas y Documentos, 1956, cit. Sanfuentes G. Francisco José, "Las Pesquerías Nacionales y la Legislación de Fomento", 1964, pág. 27).

4) Decreto Supremo N^o 102, de Agricultura, de 9 de marzo de 1956, publicado en el Diario Oficial de 7 de abril de 1956 que aprueba el Reglamento de las riquezas del Pacífico Sur estableciendo que "Ninguna persona natural o jurídica podrá realizar faenas de pesca, de caza o cualquiera otra explotación de riquezas exintentes en la zona marítima de Chile, Ecuador o Perú, sin contar PREVIAMENTE CON EL PERMISO RESPECTIVO (art. 1^o), permiso que "...obliga en todo caso al solicitante a cumplir con las normas de conservación de las respectivas especies o riquezas marinas, de acuerdo con los reglamentos

y con las disposiciones vigentes en el país" (art 2º).

5) Decreto Supremo N° 231, de Agricultura, de fecha 09 de marzo de 1955, que facultó a la Dirección General de Pesca y Caza "para autorizar toda instalación inicial de actividades, faenas o industrias pesqueras", derogado por Decreto Supremo N° 922, de Agricultura, de 20 de diciembre de 1955.

6) Decreto Supremo N° 94, de Agricultura, de fecha 22 de enero de 1958, publicado en el Diario Oficial de 19 de febrero de 1958, y que en base al texto anteriormente citado, para que las correspondientes "facultades se ejercieran por el Poder Ejecutivo a través del Ministerio de Agricultura" (Considerando), estableció que "Toda instalación inicial de actividades, faenas, empresas pesqueras, ya sean de extracción o industrialización, deberán ser previamente autorizadas por el Ministerio de Agricultura" (art. 1º) y que los ya establecidos deberán solicitar al mismo Ministerio "la autorización correspondiente" para los cambios de residencia o ubicación de sus establecimientos" (art 2º).

7) Decreto con Fuerza de Ley N° 266, de fecha 6 de abril de 1960, que estableció franquicias tributarias y arancelarias a personas jurídicas que ejercieran la actividad pesquera.

8) Decreto Supremo N^o 597, de Agricultura, de fecha 11 de agosto de 1960, publicado en el Diario Oficial de 27 de agosto de 1960 que reglamenta el establecimiento de industrias pesqueras en el país, disponiendo que "Toda persona natural o jurídica, interesada en iniciar actividades industriales pesqueras, en el territorio nacional, deberá solicitar la autorización correspondiente al Ministerio de Agricultura" (art 1^o), señalando el plazo de seis meses para iniciar las faenas de construcción o instalación (art 2^o), los efectos de la caducidad en cuanto no podría obtenerse nueva autorización sino después de cuatro años como mínimo (art 8^o) incluso con auxilio de la fuerza pública y la clausura en caso de instalación sin competente permiso" (art 9^o).

9) Decreto Supremo N^o 524, de Agricultura, de 13 de octubre de 1964, que establece que "la pesca constituye un recurso potencial significativo del país" y que "es necesario perfeccionar la racionalización del sector pesquero" (Considerandos), y que aprueba el nuevo reglamento para el establecimiento de industrias pesqueras en el país, correspondiendo la autorización al Ministerio de Agricultura, previo informe de la Dirección Agricultura y Pesca, la Corporación de Fomento de la Producción, los Ministerios de Defensa Nacional y de Tierras y Colonización, reiterándose que "las industrias que se instalen si el competente permiso serán clausuradas

(art. 10º).

10) Decreto Ley N° 500, de 3 de junio de 1974, que estableció un régimen temporal de operación de barcos pesqueros extranjeros en aguas sometidas a la jurisdicción nacional.

11) Decreto Ley N° 1626, de 21 de diciembre de 1976, que creó la Subsecretaría de Pesca en el Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, trasladando la autoridad pública pesquera desde el Ministerio de Agricultura a esta repartición.

12) Decreto Ley N° 2442, de 20 de diciembre de 1978, publicado en el Diario Oficial de fecha 29 de diciembre de 1978, señala que ejerciendo la República de Chile "jurisdicción sobre extensas zonas marítimas que poseen recursos hidrobiológicos de gran significación para la alimentación y la economía del país" (Considerando 1), "...es deber del Estado velar por la protección, desarrollo y aprovechamiento racional de dichos recursos" (Considerando 2), para lo cual establece "que a través del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción...", "se fijarán las políticas básicas que servirán para dirigir y coordinar las actividades que corresponde realizar al Estado en relación con el sector pesquero. Su acción está encaminada a promover el desarrollo del sector pesquero nacional, la protección, conservación y aprovechamiento

integral de los recursos hidrobiológicos y del ambiente acuático del país" (art. 1º).

El mismo Ministro tendrá como funciones y atribuciones "a) planificar y coordinar la política pesquera nacional e impartir instrucciones generales de carácter obligatorio para su cumplimiento; ...c) Aplicar las leyes y reglamentos sobre pesca y caza marítima" (art. 3º).

13) Decreto Supremo Nº 175, de Economía, Fomento y Reconstrucción, de fecha 24 de marzo de 1980, publicado en el Diario Oficial de 24 de marzo de 1980, establece que "mientras se dictan las disposiciones legales definitivas, es necesario ordenar, agilizar, simplificar y adecuar los reglamentos que actualmente regulan las actividades pesqueras" (Considerando).

Reitera el requerimiento de "autorización previa otorgada por la Subsecretaría de Pesca del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, la que resolverá previo informe técnico del Servicio Nacional de Pesca" (art. 2º), señalando los requisitos y especificaciones que deben cumplir los solicitantes (art. 3º), las causales de caducidad (arts. 6º y 7º); que las autorizaciones "son intransferibles y no podrán ser objeto de negociación alguna" (art. 8º), lo cual los hace estimar como derechos personalísimos; las obligaciones de las personas autorizadas entre las que se

encuentran "a) Cumplir con las disposiciones legales y reglamentarias sobre Pesca, en especial las relativas a vedas, referentes a recursos determinados, tamaños de extracción, artes o sistemas de pesca, zonas de pesca y las que se establezcan relacionadas con la protección de los recursos hidrobiológicos y su medio" (art. 19).

14) Ley N^o 18.129, publicada en el Diario Oficial de 11 de junio de 1982, prohíbe "capturar, extraer, poseer, propagar, elaborar, transportar y comercializar recursos hidrobiológicos con infracción a las normas que, en relación con los períodos de veda, las zonas de extracción y captura, los tamaños mínimos de especie, la alteración de ecosistemas locales y las artes o sistemas de pesca o extracción fije el reglamento" (art. 18 inciso 1^o) pudiendo fijar los porcentajes de dichas especies que, en tal carácter y en relación con el desembarque total, será lícito pescar conjuntamente con estos recursos" (art. 18 inciso 4^o).

15) Convención de las Naciones Unidas sobre Derecho del Mar, de 10 de diciembre de 1982, firmada en Montego Bay, Jamaica, suscrita por Chile, reconoce la ZONA ECONOMICA EXCLUSIVA (art. 55) o sea hasta las 200 millas marinas, estableciéndose que la Soberanía alcanza a la exploración, explotación, conservación y administración, de los recursos naturales vivos y no vivos que en ella existan.

(art. 56.1ª).

Contempla el derecho de cada Estado para determinar la captura permisible de su Zona Económica Exclusiva (art. 61,1) y su capacidad de captura (art. 62,1), ^{ya} declaración de existir la libertad de pesca sólo en alta mar (art. 116).

Si bien este tratado Internacional no ha sido ratificado por el número de Estados que se requiere para su vigencia (art. 308), debe consignarse que su contenido corresponde esencialmente al criterio Internacional, legislativo y de interés nacional sustentado por Chile y que es en casi su totalidad la codificación de la Costumbre vigente, lo cual en Derecho Internacional Público le brinda fuerza obligatoria.

16) Decreto con Fuerza de Ley N° 5, de fecha 3 de marzo de 1983, publicado en el Diario Oficial de 15 de noviembre de 1983, fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del D.F.L. N° 34 de 1931 y sus modificaciones.

Reproduce, según el propósito señalado, disposiciones de los textos anteriormente referidos, entre éstas la que establece "...el desarrollo del sector pesquero nacional, la protección, conservación y aprovechamiento integral de los recursos hidrobiológicos y del ambiente acuá-

tico del país" (art. 12), a través de la Subsecretaría de Pesca y Servicios dependientes del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción (art. 13) y la facultad del Subsecretario de Pesca de pronunciarse "sobre las solicitudes de permisos de pesca" (art. 17, letra d).

17) Decreto Supremo N° 436, de Economía, Fomento y Reconstrucción, de fecha 1 de diciembre de 1985, publicado en el Diario Oficial de 11 de enero de 1986, que "establece medidas de regulación para la pesquería pelágica en las zonas que indica" (epígrafe), el que señala como finalidad "la conveniencia de preservar los recursos", constatándose "una tendencia creciente de la flota y un alto nivel de capturas", "la existencia de una deseconomía" y "una situación de inestabilidad en ausencia de medidas de regulación oportunas" (considerandos), por lo cual establece el esfuerzo pesquero aplicable a la pesquería pelágica de las Regiones I, II y VIII en el equivalente al "número y capacidad total de bodega de las unidades extractivas que se encuentran autorizadas para operar en esta pesquería, y que efectivamente hayan operado en dichas regiones dentro de los doce meses que anteceden... Asimismo quedarán incorporadas las autorizaciones que se otorguen, en relación con las solicitudes en trámite hasta la fecha de publicación del presente decreto" (art. 1º), prohibiendo el ingreso de nuevos barcos a esta pesquería y los autorizados que

no hubieren hecho uso de esta facultad (art. 2º), rigiendo esta medida por tres años, prorrogados por los Decretos Supremos N^{OS} 518, de 1988 y 110, de 1989.

18) Ley N^o 18.565, publicada en el Diario Oficial de fecha 23 de octubre de 1986, que adecuando el derecho nacional a la Convención de las Naciones Unidas sobre Derecho del Mar y a lo ya considerado en ~~este~~ este ordenamiento, modifica el Código Civil en materia de espacios marítimos incorporando a él el concepto de Zona Económica Exclusiva y el "derecho de Soberanía del Estado en cuanto explorar, explotar, conservar y administrar los recursos" (art. 596 C.Civil) y deroga el artículo 611 primitivo de 1855, que consagraba la libertad de pesca, reemplazándolo por uno que establece que "La caza marítima y la pesca se regularán por las disposiciones de este Código y, preferentemente, por la legislación especial que rija al efecto" (art. 1º inciso 3º).

19) Ley N^o 18.892, de fecha 23 de diciembre de 1989, sobre Pesca, que se refiere a periodos de veda, zonas de extracción y captura, alteración de ecosistemas locales que se fijen por vías reglamentarias, vedas extraordinarias, por plazos definidos que afecten los recursos hidrobiológicos, zonas o regiones, autorizaciones, caducidad, etc.

La ley N^o 18.977, de 30 de marzo de

1990, postergó la entrada en vigencia de la indicada ley 18.892; y

20) Decreto Supremo N^o 218, de Economía, Fomento y Reconstrucción, Subsecretaría de Pesca, de fecha 4 de julio de 1990, publicado en el Diario Oficial de 7 de agosto de 1990 establece que "Las personas naturales y jurídicas que a la fecha del presente decreto, cuenten con autorizaciones vigentes otorgadas por el Ministerio de Agricultura o por resolución de la Subsecretaría de Pesca... para desarrollar actividades pesqueras extractivas con embarcaciones mayores de 15 toneladas de registro grueso, deberán entregar... la información y antecedentes para cada una de las embarcaciones autorizadas" (art. 1^o), adjuntando entre otras; declaración del litoral o de la o las regiones del país en las cuales se han realizado efectivamente operaciones de pesca.

Debe señalarse que el Gobierno chileno en relación a la pesca, participa en diversos organismos internacionales, como el Sistema Económico Latinoamericano (SELA), Comisión Oceanográfica Intergubernamental (COI), Comisión Internacional de la Ballena, III Conferencia sobre el Nuevo Derecho del Mar, Tratado Antártico, Comité de Pesca de la FAO, Comisión Permanente del Pacífico Sur, etc.

Es importante consignar que un con-

siderable número de decretos se han dictado de conformidad a las atribuciones que contempla el artículo 17 letra c) del Decreto con Fuerza de Ley N° 5, para los efectos de fijar vedas, tamaños mínimos, cuotas de captura y medidas de manejo. Entre éstos los números 1584, de 1934; 1594, de 1935; 1241, de 1951; 320, 374, 383, 458 y 593, de 1981; 47, de 1984; 137 y 316, de 1985; 43, 134, 136, 145, 183, 184, 307, 323 y 374, de 1988.

El examen de la evolución legislativa y reglamentaria en materia de pesca, y por cierto de los acuerdos internacionales o entidades de ese carácter en que Chile participa, indica una creciente disposición a acentuar los aspectos sobre conservación de los recursos, la permanente obligación de obtener autorización previa de pesca otorgada por la correspondiente autoridad y la fijación de capturas máximas con restricción o cierre de pesquerías si se cumplen los supuestos de hecho para proceder en tal sentido.

5.- NATURALEZA JURIDICA DE LAS
PESQUERIAS Y DE LOS DENOMINADOS
DERECHOS DE PESCA.

Corresponde precisar la naturaleza, en cuanto bienes, de los peces y, luego abocarnos al estudio de la naturaleza jurídica de los denominados "**Derechos de Pesca**" (Ver Andrades Rivas, Eduardo., "Notas acerca de la naturaleza jurídica de las autorizaciones de pesca y su regulación según principios reconocidos tradicionalmente en nuestro país", págs. 1 a 14).

En lo concerniente al primer aspecto, esto es a las pesquerías y su calidad ante en derecho podemos resumir las diferentes tesis en las siguientes tres, que a continuación exponemos:

a) Los peces, serían **res nullius**, es decir, no pertenecientes a nadie y apropiables sin más por todos mediante el modo de adquirir ocupación. Esta tesis si bien no completamente aceptada, de acuerdo a lo indicado en el capítulo anterior se mantuvo en el Código Civil, hasta la dictación de la ley 18.565, de 1986, que derogó la llamada "libertad de pesca" consagrada por el artículo 611 del citado código, que prescribía que: "Se podrá pescar libremente en los mares;..." disponiendo, desde su re-

forma, que: "la caza y la pesca marítima se regirá por las disposiciones del Código Civil y **preferentemente** por la **legislación especial** que rija al efecto".

b) Los peces serían **res nullius**, pero con la característica **sui generis**, de que como se encuentran dentro del territorio nacional (aguas territoriales, zona contigua o económica exclusiva para estos efectos, según el derecho del mar y normas del código civil, arts. 593 y 596) y carecen de dueño, serían bienes nacionales de uso público, de propiedad del Estado, al igual que lo que sucede con los bienes inmuebles en virtud del artículo 590 del Código.

Por lo tanto, según esta tesis, el Estado tendría el derecho de otorgar a los que quisieran explotar la riqueza marina una concesión o bien un permiso de uso de estos calificados bienes nacionales de uso público.

Las contradicciones de esta teoría parecen evidentes, por cuanto:

En primer lugar, se confunden la naturaleza del dominio, en cuanto derecho privado sobre la cosa, con el ejercicio de la soberanía estatal ejercida sobre ella y todos los elementos componentes del Estado, desprendiendo así una base para sentar el

dominio real del Estado sobre las pesquerías.

En segundo lugar, nos situaríamos frente a bienes nacionales de uso público que se destruyen o consumen sin que el Estado pueda decir nada al respecto, por cuanto ello emana de la misma naturaleza de los peces.

En tercer lugar se ha necesitado de una expresa disposición legal, fundada en antiguas razones de conveniencia pública para establecer que los inmuebles que carecen de otro dueño pertenecen al Estado, consecuentemente, el principio general es el contrario, esto es que la res nullius sigue siendo a pesar de estar bajo la soberanía estatal. De lo contrario se podría sostener que todo aquel bien que carece de dueño (v/gr bienes muebles, animales, res derelictae), por el sólo hecho de estar bajo tal poder, pasa a ser propiedad del Estado, lo que naturalmente sería difícil de aceptar.

En cuarto lugar, pero no por ello menos importante, las potestades estatales emanan de un texto positivo como es la Constitución política y las leyes dictadas conforme a ella, y que de acuerdo a lo dicho no es viable imaginar un potestad de semejante envergadura (el derecho a y de propiedad sobre las riquezas marinas) al margen del derecho positivo, como creación de "doctrina". En derecho público sólo se puede hacer lo que la ley permite y

facultades que le acuerda el derecho nacional, especialmente la disposiciones legales y reglamentarias referidas y evidentemente el Código Civil en su reformado artículo 611, y también el derecho Internacional, específicamente la Convención Sobre Derecho del Mar, ratificada por Chile, todas ellas para garantizar la racional exploración, explotación, conservación y administración de los recursos marinos, conceptos que no pueden considerarse separados sino que sucesivamente unidos.

De tal manera es posible superar la primitiva tesis de la libertad sin contrapeso de ninguna naturaleza y la segunda de las exacerbadas facultades del Estado, en una ecuación que permite el libre acceso al recurso, pero a la vez, que provee de medios previos que posibilitan su conservación y explotación racional.

El adoptar la tesis recién expuesta acerca de la naturaleza jurídica de los peces, que se ajusta a nuestra tradición legislativa y doctrinal, permite seguir, también, un camino claro en el tema, relativo a la cuestión de la naturaleza jurídica por de los denominados "**derechos de pesca**".

Previamente, habrá que consignar que los "**derechos de pesca**", están constituidos por las correspondientes autorizaciones, y ejercitados a través del tiempo, para la extracción de recursos

hidrobiológicos determinados en zonas también determinadas, mediante el empleo de artes de pesca.

a) Una primera teoría es aquella que establece que al ser los peces res nullius, procede adquirir su dominio mediante el modo de adquirir ocupación contemplado en nuestro Código Civil, sin más.

Esta tesis, se encuentra superada en el actual ordenamiento y es muy difícil, si no imposible que vuelva a tener vigencia en estas materias.

b) Una segunda tesis, vinculada a la concepción de los peces como bienes nacionales de uso público, presenta la imagen de una concesión que el Estado ofrece a los particulares para aprovechar "su" riqueza pesquera.

Desde luego este acto contractual que es la concesión, supone ciertos requisitos que no se cumplen en el caso:

Así lo primero será indicar que nos encontramos, necesariamente, ante una concesión traslativa, de aquellas que convierten al concesionario en una especie de verdadero sucesor de la Administración, en cuanto a las facultades que se le otorgan (en este caso, aprovechar una riqueza marina que no le pertenecería a él sino al Estado).

En estos tipos de concesión el Estado se reserva importantes derechos para evitar el detrimento del patrimonio público.

Si se examina este aspecto en el presente caso, el Estado, precisamente en virtud de esta "Concesión", se desprende de todo posible elemento o poder de control sobre el concesionario. En consecuencia y sin considerar que este último pudiera incurrir en acciones que importen un mal uso del derecho concedido, lo cual acarrea la invalidación del acto, sino en el sólo supuesto de que cumpla con su papel, esto es explotar y aprovechar el recurso provocando su consumo, estaría destruyendo un bien nacional de uso público y por tanto se haría merecedor a una sanción por la simple razón de ejercer su función. No obstante ello, el Estado no poseería instrumento para sancionarlo, ya que pese a estar consumiendo un bien público, los términos de la "concesión" (contrato que el Estado se obliga a respetar) especifican que puede hacerlo y más aun que **debe** hacerlo para cumplir su función.

La falencia de esta teoría, arranca, a su vez, de la debilidad original en lo relativo a la naturaleza jurídica de los peces.

Otros elementos de la concesión, de orden meramente formal, como son el acto administrativo que la crea que reúne los caracteres de

unilateral tampoco se cumplen, pues si es un acto unilateral, no se explica que el derecho no pueda ser revocado en virtud del uso propio de la concesión de pesca.

Tradicionalmente se dice que al otorgar una concesión la Administración ejerce una función pública, esto es, satisface alguna necesidad sentida por toda la comunidad o un sector significativo de ella. Pues bien, de acuerdo a esta tesis no se ejerce función pública alguna, pues se desprendería de un "bien propio", en favor de un particular.

Sostener, por lo tanto, que la naturaleza de los derechos de pesca se reduciría a una "concesión", es un lamentable pero real desacierto.

c) Otra tesis, insistiendo en la errónea base del dominio efectivo del Estado sobre los peces, aduce que la concesión no sería tal, sino un "permiso de ocupación". Basta señalar que una de las bases características de tales permisos es el ser PRECARIOS, es decir, que pueden ser dejados sin efecto en cualquier momento por la autoridad sin expresión de causa. Ello, que podría resultar más congruente con la explotación y destrucción propia de la actividad pesquera, que habilitaría al Estado para proceder de inmediato. Pero esta destrucción, que estuvo prevista desde el principio, ¿no importa

cuando se extiende por un breve tiempo? o por el contrario ¿importa desde ya y, en consecuencia, nunca debio otorgarse un permiso?. La contradicción es suficientemente clara. Pero a mayor abundamiento debemos indicar que en el caso de las pesquerías el permiso **NO ES PRECARIO**, pues el Estado **CARECE DE TODO MEDIO PARA HACERLE CESAR MIENTRAS EL PERMISIO-NARIO CUMPLA SUS PARADOJALES FUNCIONES DE CONSUMIR EL RECURSO**, según se expresará más adelante.

d) Lo dicho lleva a sostener que el problema se traduce en considerar que no hay concesiones sino, en verdad, "**autorizaciones**", actos administrativos que declaran un derecho de naturaleza también administrativa, para que se pueda ejercer el derecho sustantivo al acceso de pesca.

Formalmente la Subsecretaria de Pesca del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción; antes el Ministerio de Agricultura, mediante resolución otorga una "**autorización**" (Ver resoluciones correspondientes, repartición citada).

Obviamente esta tesis es tributaria de la señalada en cuanto a que los peces o pesquerías son cosas nullius pero que el Estado en procura de su conservación y explotación racional, posee facultades para lograr tal efecto.

Es menester dejar en claro que esta

tesis no es creación arbitraria sin base en nuestra experiencia jurídica. En efecto, encuentra antecedentes claros y precisos en nuestra legislación y en la doctrina moderna. Ejemplos de legislación están en el Decreto Supremo 432, de 22 de noviembre de 1954 de RR.EE que aprueba las declaraciones y convenios entre Chile Perú y Ecuador concertados en la primera conferencia sobre explotación y conservación de las riquezas marítimas del Pacífico Sur; el Decreto Supremo 102 de 9 de marzo de 1956 de Agricultura, Decreto Supremo 94 de 22 de enero de 1958 de Agricultura; Decreto Supremo 597 de 11 de agosto de 1960 de Agricultura; Decreto-Ley 2442 de 1978 y Decreto Supremo 175 de 24 de marzo de 1980 de Economía, todos ellos muy anteriores a la ley 18.892.

En síntesis postula que es necesario establecer una diferencia entre la libertad de pesca (entendida en cuanto al derecho a apropiarse de las especies marinas y no en cuanto a la carencia de reglamentación) como un derecho a adquirir los peces por ocupación, constituyendo éste el derecho fundamental y sustancial y, en segundo lugar, la autorización (derecho de naturaleza administrativa) para poder ejercer el primero. Esto es, hay dos aspectos: Uno el derecho a adquirir los peces y Otro: El derecho que habilita para proceder en tal sentido.

En cuanto al encuadre de esta autorización a los moldes del derecho administrativo, ella se enmarca dentro de las potestades propias del ente Estatal, en su específica función de velar por el bien común, lo que aquí queda patente al velar por la conservación del recurso, limitando la entrega de estas autorizaciones y disponiendo incluso de medios para caducarlas (a ellas, no al derecho a adquirir por ocupación) cuando se hace un uso indebido de las mismas.

En cuanto a su duración en el tiempo, como bien ha sostenido el profesor Santiago Montt ^{N.}(Ver Montt, Santiago, apuntes de Conferencia dictada en la Facultad de Derecho, U. de Concepción, 1989) al ser habilitantes para garantizar el acceso a la propiedad de los peces no se ve la razón para darles validez transitoria, lo que produce además, en el orden práctico, inseguridad en los inversionistas; motivos todos, los cuales indican que éstas autorizaciones deben ser de plazo indefinido y además solamente invalidables por infracción a normas de conservación de los recursos o revocables (cambio de supuestos de hechos) por evidente peligro de extinción de los mismos y no por meras circunstancias accidentales, coyunturales o de pugna de intereses.

Entendemos que se puede brindar una máxima seguridad para la explotación de los recursos aludidos, sin ponerlos en peligro de ninguna

especie, por cuanto el Estado se erige en garante y no interventor del proceso productivo, así como se permite una coherente interpretación jurídica, concordante con nuestra auténtica tradición en esta materia.

Además, como con exactitud indica el profesor Eduardo Soto Kloss, destacado administrativista chileno, es principio válido que "en Derecho Público hay derechos adquiridos" (ver en Revista de Derecho y Jurisprudencia; 1981; primera parte; pág. 13 a 23, Soto Kloss, Eduardo, "Los derechos adquiridos en el derecho público chileno" (Réquiem para una ineptia doctrinaria)).

"Refiriéndonos -expresa- en especial aquí a la actividad administrativa del Estado, es preciso recordar que una buena parte de las actividades de la Administración es dominada por la creación de normas jurídicas que regulan las relaciones entre estas autoridades y terceros (sean agentes públicos, sean administrados lato sensu).

Entre estas actividades jurídicas de las autoridades administrativas, las más importantes para el Derecho son aquellas representadas por la creación de derechos y situaciones jurídicas... Desde el momento en que un acto crea un derecho o da nacimiento a una situación jurídica, sus efectos jurídicos son

incorporados, entran al patrimonio individual de cada administrado, formando parte de su estatuto personal. En íntima relación con este estatuto personal se encuentra un valor que constituye un instrumento jurídico para su defensa: es la seguridad jurídica"(Soto K.,Eduardo. Ob. cit, pag. 19).

Debe tenerse presente, al respecto lo que se ha señalado, por ejemplo, al hacerse referencia al contenido del Decreto Supremo n^o 175, de Economía, Fomento y Reconstrucción, de 1980, en cuanto a "la autorización previa" otorgada en terminos que se traduce en un derecho personalísimo para el que la ha solicitado y obtiene.

Al adquirir, por lo tanto, la autorización, ella y el derecho que conlleva pasan a formar parte del estatuto personal de su titular y no procederá la revocación pues se trata de un derecho adquirido que el ordenamiento jurídico, y a quienes corresponde su aplicación, deberán respetar.

Se trate, siguiendo criterios al respecto, de derechos adquiridos o de los efectos de una facultad legal ejercitada (situación jurídica) ya constituida, que ha producido efectos, que los está produciendo y seguirá produciendo (Ver Roubier, Paul, "Los conflictos de las leyes en el

tiempo", 2 tomos, París, 1929-33), la conclusión jurídica es la misma, esto es, la incorporación a su estatuto por la persona del titular, sin que el Estado tenga la facultad -dentro de un régimen de derecho- de poner por sí, término a la autorización, salvo las situaciones excepcionales de caducidad a que se ha hecho referencia. Las diferencias en cuanto a considerar a los derechos de pesca como derechos adquiridos o como "Situaciones jurídicas" no se traducen en dificultades de calificación, sino que importan en cuanto poner de relieve la decadencia de la teoría de los derechos adquiridos ante la más amplia y completa de las situaciones jurídicas.

6.- ASPECTOS CONSTITUCIONALES
SEÑALADOS COMO VINCULADOS
AL TEMA .- ORDEN PUBLICO ECONOMICO.

En relacion al tema y, en particular objetando como de inconstitucionalidad el proyecto de modificaciones a la ley de Pesca, se ha señalado que sus normas, en cuanto al acceso al recurso, estarían en contradicción con disposiciones constitucionales particularmente las que configuran el Orden Público Económico.

En cuanto a los derechos que contiene la Constitución Política, se indican como contradictorios respecto del proyecto los contemplados en el artículo 19, números 2, 21, 22, 23, 24 y 26 del mismo.

Sin perjuicio de lo que se dirá en el párrafo siguiente, nos referiremos en éste a las disposiciones recién indicadas.

a) Artículo 19 N° 2: "La igualdad ante la ley. En Chile no hay persona ni grupo privilegiados... ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias".

Se objeta el proyecto porque consti-

tuirá una desigualdad entre quienes podrían acceder a la pesca (titulares de autorizaciones, ejercitadas; con derechos históricos) y quienes podrían desear en lo futuro tener ese acceso.

Con tan simple afirmación se olvida:
a) que de haber pugna entre una eventual "expectativa" al acceso a la pesca, procedente del decimonónico concepto de "libertad de pesca" y la obligación del Estado de preservar, mediante su administración, la subsistencia de un recurso de alta significación para la economía nacional, es clara cual debería ser la conclusión y b) que no hay precisamente igualdad entre quienes, a virtud de un derecho incorporado a su estatuto personal, han cumplido con todas y cada una de las obligaciones y prestaciones legales y reglamentarias, efectuando esfuerzos e inversiones, incorporando tecnologías modernas e ingresando a mercados de exportación y quienes, en otros casos, sólo tendrán el propósito de realizar actividades de pesca a veces incluso atraídos por los avances de los actuales titulares (Como ha ocurrido en muchos países pesqueros que, como se señaló antes, han tenido que recurrir a medios de regulación de las capturas para evitar el agotamiento del recurso y la crisis económica).

No puede, tampoco olvidarse que la norma del artículo 19 N° 2 se refiere a la igualdad jurídica, o sea que la ley debe contemplar normas

jurídicas iguales para los que se encuentren en iguales condiciones y a la prohibición, por cierto de rango constitucional, en cuanto a establecer diferencias "arbitrarias".

Lo arbitrario de acuerdo a lo expresado por el **D**iccionario de la Lengua de la Real Academia Española es "un acto o proceder contrario a la justicia, la razón o las leyes, dictado sólo por la voluntad o el capricho". De manera que se requiere que las diferencias que puedan reconocerse no se funden en una acción caprichosa.

Es, al revés, perfectamente posible que puedan hacerse distinciones siempre que no sean arbitrarias; que, como se expresara por el profesor don Alejandro Silva Bascuñán "no tengan una indiscutible o, por lo menos, una seria base en el bien común" (Comisión de Estudio Constitución Política, sesión 93^a de 5 de diciembre de 1974; pág. 18).

Y, en el caso presente, *según* se ha consignado en párrafos anteriores, no puede menos que apreciarse -como se ha expuesto en muchas situaciones- que es tan injusto querer someter a reglas desiguales a los jurídicamente iguales como a reglas iguales a quienes se encuentran en distintas situaciones jurídicas.

Con una fundamentación racional pue-

den establecerse situaciones particulares que justifiquen un ordenamiento particular, por motivos estratégicos, económicos, geográficos, de incentivo o de otro orden y basta recordar legislaciones chilenas tan positivas y valiosas, como la habitacional, para constatar que tal ha sido el criterio constitucional relativo a la igualdad ante la ley, aún más, debe recordarse que "La desigualdad por lo que toca a los derechos adquiridos, es tan respetable como la igualdad relativamente a los innatos. Aquella, no menos que ésta, se funda en la naturaleza humana" (Fernández Concha, Rafael, "Del hombre", pág. 260, cit Soto K., Eduardo).

b) Artículo 19 N° 21, que establece "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 regulan...".

También se considera que no siendo la industria pesquera contraria a la moral, el orden público o a la seguridad nacional, el establecer sistemas de acceso como los contemplados en el proyecto de modificaciones sería una trasgresión, se dice, "flagrante" de este derecho constitucional.

De los antecedentes de elaboración de la Constitución Política y de la sola lectura

del texto, que debe efectuarse en forma completa, se infiere que su ejercicio comprende la existencia de las normas que la regulen, que enmarquen dicha actividad.

En materia de pesca, ya el artículo 622 del Código Civil establecía restricciones, y, por lo demás, el proyecto respeta el derecho constitucional pues sólo hay restricciones al acceso con la finalidad muy precisa de la preservación de las riquezas marítimas y del respeto de los derechos de quienes tienen autorizaciones y las ejercitan, suspendiendo excepcionalmente el acceso, pudiendo sí tenerlo quienes no sean actualmente titulares en caso que adquieran los derechos de otros, o los excedentes o en caso de término del cierre de la pesquería, caso en que podrá solicitar -si cumple con los requisitos- su propia autorización -Requiriéndose en todos los casos de informes técnicos, que indican el fundamento racional de las limitaciones.

Las limitaciones que se establezcan no significan en modo alguno desconocimiento del derecho e incluso, como sostiene la profesora de Derecho Constitucional, **Luz Bulnes Aldunate**, pueden ser ordenadas por la autoridad administrativa siempre que tenga ésta facultad concedida por la ley. "La doctrina correcta a nuestro juicio, sería: a) que las limitaciones o prohibiciones al derecho

para desarrollar cualquier actividad económica, pueden ser ordenadas por la autoridad administrativa; b) que la autoridad administrativa debe estar premunida de las correspondientes facultades legales de acuerdo 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..." (Bulnès A., Luz, "El derecho a desarrollar cualquier actividad económica", en Revista de Derecho Público, N°S 37 y 38, enero-diciembre de 1985; pág 158).

De los antecedentes proporcionados se puede concluir que no hay contradicción entre el derecho contemplado en el artículo 19 número 21 y las normas del proyecto de modificaciones a la ley de pesca.

c) Artículo 19 N°22, que contempla "La no discriminación arbitraria en el trato que deben dar el Estado y sus organismos en materia económica..."

Se afirma que en el proyecto de modificaciones habría discriminación y ello ocurriría en una materia económica de importancia.

Vinculado directamente a lo indicado en las letras a) y b) precedentes, debe reiterarse lo consignado sobre "arbitrariedad", y que, además se trata de normas reguladoras que reconocen que los recursos de pesca tienen una distinta realidad que, de no ser reconocida, podría ocasionar su extinción. Lo expuesto sobre investigaciones y criterios de explotación y conservación confirma esta afirmación.

El contenido de las proposiciones estudiadas se basa, como se ha dicho, en estudios técnicos, objetivos y en propósitos de efectiva mantención en el desarrollo de la industria pesquera.

"Como una síntesis del objetivo 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 idénticas, ni personas, grupos o sectores perjudicados en relación con sus competidores o con otros grupos o sectores" (Evans de la Cuadra, Enrique, "Los derechos Constitucionales", tomo II; pag 354).

Y en este caso, como se ha reiterado, no son de ninguna manera situaciones idénticas

(expresión expresamente utilizada en la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución, sesión 393, de 4 de julio de 1978), sino muy distintas, como que por una parte hay un derecho de los titulares y por el otro simplemente no lo hay.

Así, en el fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago, de fecha 23 de marzo de 1989, recurso de protección, confirmado por la Corte Suprema en que se pronuncia respecto del Decreto Supremo N° 518, de 1988, se consigna que el recurrente (persona que no tenía autorización de acceso), no tiene "un derecho sustancial comprometido, el cual verdaderamente nace con la autorización" (Considerando 11°).

El dictamen N° 1333, de 16 de enero de 1989, de la Contraloría General de la República, recaído en una presentación similar junto con consignar que "la autoridad administrativa, según se ha expresado tiene atribuciones legales para abstenerse de otorgar nuevos permisos de pesca, por las razones de preservación del recurso antes referido, pero en cambio carece de potestades legales para poner fin a las autorizaciones ya otorgadas, de manera que la situación de quienes se encuentran en este último caso no se debe a una discriminación arbitraria sino que es una consecuencia del límite fijado al esfuerzo pesquero y del régimen jurídico a que está sujeta la autoridad competente en mate-

ria de permisos. En el mismo sentido cabe tener presente que la medida ha sido adoptada sobre la base de estudios técnicos y con una finalidad de bien común que impiden, asimismo, considerarla arbitraria.

Se trata, evidentemente, del reconocimiento que del derecho comparado y las disposiciones del derecho interno prestan a los "derechos históricos de pesca", que son parte del acervo económico nacional, que todo aconseja preservar, y no sólo por una discriminación arbitraria.

d) Artículo 19^o 23, que establece "la libertad de adquirir 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 quorum calificado y cuando así lo exija el interés nacional puede establecer limitaciones o requisitos para la adquisición del dominio de algunos bienes".

Partiendo de la afirmación que los peces son res nullius, punto sobre el cual se trató en el párrafo quinto de este informe y no encontrarse por tanto entre las excepciones del precepto constitucional, se objeta que ~~el~~ cierre de pesquerías impide adquirir el dominio a los que no tengan

autorización para ello o a los que, por encontrarse declarado el recurso como de plena explotación no puedan, por lo tanto, acceder a éste.

"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, que cosas son objeto de dominio sin pronunciarse ni referirse a como se adquiere el dominio de esas cosas"(expresa, informando, el profesor Mario Verdugo Marinkovic).

Al no existir en Chile, constitucional, legal ni reglamentariamente la libertad de pesca, sino que -según lo expuesto antes- teniendo el Estado de Chile facultades de administración y conservación de los recursos marítimos hasta la Zona Económica Exclusiva, que ejerce -en lo relativo al acceso- mediante autorizaciones o permisos, que de ninguna forma aseguran que exista el recurso, resulta evidente que el precepto se refiere a la apropiabilidad y no al modo de adquisición, regido por el artículo 19 N° 24 inciso 2°: "Solo la ley

puede establecer el modo de adquirir la propiedad, de usar, gozar y disponer de ella y las limitaciones que deriven de su función social..."

A mayor abundamiento la historia del establecimiento de la Constitución nos demuestra que el cambio de texto Constitucional aprobado por la Junta de Gobierno en cuanto a esta garantía, al proyecto evacuado por el Consejo de Estado, en orden a que hacen excepciones a la libertad de adquisición los bienes que la ley declare que deban pertenecer a la nación toda, sin exigirse otros requisitos justificativos, disminuye la validez omnicomprendiva del enunciado de este principio constitucional, lo que demuestra que una interpretación progresiva, si bien no es capaz de ir en contra del expreso y reconocido deseo del constituyente de reforzar esta garantía, expresamente puede limitarla, (aún cuando en el caso de las pesquerías no sea posible, por las razones que hemos explicado cuando tratamos de la naturaleza jurídica de los peces y también por el respeto al espíritu coherente del texto constitucional en esta materia, como veremos en su oportunidad) en materia de bienes nacionales.

e) Artículo 19 N° 24, sobre derecho de propiedad, "El derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales e incorpo-

rales" "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 cuanto exijan los intereses generales de la Nación, la seguridad nacional, la utilidad y 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".

Se critica lo que se estima privación del dominio sin ley que autorice la expropiación y la creación de una especie de reserva del Estado, el cual se atribuirá un derecho de dominio sobre los peces.

La objeción dice relación con lo tratado, con alguna extensión, al hacer referencia a la naturaleza jurídica de las pesquerías y de los denominados derechos de pesca, a lo cual nos remitimos.

El proyecto de modificaciones no hace sino reconocer la realidad jurídica y de hecho de los "derechos históricos", como hacen por lo demás, las legislaciones modernas de estados con

tradición y capacidad pesquera. Coincidiendo la declaración de plena explotación con el reconocimiento del derecho de quienes son titulares de autorizaciones para acceder al recurso y que lo han ejercido, o sea, de quienes -en forma regular- efectúan tareas de pesca industrial, con todo lo que esto significa en cuanto establecimiento, inversiones, personal, faenas, comercialización y tributación.

Por lo que dice a las "Limitaciones y obligaciones" sus fundamentos coinciden, a la vez, con los objetivos de las disposiciones modificatorias de la Ley de Pesca.

f) Artículo 19 N° 26, sobre protección del ejercicio de los derechos constitucionales y no ser afectados en su esencia, que establece: "La seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen la 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 vincula a que el proyecto impondría condiciones que impidan el libre ejercicio de los derechos en lo que es esencial a éstos.

Por lo demás, la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha establecido de manera categórica, en sentencia de fecha 24 de febrero de 1987, rol N° 43, que la protección a la esencia del derecho está fundamentalmente dirigida a preservar aquellos elementos que le dan su substancia, pero no a tipificarle como un valor jurídico pétreo, inmodificable, inmutable e invariable pese al cambio de circunstancias históricas.

Así, resuelve que "un derecho es afectado en su esencia cuando se le priva de aquello que le es consustancial, de manera tal que deja de ser reconocible, se impide su libre ejercicio, en aquellos casos en que el legislador lo somete a exigencias que lo hacen irrealizable, lo entranan más allá de lo razonable o lo privan de tutela jurídica". (Ver Valenzuela S., Eugenio, "Repertorio de Jurisprudencia del Tribunal Constitucional", Santiago, 1989, pág 86 y 87). Ello, como se expuso, no corresponde a la intención y contenido del proyecto de modificaciones a la ley de Pesca, propuesto.

Si como se ha demostrado no tiene vigencia alguna lo conocido como "libertad de pesca", por razones de interés general, de seguridad nacional y de conservación del patrimonio ambiental, el Estado tiene derecho, en ejercicio de su función soberana de administración, a fijar, como

lo hace, criterios que regulen el acceso a un recurso de tanta importancia nacional, descritos en los párrafos anteriores.

No significa afectar en su esencia derechos constitucionales, tanto porque no se trasgreden según lo expuesto, cuanto que no está demás recordar que no se establece como garantía constitucional la libertad de pesca.

7.- OBJETIVOS Y DISPOSICIONES
CONSTITUCIONALES QUE DEBEN
CONSIDERARSE PREFERENTEMENTE
BIEN COMUN Y SUS APLICACIONES
COMUNIDAD NACIONAL.

La Constitución Política de la República de Chile de 1980, dispone expresamente que "El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común" (art. 1. inciso 4º, parte primera).

Estimamos oportuno consignar previamente algunos antecedentes históricos sobre el precepto.

En la primera etapa de elaboración de la Constitución, efectuada por la comisión de Estudio y que -en esta materia- es el origen de la norma, se planteó, ya en 1974, por el integrante profesor Jaime Guzmán Errázuriz, la importancia de señalar de modo expreso en el texto fundamental que "El Estado no tiene sino una finalidad, que es la de promover el bien comun". (Sesión 40, de 14 de mayo de 1974, pág. 19, reiterado en sesión 45, de 13 de junio de 1974, pag 6), formulando la proposición de un texto en que se le conceptuaba "...como el conjunto de condiciones sociales que

permita a todos y cada uno de los integrantes de la **comunidad nacional**, lograr su plena realización espiritual y material, **dentro de las posibilidades existentes** (Comisión de Estudio, sesión 45 de 13 de junio de 1974, pág 4), a lo cual el integrante profesor Alejandro Silva Bascuñán agregó que: "...la concepción de bien común es unívoca; hay sólo una manera aceptable de considerar lo que es, en realidad el bien común. Cree que la definición que recoge el señor Guzmán es, en cierta medida, *la* clásica y, en realidad, la celebra y considera muy feliz" (Sesión de Estudios, sesión 45, de 13 de junio de 1974; pág, 11).

Posteriormente se debatió si señalar el bien común como finalidad del Estado debía consignarse en el preámbulo (que después fue suprimido por el Consejo de Estado), en el articulado del texto o no señalarlo en la Constitución.

Estuvo presente lo señalado por el integrante señor Alejandro Silva, a lo cual también concurrió el integrante y profesor de derecho Constitucional, ^{señor} Sergio Diez Urzúa en orden a "que se debe evitar el establecimiento de una Constitución neutra" (Comisión de Estudio, sesión 46, de 18 de junio de 1974; pág 7).

El profesor señor Jaime Guzmán

reitero la conveniencia de que se defina el concepto de bien común en el texto Constitucional y no en el preámbulo, ya que adquiere un valor jurídico distinto en el texto constitucional que aquel que tendría si solamente dicha materia fuera establecida en el preámbulo..."

"Es una norma preceptiva" (Comisión de Estudio, Sesión 46, de 18 de junio de 1974, pág 5)

En definitiva la Comisión de estudio aprobo "...incluir en el texto de la Constitución la referencia tanto al contenido del concepto de bien común, como también "la incorporación expresa de ese término" Votaron a favor los integrantes señores ^{Enrique} Ortuzar, E. Presidente, quien también intervino en tal sentido, Sergio Diez Urzúa, Jaime Guzmán Errazuriz, Gustavo Lorca y Alejandro Silva B. y lo hicieron en contra los profesores Enrique Evans de la Cuadra y Jorge Ovalle Q. (Comisión de Estudio, Sesión 46, de 18 de junio de 1974; pag. 15)

Debe consignarse que el integrante, señor Enrique Evans manifestó "...no ser partidario de colocar en el texto de la Constitución, la expresión Bien Común, o la frase "el Estado aspira al Bien Común", porque lo considera obvio y duda que exista una Constitución que no asigne al Estado la misión de arbitrar los medios para llegar a él" (Comisión de Estudio, Sesión 46, de 18 de junio de

1974; pág.15).

Criterio similar fue el seguido en el Consejo de Estado pero se restableció en el texto aprobado una redacción similar al anteproyecto de la Comisión de Estudios.

O sea, la afirmación que la finalidad del Estado es promover el Bien Común tiene claros antecedentes históricos, en la elaboración de la actual Constitución EN CUANTO A QUE SE LE QUISO DAR UN RANGO PRECEPTIVO Y EN CUANTO A SU CONTENIDO. ES una base Supraconstitucional (ver Silva B., Alejandro, con colaboración de Peña T., Marisol, "La jerarquía normativa de la Constitución Política de 1980", Revista de Derecho, Universidad Católica de Valparaíso, XII Jornadas Chilenas de Derecho Público, VI,1982; págs. 108-109) PRESIDE TODO EL REGIMEN CONSTITUCIONAL.

El Bien Común se conceptualiza como "el conjunto de las condiciones espirituales, culturales y materiales necesarias para que la sociedad pueda realizar su fin propio y establecer un orden justo que facilite a las personas humanas que integran la sociedad alcanzar su fin trascendente". (Pacheco G., Máximo, "Introducción al Derecho", pág 449)

Ahora bien, si pretendemos

caracterizar su rasgo más notable es preciso que consignemos aquí que él no descansa en la idea de ser un medio o mero instrumento que permita a los individuos alcanzar su propio y particular bien. Si ello fuera así, como bien se ha dicho (ver Ibañez Santa María, Gonzalo, "El Estado de Derecho", págs, 54 y sgtes) no habría objeción moral para buscar la felicidad por otras vías, como la violencia o el arrebató. No obstante, la realidad es que en la búsqueda permanente del hombre por lograr la plenitud del bien social debe orientar siempre su actividad en la concreción del querer de una inteligencia trascendente, lo cual redundará en hacer correcto uso de su libertad y, por ende, lograr su plena realización.

En la constitución Política es "...el conjunto de condiciones sociales, que permitan a todos y cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece"(art 1, 2, 4, 2^d parte)

¿Podría negarse la influencia determinante, reflejada en su misma redacción, que en tal principio tiene la definición que del bien común se hace en la Encíclica Mater et Magistra de S.S. Juan XXIII y en la Constitución apostólica Gaudium et Spes, del Concilio Vaticano II? (Silva

Bascuñán Alejandro. Revista de Derecho Universidad Católica de Valparaíso XII Jornadas Chilenas de Derecho público, VI, 1982; pág. 109).

La lógica derivación jurídica de tal principio, en la materia que nos ocupa, se traduce en el evitar la pretensión de hacer abuso del derecho, buscando el lucro inmediato que provoca la extinción del recurso. Por ello se ha provisto al Estado de los medios para tutelar una riqueza que debe ser explotada individualmente, pero en vistas a su utilidad social tanto inmediata como futura, a través de la protección ecológica.

El artículo 1 inciso final contiene una enumeración de aplicaciones del bien común a campos específicos y determinados, si bien estando comprendidos en el concepto general del bien común del inciso 4, éste habría bastado. (Ver Molina Guaita, Hernán, apuntes; pág,147).

Pero, la importancia de tales deberes del Estado es el motivo de su expresa incorporación en el texto.

Entre estos interesa el de "...resguardar la Seguridad Nacional"(art 1, inciso 5, inicio), concepto que en cuanto a su contenido y de acuerdo, además, a los antecedentes de elaboración de la Constitución comprende la defensa de la inte-

gridad territorial, la Soberanía nacional y el desarrollo del país.

La INTEGRIDAD TERRITORIAL No es ya un concepto puramente geográfico o militar, sino que contemporáneamente dice también relación con la integridad... del patrimonio del ambiente"

La SOBERANIA NACIONAL: También se ejerce cuando se defienden los recursos naturales y el medio ambiente.

El DESARROLLO DEL PAIS dice directa relación con la preservación conservación y adecuada administración de los recursos.

El establecimiento en la Constitución Política, 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. La ley podrá establecer restricciones específicas al ejercicio de determinados derechos o libertades, para proteger el medio ambiente" (art. 19 N°8). Esto es concordante con la consagración del bien común como objetivo superior del Estado.

En la etapa de elaboración de la Constitución Política cumplida por la Comisión de Estudio, el integrante profesor Sergio Diez Urzúa fue quien

primeramente planteó la necesidad de establecer tal derecho, el más reciente en el régimen constitucional (Ver Comisión de Estudios, sesión 186, de 9 de marzo de 1976, pág.6) y en forma previa a la redacción propuesta por el integrante señor. don Enrique Evans, a la cual colaboró el prof. Jose Luis Cea E, se tuvo presente un informe, denominado "Ideas básicas sobre protección constitucional y legal del medio ambiente y los recursos naturales", elaborado por la Comisión Nacional de Investigación ^{Científica y Tecnológica} y que contiene conceptos básicos, de importancia al respecto, que son en dicho texto, los siguientes:

- a. Que la soberanía nacional no solo se ejerce cuando se cautela el ámbito territorial o patrimonio geográfico sino también al proteger el medioambiente y los recursos naturales.
- b. Que el medioambiente y los recursos naturales son patrimonio de todos los habitantes actuales y futuros de la nación.
- c. Que el Estado aparece como la única organización revestida de autoridad y poder suficientes para cautelar la preservación y enriquecimiento de ese patrimonio. De ahí que deba asumir como función propia la protección del medioambiente y de los recursos naturales, lo cual puede alcanzarse mediante la consagración de dicha función en su

Carta Fundamental y mediante la dictación de normas jurídicas que den origen a mecanismos de preservación y a la educación ciudadana.

d. Que el hecho que el medio ambiente y los recursos naturales constituyan un patrimonio común, del cual reportan beneficios todas las personas naturales o jurídicas, es el fundamento de obligaciones correlativas.

Estas obligaciones involucran colaborar con el Estado en la Conservación del patrimonio común; **soportar cargas como ciertas restricciones a las garantías individuales;** responder por los daños que se causen, restableciendo las cosas a su estado anterior, e indemnizando a la comunidad del valor del perjuicio que se ocasione por el uso, agotamiento o deterioro.

e. Que el Estado, por su parte, debe prevenir la ocurrencia de actos que menoscaben el medioambiente y los recursos naturales creando una conciencia nacional de responsabilidad hacia dicho patrimonio común, mediante programas educativos apropiados.

f. Que debe asegurarse la existencia de organismos **técnicos dotados de imperio, independencia y autonomía suficiente para adoptar decisiones,** sobre los problemas relacionados con la protección del

medioambiente y los recursos naturales, y abrirse a la acción pública la iniciativa para impetrar dicha protección" (Comisión de Estudio, sesión 186, de 9 de marzo de 1976; págs. 5 y 6).

La extensa relación precedente contiene criterios adoptados en la Constitución Política vigente.

Concuerdada esta garantía del artículo 19, número 8^o "...con una aplicación de la idea de bien común, contenida en el capítulo de las normas generales...expresa el ideal básico de la Constitución, que debe subrayar, dentro de la idea general de bien común y dados los tiempos históricos que se viven, ese aspecto tan importante, como integrante nuevo, suficientemente considerado, propio y necesario del bien común", expresa el profesor Alejandro Silva B. integrante de la Comisión de Estudio (Comisión de estudio, sesión 186, 9 de marzo de 1976, págs 8 y 9).

Concuerdada a la vez, con la definición de la naturaleza de los derechos y libertades, el que se acepten limitaciones a los mismos, pues de no ser así serían irrestrictos e ilimitados y, por tanto, afectarían más que protegerían a las personas.

Por consiguiente, para no hacer

ilusorio un derecho de esta entidad la Constitución establece que la ley podrá establecer **restricciones específicas la ejercicio** de determinados derecho o libertades, para proteger el medioambiente, (art. 19 N°8 inciso 2°).

También debe tenerse presente como base del regimen jurídico chilena las normas constitucionales establecidas en los artículos 6° y 7° de la Constitución en cuanto dan testimonio entre nosotros de los principios de legalidad y de nulidad de los actos viciados de los poderes estatales. Constituyen así, una base necesaria de la Seguridad Jurídica, fundamento a su vez de la Paz y del Equilibrio de la sociedad.

Otro aspecto estrechamente vinculado al gran objetivo constitucional del Bien Común es el ya antes consignado que se traduce en el conjunto de condiciones sociales que permiten la mayor realización espiritual y material posible al tener por **destinatarios o titulares**, a "la **comunidad nacional**" (art. 1, inciso 4, 2^{da} parte).

La nación no está formada por los habitantes de un Estado (pais) ni menos por sus ciudadanos, ni siquiera por quienes tienen la calidad de nacionales en un momento histórico determinado.

Constituída por la agrupación de hombres que tienen vínculos comunes de orden espiritual y material, diferentes de otros hombres y con propósitos de mantener una unidad de tales vínculos, la Nación es un concepto abstracto claramente aprehensible, comprende las generaciones pasadas, presentes y futuras. Nacen de allí -no podría ser de otra forma- obligaciones de transmisión de lo que constituye el acervo nacional, sus creencias, costumbres, expresiones y bienes.

En palabras del gran pensador inglés, Edmund Burke, es una sociedad no limitada a los que viven, "sino entre los que están vivos, los que han muerto y los que nacerán".

De manera que la adopción de decisiones por la Comunidad Política debe tener siempre presente que los efectos de éstos no solo pueden observarse desde el punto de vista actual sino que, en base a la experiencia histórica (no en vano Cicerón llama a la Historia "la maestra de la vida") deben considerar su importancia para las generaciones futuras que siempre deberán buscar desarrollar el Bien Comun.

De lo expuesto derivan estrechas relaciones con el tema en estudio, de las modificaciones a la Ley de Pesca y Acuicultura.

El examen de los antecedentes expuestos indica que se trata básicamente de procurar la conservación de los recursos administrándolos adecuadamente y respetar los derechos históricos que garantizan la seguridad jurídica sin perjudicar una industria pesquera promisoría, que ha demostrado espíritu de empresa, que ha efectuado inversiones que han significado aporte a la economía nacional y, consiguientemente mejoras en las condiciones económicas de la población, muy buenas relaciones laborales y ausencia de conflictos de esta índole.

Se ha demostrado que las limitaciones o restricciones tienen fundamento constitucional y legal en orden a resolver, equitativamente, los eventuales conflictos que siempre surgen en la Sociedad, siempre teniendo como marco el bien común.

Podrá suponerse lo contradictorio que sería, a la luz de las normas constitucionales señaladas en este párrafo, la existencia -pese a las serias advertencias jurídicas y técnicas- de un régimen de libertad absoluta de pesca, con acceso sin límite ni respecto a las estructuras y medios con que Chile cuenta en las diversas regiones.- Sin duda que con tal proceder, el agotamiento del recurso, la ruina de quienes dependen de las normas

estables de la actividad y del respeto de sus derechos, la inestabilidad laboral y otras se encontrarán entre las consecuencias, sin duda no deseadas, pero más previsibles.

El bien común no es una vaguedad. Corresponde a lo que más sirve (no lo que más agrada), a una comunidad humana, de allí que el Estado se encuentre a su servicio. Ello le obliga por medio de la ley y de la autoridad a cumplir con un deber del cual dependen incluso generaciones futuras.

Se podrá comprender que muchos enfoques se orientan hacia una consideración inmutable de la Sociedad, concepto profundamente retrógrado. Ello puede explicar que persistieran deseos o criterios del siglo pasado -en ninguna parte del mundo existen ya- en materia de la pesca. Pero no desmiente que tales criterios estarían contrapuestos con el Bien Común.

Porque éste reviste un carácter dinámico, ya que en la vida de la Sociedad, sus actividades son variables y evolucionan. Bien señala el profesor Jaime Brufau Prats, que se "...ha de tener en cuenta las mejores fuerzas creadoras que nacen en el seno de la colectividad. Es propio del bien común promocionar y abrir cauces por los que puedan expandirse los nuevos impulsos

renovadores que aparecen en la sociedad; ha de darse la suficiente capacidad de modificación del cuadro institucional del grupo para adaptarlo a las nuevas situaciones que se van creando... Los impulsos que nacen en el seno de la colectividad llevan a cabo transformaciones de la estructura y dinámica sociales, que requieren de una constante puesta a punto de todo lo que es parte integrante del bien común" (Brufau P., Jaime, "Teoría fundamental del Derecho", pag. 255).

El bien común posibilita concretar el principio de supremacía en la solución de conflictos y que predominen los aspectos más favorables.

La pregunta ¿A QUIEN CORRESPONDE GARANTIZAR A LOS CHILENOS DEL MAÑANA, LA EXISTENCIA DE RECURSOS PESQUEROS EN NUESTROS MARES? formulada con tanta claridad por una funcionaria pública con especialidad en el tema pesquero, se debe unir a lo señalado respecto de la obligación que recae, por mandato -precepto- de la Constitución Política en cuanto debe promoverse el bien común. Que en el caso actual, resulta evidente se cumple con medidas legislativas que posibilitan preservar oportunamente los recursos marinos, sin trasgredir la titularidad de derechos que, a su vez, ha posibilitado -en las distintas regiones- el desarrollo armónico de la industria pesquera.

La experiencia chilena en materia del salitre, en que predominaron conceptos estratificados carentes de la realidad de la época y de vinculación al bien común e intereses inmediatistas, puede ser una lección importante para no repetir errores históricos tristemente cometidos.

Finalmente, el concepto de interés nacional, que usualmente se vincula a materias internacionales, no es de una esencia abstracta, sino que contiene características de imperativos, superiores, de largo plazo e irrenunciables" (Ver Wilhelmy von Wolff, Mauped, "El interés nacional, en Revista de Derecho Universidad Católica de Valparaíso. Actas XVII Jornadas Chilenas de Derecho Público, 1986, págs. 562-563), también en materia económica, que deben considerarse.

8.- INTERPRETACION DE LA CONSTITUCION POLITICA DE LA REPUBLICA.

Es un opinión generalizada que la interpretación de la Constitución Política, esto es, fijar su exacto sentido y alcance es una tarea que debe abordarse considerando su contexto -armónicamente-. Solo así podrá ser un elemento -el de más alta jerarquía jurídica- útil a la sociedad.

"Hay cierto consenso (aún mas allá del Campo del Derecho) en considerar que el interpretar es, antes que nada o por sobre todo... más específicamente, determinar su sentido, o sea, extraer ese sentido valiéndose del contexto en que se ubica eso que se quiere interpretar"(Bustos Concha, Ismael, "La hermenéutica constitucional", en Revista de Derecho, Universidad Católica de Valparaíso, XVII Jornadas Chilenas de Derecho Público X, 1986; pág.163).

"Pero una Constitución no se hace solo para analizarla académicamente ... sino para aplicarla en y por la comunidad o sociedad política que se la dio. Más aún, puede decirse que, al igual que cualquiera ley, la Constitución no existe de hecho mientras no se aplica"(Bustos C, Ismael, "La Hermeneutica Constitucional, pág. 160).

Así lo ha resuelto el Tribunal Constitucional al resolver la situación que planteaba el texto de las disposiciones 11^a transitoria y 84 permanente de la Constitución, correspondiente al Tribunal Calificador de Elecciones y su instalación. "La Constitución es un todo orgánico y el sentido de sus normas debe ser determinado de manera tal que exista entre ellas la debida correspondencia y armonía, excluyéndose cualquiera interpretación que conduzca a anular o a privar de eficacia algún precepto de ella" (Sentencia de fecha 14 de septiembre de 1985, rol 33, reiterada a la letra, en el fallo de fecha 21 de diciembre de 1987, rol 49, considerando 40).

De tal forma al interpretar debe considerarse el contexto general pero vinculado a una realidad concreta que debe ser regida, jurídicamente, por la Constitución Política.

Es posible que ello no siempre resulte fácil tanto por existir, en algunos casos, falta de correspondencia entre determinadas normas, cuanto por haberse producido cambios en las realidades sociales.

En esta situación puede plantearse la dificultad en cuanto a normas de igual rango jerárquico -constitucionales- que parecieran estar

en conflicto o ser difícil su armonización:

La solución aparece clara, al tenor de lo expresado por el profesor de Derecho Constitucional, don Mario Cerda Medina; "Si la esencia de la Constitución consiste en la custodia de los valores esenciales, del Estado, la interpretación, deberá recabar de ellos la inspiración necesaria para determinar el significado exacto de los principios consagrados en su texto, para graduarlos según el relieve susceptible de asignarse a cada uno..." (Cerda Medina, Mario, "Sobre la interpretación constitucional. A manera de introducción XIII Jornadas Chilenas de Derecho Público, Concepción, 1982, pág. 94).

El método teleológico de interpretación colabora a tal fin por cuanto favorece, en términos del profesor uruguayo Alberto Ramón Real, la "permanencia, vitalidad y dinamismo de la Constitución", al adecuar, racionalmente, la solución de los casos concretos a los principios cardinales de la organización. (Alberto Ramón Real, "Los métodos de interpretación constitucional, en Revista de Derecho Público, Universidad de Chile, n° 25-26, enero-diciembre de 1979; pág. 69).

Se consigna lo anterior porque si bien en el caso presente estimamos no haber contradicción alguna entre las disposiciones de la Cons-

titución Política de la República y el proyecto de modificaciones a la ley de Pesca y Acuicultura, para el sólo efecto de reiterar esta conclusión por vía de la consideración del tema desde el punto de vista de los criterios de interpretación es procedente consignar que los derechos constitucionales (como los establecidos en el artículo 19 N^{OS} 2, 21, 22, 23, 24 y 26, a que se hizo mención en el párrafo sexto) no son ilimitados, irrestrictos, sino que, por el contrario, está en su esencia, y en lo principal del régimen constitucional, la subordinación que deben tener al bien común, cauce que debe canalizar las potestades estatales y su correcto empleo.

Así, si se insistiera en que las normas constitucionales que constituyen el denominado Orden Público Económico presentan oposición a las modificaciones propuestas a la Ley de Pesca y Acuicultura -lo cual no es así- los antecedentes expuestos en este informe y, por cierto, otros que también, pueden agregarse y desarrollarse, permitirán destacar la total constitucionalidad del proyecto dentro de un claro propósito por confirmar el objetivo y deber estadual de contribuir a preservar el bien común, según lo explicado en el párrafo séptimo del informe.

Porque desde el punto de vista axiológico existe una superior jerarquía entre tales

valores esenciales y las disposiciones que están al servicio (no por sobre) de aquellos.

Así, el profesor José Luis Cea Egaña señala: "Si relevantes son todos los principios nombrados (del Orden Público Económico), más lo es el bien común como fin del Estado. Yo entiendo que tales principios son instrumentales para con la consecución del bien aludido (De lo contrario) todo el concepto de Orden Público Económico en el marco de una política social de mercado no sería sino puro liberalismo al suprimirse la noción de bien común en los términos con que la Constitución lo tipifica" (Cea E., José Luis, "Seminario de Estudios sobre la Constitución Política del Estado de 1980", Universidad de Concepción, 1982; pág. 70; igual concepto, del autor, en "Tratado de la Constitución de 1980. Características generales. Garantías Constitucionales", 1988; pág. 173).

Al interpretar la Constitución, en forma sistemática y progresiva, guardando los esquemas de un análisis lógico clásico, se puede apreciar la plena concordancia entre el objetivo y contenido de sus preceptos y el proyecto de modificación a la ley que regula la actividad pesquera, referido en el párrafo primero.

Conveniente es resaltar que las disposiciones del proyecto recogen anteriores tex-

tos legales, en los cuales encuentran aquéllas su directa fuente y, al respecto, resulta interesante el constatar que dichos textos no fueron nunca calificados de inconstitucionales. Aparte del hecho, de que las nuevas disposiciones incorporan los conocimientos técnicos y científicos que existen en la referida actividad pesquera, hoy en día, con un indudable aporte a la actividad económica nacional

Alterar tales criterio, volviendo a un sistema de libertad de pesca y libre acceso, desconociendo para ello la necesidad y conveniencia de preservar el recurso pesquero, la seguridad jurídica vinculada al respeto a los derechos de pesca, que son también históricos por su antigüedad, ejercicio y extensión, causando las consecuencias económicas que los especialistas indican, provocaría un desequilibrio en la sociedad y significaría aceptar una falta de lógica y racionalidad en la aplicación de la Constitución Política.

Lo cual no es aceptable desde un punto de vista suficientemente amplio.

9.- R E S U M E N Y C O N C L U S I O N .

Del estudio realizado y a que se refiere el presente informe y entre otros, pueden resumirse los siguientes aspectos:

a) Existe una industria pesquera nacional cuyo desarrollo realmente iniciado hace aproximadamente 70 años se ha acentuado recientemente. Que significa una realidad de importancia para la economía nacional y que tiene características y modalidades propias y diferentes según las regiones o zonas de pesca;

b) Se ha desarrollado en el mundo un conjunto de criterios que procuran compatibilizar la conservación del recurso con el desarrollo armónico de las pesquerías, optándose generalmente por regular el acceso y fijar máximos de capturas, reconociendo los llamados derechos históricos. Todo lo anterior adoptado desde hace muchos años por países industrializados y en forma relativamente reciente por Chile;

c) Una numerosa legislación y reglamentación, especialmente a partir del Decreto con Fuerza de Ley N° 34 de 1931, ha rejido en Chile la actividad;

d) El otorgamiento de autorizaciones por el Estado, luego de informes técnicos y a través de una entidad especializada, posibilitó el crecimiento de la actividad industrial y configuró derechos que se han incorporado al estatuto personal de sus titulares;

e) Las modificaciones propuestas a la Ley de Pesca y Acuicultura, cuya fecha de entrada en vigencia se ha prorrogado, significan incorporar la experiencia histórica, los resultados de investigaciones científicas y reafirmar una tendencia legislativa que es coincidente con el desarrollo de la pesquerías, acentuando los objetivos de preservar el recurso y de respetar la seguridad jurídica; y

f) El análisis del objetivo constitucional y de las normas pertinentes al tema en relación a las modificaciones a la ley que regula la Pesca y que se han estudiado, permite apreciar que existe plena correspondencia entre ambos.

EN CONCLUSION: Puedo informar que en opinión del suscrito, el proyecto de modificación a la Ley General de Pesca y Acuicultura, N° 18.892, aprobado por la Cámara de Diputados y en etapa de discusión en el Senado, especialmente en cuanto al título III, "De los regímenes de acceso a la actividad pesquera extractiva industrial" ^{y artículos transitorios} se encuentra ajustado plenamente a los preceptos de la Constitución

SERGIO CARRASCO DELGADO
ABOGADO

Política de la República de Chile.



SERGIO CARRASCO DELGADO.