

EDMUNDO ELUCHANS Y CIA.  
ABOGADOS

EDMUNDO ELUCHANS MALHERBE  
EDMUNDO ELUCHANS URENDA  
HECTOR NOVOA VASQUEZ  
JOSE DOMINGO ELUCHANS URENDA  
JAVIER GONZALEZ BARILARI  
EDUARDO VILA IRARRAZAVAL

TEATINOS 248-PISO 10º  
FONO: 725028  
TELEX: 340171 ELUCH CK  
FAX: 6989817  
SANTIAGO-CHILE

OPINION LEGAL

Se me ha solicitado informe acerca de la constitucionalidad de los regímenes de pesquerías establecidos en la Ley 18.892, publicada en el Diario Oficial de 23 de Diciembre de 1989 y de un anteproyecto modificatorio de la misma ley preparado por la Subsecretaría de Pesca.

Me referiré, a continuación, previa introducción al tema, a las cuestiones que él suscita.

1. El Derecho del Mar.

1.1 El Art. 589 del Código Civil indica:

" Se llaman bienes nacionales aquellos cuyo dominio pertenece a la nación toda.  
Si además su uso pertenece a todos los habitantes de la nación, como el de calles, plazas, puentes y caminos, el mar adyacente y sus playas, se llaman bienes nacionales de uso público o bienes públicos.  
Los bienes nacionales cuyo uso no pertenece generalmente a los habitantes, se llaman bienes del Estado o bienes fiscales."

Los bienes fiscales constituyen el patrimonio particular del Estado y le pertenecen a éste en cuanto sujeto de derecho privado. En esta área, es decir, en lo que concierne a la administración y disposición de los bienes fiscales, el Estado actúa sujeto al fuero común.

- 2 -

Los bienes nacionales de uso público son aquéllos cuyo uso corresponde a todos los habitantes, están fuera del comercio humano y son imprescriptibles.

No existe en el Código Civil norma expresa que determine la no comerciabilidad de los bienes nacionales de uso público pero, diversas disposiciones así lo establecen como el Art. 1105, según el cual "no vale el legado de cosa incapaz de ser apropiada según el Art. 585 (cosas comunes a todos los hombres, como la alta mar), ni los de cosas que al tiempo del testamento sean de propiedad nacional o municipal y de uso público..."; el Art. 1464 expresa que hay objeto ilícito en la enajenación "de las cosas que no estén en el comercio"; el Art. 1810 dispone que "pueden venderse todas las cosas corporales o incorporales, cuya enajenación no está prohibida por ley"; y según el Art. 2498, sólo es susceptible de ganarse por prescripción "el dominio de los bienes corporales, raíces o muebles que estén en el comercio humano y se han poseído con las condiciones legales."

1.2.1 El dominio público del Estado está integrado por los bienes cuyo dominio pertenece a la nación toda y su uso corresponde a todos los habitantes del Estado. Los autores están de acuerdo en que la enumeración que hace el Art. 589 no es taxativa (Luis Claro Solar - Explicaciones de Derecho Civil y Comparado - Tomo VI - N° 156, y Arturo Alessandri y Manuel Somarriva - Curso de Derecho Civil - Tomo II, N° 383).

La subdivisión actual del dominio público es la siguiente:

- a) El dominio marítimo y de la navegación;
- b) El dominio sobre el espacio aéreo;
- c) El dominio terrestre y de las vías de comunicación, y
- d) El dominio fluvial o de las aguas terrestres.

A su vez, en el Derecho del Mar hay que distinguir:

- a) El mar territorial;
- b) La zona contigua;
- c) La zona económica exclusiva;
- d) La plataforma continental;
- e) La zona de fondos marinos y oceánicos y su subsuelo, y
- f) La alta mar.

1.2.1 El mar territorial es el mar adyacente hasta la distancia de 12 millas marinas medidas desde las respectivas líneas de base. El mar territorial es de dominio nacional (Art. 593 del Código Civil).

1.2.3 Zona contigua es un espacio marítimo que se extiende hasta la distancia de 24 millas marinas, medidas de la misma manera y sobre la cual el Estado ejerce jurisdicción para objetos concernientes a la prevención y sanción de las infracciones de sus leyes y reglamentos aduaneros, fiscales, de inmigración o sanitarias (Art. 593 del Código Civil).

1.2.4 El mar adyacente que se extiende hasta las 200

millas marinas contadas desde las líneas de base a partir desde las cuales se mide la anchura del mar territorial, y más allá de este último, se denomina zona económica exclusiva. En ella el Estado ejerce derechos de soberanía para explorar, explotar, conservar y administrar los recursos naturales vivos y no vivos de las aguas subyacentes al lecho, del lecho y el subsuelo del mar, y para desarrollar cualesquiera otras actividades con miras a la exploración y explotación económica de esa zona. (Art. 596 del Código Civil inciso 1º).

1.2.5 La plataforma continental en cierta manera forma parte de la zona económica y exclusiva pues comprende el lecho y el subsuelo de las áreas submarinas que se extienden más allá de su mar territorial y a todo lo largo de la prolongación natural de su territorio hasta el borde exterior del margen continental, o bien hasta una distancia de 200 millas marinas contadas desde las líneas de base a partir de las cuales se mide la anchura del mar territorial, en los casos en que el borde exterior del margen continental no llegue a esa distancia (Art. 76.1 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar).

Conforme a la ley chilena el Estado ejerce derechos de soberanía exclusivos sobre la plataforma continental para los fines de la conservación, exploración y explotación de sus recursos naturales, y, además, le corresponde toda otra jurisdicción y derechos previstos en el Derecho Internacional respecto de la zona económica exclusiva y de la plataforma continental (Art. 596 inciso 2º y 3º del Código Civil).

1.2.6 Los fondos marinos y oceánicos y su subsuelo fuera de los límites de la jurisdicción nacional se denominan corrientemente "Zona" y dicha Zona y sus recursos son patrimonio común de la humanidad (Art. 111 y 136 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar).

1.2.7 Alta mar es aquella parte del mar no incluida en la Zona económica exclusiva, en el mar territorial o en las aguas interiores de un Estado, ni en las aguas archipelágicas de un Estado archipelágico (Art. 86 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar). La alta mar está abierta a todos los Estados, sean ribereños o sin litoral.

1.3 Según la Ley chilena (Art. 585 del Código Civil) la alta mar es una cosa que la naturaleza ha hecho común a todos los hombres, no es susceptible de dominio y ninguna nación, corporación o individuo tiene derecho de apropiársela.

La anchura del mar territorial actualmente aceptada difiere de la que originalmente fijaba el Código Civil y que el Derecho Internacional admitía.

En esta materia Chile ha tenido una preocupación preferente que se inició con derivación universal el 23 de Junio de 1947 mediante una Declaración Oficial del Presidente Gabriel González Videla sobre jurisdicción marítima. En dicha declaración, luego de diversos

EDMUNDO ELUCHANS Y CIA.  
ABOGADOS

- 6 -

considerandos el Gobierno de Chile confirmó y proclamó la soberanía nacional sobre todo el zócalo continental adyacente reivindicando "todas las riquezas naturales que existen sobre dicho zócalo, en él y bajo él, conocidas o por descubrirse."

En la Declaración de Santiago de 18 de Agosto de 1952, los Gobiernos de Chile, Ecuador y Perú declararon "como norma de su política internacional marítima, la soberanía y jurisdicción exclusivas que a cada una de ellos corresponde sobre el mar que baña las costas de sus respectivos países, hasta una distancia mínima de 200 millas marinas desde las referidas costas."

La Ley chilena reconoce como modo de adquirir el dominio de las cosas que no pertenecen a nadie mediante la ocupación, a menos que la adquisición esté prohibida por la Ley interna o por el Derecho Internacional.

La pesca es una especie de ocupación por la cual se adquiere el dominio de los animales bravíos. Entre los animales bravíos o salvajes, que son los que viven actualmente libres e independientes del hombre, se encuentran los peces.

Todo lo anterior está determinado por los Arts. 606, 607 y 608 del Código Civil.

Con fecha 10 de Diciembre de 1982, en Montego Bay, se aprobó la Convención de las Naciones Unidas sobre

el Derecho del Mar. Esta Convención, por razones que no se relacionan con el tema que nos ocupa, aún no ha sido ratificada por el Estado de Chile. En la práctica, sin embargo, es reconocida aún por los organismos y las Cortes Internacionales y constituye un elemento esencial en la definición, aplicación e interpretación del Derecho del Mar.

A consecuencia de la señalada Convención se modificaron los Arts. 593, 596 y 611 del Código Civil, introduciendo los conceptos de mar territorial, zona adyacente, plataforma continental y zona económica exclusiva a que hemos aludido precedentemente.

Los internacionalistas conceptúan que las reformas del Código Civil han incorporado las instituciones de la Convención de las Naciones Unidas lo cual implicaría un reenvío del Derecho Interno al Derecho Internacional, conforme a cuyos principios y normas debe determinarse el contenido y alcance de los conceptos marítimos de pesquería. (Santiago Benadava - Derecho Internacional Público - Págs. 83-84).

1.4.1 A este respecto es útil esclarecer que los peces no han perdido su carácter de res nullius desde el punto de vista del Derecho Interno, a consecuencia de la citada Convención.

Esto es obvio, pues, de otra manera, el legislador habría tenido, necesariamente, que introducir

- 8 -

enmiendas de fondo en el modo de adquirir denominado "ocupación" cuyos principios y normas fundamentales permanecen en absoluta vigencia.

Hay que hacer un distingo entre el Derecho Internacional y el Derecho Privado. Para el resto de los países que no tienen dominio sobre la Zona económica exclusiva chilena, las cosas en él existentes han dejado de ser res nullius, por estar en área sujeta a soberanía y jurisdicción excluyente del Estado ribereño.

Para quienes tienen derecho a pescar en el mar territorial chileno la riqueza pesquera continúa siendo res nullius. Los peces y la riqueza hidrobiológica existentes en la Zona económica exclusiva no pertenecen al Estado chileno.

1.4.2 Debe tenerse presente, además de lo expresado, que en la Zona económica exclusiva los Estados ribereños tienen derechos de soberanía para los fines de exploración y explotación, conservación y administración de los recursos naturales y, además, jurisdicción respecto de ella. (Convención - Art. 56. 1 a) y b). En el ejercicio de tales derechos los Estados ribereños podrán determinar la captura permisible (Art. 61.1), velarán por la preservación de los recursos vivos de su zona económica y que ésta no se vea amenazada por un exceso de explotación (Art. 61.2); promoverán la utilización óptima de los recursos vivos (Art. 62.1) y, en fin, como resultado de revisar los Arts. 246, 252, 253, 260, 297, etc. de la

Convención, lo que al Estado se le reconoce y confiere no es la propiedad o dominio sobre los peces y la riqueza del mar sino un concepto de "dominio nacional", como antitético de "internacional" pero no identificable como bien propio del Estado con las facultades inherentes de uso, goce y disposición que otorga el dominio.

La Zona económica exclusiva está enlazada con el concepto de jurisdicción, o sea "extensión y límites del poder" (Capitant - Vocabulario Jurídico - Pág. 336), o como "jurisdicción territorial en sentido espacial: ámbito general del país, de sus aguas adyacentes o de su espacio aéreo, así como de cada una de las circunscripciones territoriales, en las cuales ejerce sus funciones un órgano del Poder Público." (Couture - Vocabulario Jurídico - Pág. 369).

También lo está con el de "soberanía" o sea el "poder político del Estado en manos de los gobernantes" (Capitant - Idem, Pág. 520) o, según definición de Rafael Bielsa ("El Orden Político y las Garantías Jurisdiccionales" - Buenos Aires, 1943, Pág. 7) "la soberanía es un concepto jurídico y político, pero sobre todo es lo primero. La soberanía es atributo exclusivo del Estado."

1.5 Nuestra conclusión es, por consiguiente, que las reformas introducidas al Código Civil, como secuencia de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, no han modificado el libre acceso y el derecho a pescar y adquirir por ocupación la riqueza hidrobiológica

existente en el mar económico chileno. Más bien debemos afirmar que la nueva redacción de algunos preceptos del Código Civil ha tendido únicamente a situar el Derecho Interno relativo a la pesca en concordancia con las instituciones vigentes del Derecho del Mar que reconocen al Estado ribereño derechos y jurisdicciones oponibles erga omnes (María Teresa Infante - "Los espacios marítimos en el Código Civil chileno" - "La reforma de 1986" - Revista Chilena de Derecho - Volúmen XVI Nº 2 - Págs. 493 y siguientes).

## 2. Situación de la Pesquería antes de la Ley 18.892.

2.1 La Ley 18.892 substituyó el régimen jurídico contemplado en el D.F.L. 5 publicado en el Diario Oficial de 15 de Noviembre de 1983, el cual fijó el Texto Refundido, Coordinado y Sistematizado del D.F.L. 34 de 1931 que "legisla sobre la industria pesquera y sus derivados."

2.2 Un breve análisis del D.F.L. 5 antes citado indica lo siguiente:

En el Título I) se define la pesca, lo que puede ser objeto de la pesca, los lugares en que puede efectuarse y los métodos de pesca.

En el Título II) se disciplina la situación de los pescadores en términos de libertad previa obtención de un carnet y de practicar una inscripción.

- 11-

El Título III) determina las funciones y atribuciones del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción sobre el sector pesquero.

Se contemplan normas tendientes a promover el desarrollo del sector, pero, al mismo tiempo, la producción, conservación y aprovechamiento integral de los recursos hidrobiológicos y del ambiente acuático del país.

En este Título, se faculta a la Subsecretaría de Pesca (Art. 17 letra d) para:

"pronunciarse, mediante resolución, sobre las solicitudes de permisos de pesca de buques nacionales o extranjeros y para instalación, ampliación o traslado de industrias pesqueras y de establecimientos de cultivos."

En relación al Servicio Nacional de Pesca se expresa que le corresponde, entre otras funciones "informar al Subsecretario de Pesca sobre las solicitudes de permiso de pesca de buques nacionales o extranjeros, y para instalación, ampliación o traslado de industrias pesqueras y de establecimientos de cultivos", debiendo además, "llevar los registros de industrias y embarcaciones pesqueras, de establecimientos de cultivos y de pescadores artesanales y los demás que exijan las leyes o reglamentos (Art. 28 letras c) y f).

En el Título IV) se imponen diversas prohibiciones y restricciones a la captura, extracción, posesión, propagación, elaboración, transporte y comercialización de recursos hidrobiológicos.

En el Título VI, denominado "Procedimientos y Finalidades" se determina a quién corresponde la responsabilidad del cumplimiento de las normas pesqueras y se establecen diversas sanciones para los infractores de las disposiciones legales y reglamentarias sobre pesca, caza marítima y demás formas de explotación de los recursos hidrobiológicos.

Entre las sanciones, que son varias y de distinto rango, se incluye "la suspensión o caducidad de las autorizaciones" de pesca y "la clausura de los establecimientos, industrias o locales comerciales en que se hubiere sorprendido la infracción" (Art. 47).

El Art. 49 también contempla una sanción drástica para un caso de violación que describe señalando que si ella ocurre, procederá "el comiso de los recursos capturados o extraídos y de los elementos utilizados y la caducidad de la autorización, matrícula o licencia."

Se verá más adelante, al analizar la naturaleza jurídica de las autorizaciones o permisos otorgados por la legislación anterior, la trascendental importancia que tiene la existencia de estas causales de caducidad del permiso o autorización (Arts. 47 y 49 del D.F.L. Nº 5), cuyo origen emana del Art. 25 del D.F.L. 34 y del Art. 1º letra A) de la Ley 18.129 y del Art. 27 del D.F.L. 34 y Art. 1º letra A) de la Ley 18.129, respectivamente.

Se trata de sanciones, pues, existentes desde

antaoño y que, precisamente por existir, le dan a la autorización o permiso para pescar conferido a los industriales estabilidad e inamovilidad administrativas que tiene particulares consecuencias jurídicas como se apreciará.

Por último, el Título VI señala algunas disposiciones generales que no es del caso comentar.

3. El derecho de propiedad y el principio de subsidiariedad en la Constitución de 1980.

3.1 El derecho de propiedad o dominio es un derecho real sobre cosas corporales o incorporeales para usar, gozar y disponer de ellas.

La Constitución Política de la República asegura a todas las personas:

"El derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales e incorporeales."

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

"Nadie puede, en caso alguno, ser privado de su propiedad, del bien sobre que recae o de alguno de

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

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

"La toma de posesión material del bien expropiado tendrá lugar previo pago del total de la indemnización, la que, a falta de acuerdo, será determinada provisionalmente por peritos en la forma que señale la ley. En caso de reclamo acerca de la procedencia de la expropiación, el juez podrá, con el mérito de los antecedentes que se invoquen, decretar la suspensión de la toma de posesión." (Art. 19 N° 24 incisos 1° a 5°).

3.2 La normativa constitucional, sin embargo, ha ido más lejos dentro de su propósito de estructurar la economía chilena bajo el imperio del Derecho Público.

Así, por ejemplo y como complemento del N° 24 del Art. 19 encontramos:

- El Art. 19 N° 2° que establece la igualdad ante la ley y que agrega que "ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias."

- El N° 20 del Art. 19 prohíbe al legislador establecer tributos manifiestamente desproporcionados o injustos.
- El N° 21 del Art. 19 reconoce el derecho a desarrollar cualquier actividad económica que no sea contraria a la moral, el orden público o a la seguridad nacional, respetando las normas legales que la regulan.
- El mismo N° 21 del Art. 19 indica que el Estado y sus organismos podrán desarrollar actividades empresariales o participar en ellas sólo si una ley de quorum calificado lo autoriza.

En tal caso, esas actividades estarán sometidas a la legislación común aplicable a los particulares, sin perjuicio de las excepciones que por motivos justificados establezca la ley, la que deberá ser, asimismo, de quorum calificado.

- El N° 22 del Art. 19 reconoce el derecho a "la no discriminación arbitraria en el trato que deben dar el Estado y sus organismos en materia económica."
- El N° 23 del Art. 19, complemento y antecedente esencial del derecho de propiedad garantizado en el N° 24, expresa que la Constitución asegura "la libertad para adquirir el dominio de toda clase de bienes, excepto aquéllos 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."

- El N° 26 del Art. 19 contempla "la seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que ésta establece o que las limiten en los casos que ella lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio."

Para resguardar jurídicamente algunos de los valores vitales enumerados en el Art. 19 de la Carta política, el Art. 20 ha establecido el recurso de protección, el cual permite recurrir a los Tribunales de Justicia a fin de que éstos adopten, en caso de arbitrariedad o ilegalidad, las providencias que juzguen necesarias para restablecer el imperio del derecho.

3.3 El derecho al dominio es de la naturaleza humana y no nace por mérito de la ley escrita. La Constitución al enunciarlo y defenderlo como atributo propio de la persona, no hace sino someterse a una ley superior y anterior al Estado.

Es por eso que el Art. 1° de la Constitución de 1980 declara que el Estado está al servicio de la persona

humana y que su finalidad es promover el bien común por lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y moral posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que la Constitución establece.

El Art. 5º agrega que el ejercicio de la soberanía por parte del Estado reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana.

La juridicidad está ordenada por los Arts. 6º y 7º de la Constitución Política, sometiendo a los órganos del Estado a la Constitución y a la ley y declarando que sólo son válidos aquellos actos que las magistraturas o poderes establecidos realizan, en virtud de facultades que les hayan sido conferidas por la Constitución o las leyes, pues en caso contrario adolecen de nulidad.

3.4 La subsidiariedad se arraiga en los derechos de las personas y de los grupos intermedios y significa que el Estado no debe suplantar ni substituir a la persona o a dichos grupos en las actividades que a ellas corresponden en busca del bien común.

La Constitución de 1980 tiene como cimiento la libertad económica y social y sus preceptos substraen del rol del Estado aquellas tareas que son propias de la persona o de la empresa privada, si se analiza específicamente el tema en el área económica.

- 18 -

Hay quienes han estimado que lo que los constitucionalistas comúnmente llaman "orden público económico" está precisamente formado por la combinación del derecho de propiedad, del principio de subsidiariedad y de las normas que garantizan la seguridad nacional. (Jorge Varela del Solar - Subsidiariedad, Orden Público Económico y Seguridad Nacional en la Constitución de 1980 - Revista Chilena de Derecho - Volumen XVI, N° 2, Pág. 380 y siguientes).

El tema de la subsidiariedad no es sólo jurídico, sino que también moral y conceptual.

El Pontífice Juan XXIII en "Mater et Magistra" defiende el principio de subsidiariedad y lo determina como aquél "según el cual no deben extender su propiedad el Estado ni las otras entidades de derecho público, sino cuando lo exijan motivos de manifiesta y verdadera necesidad de bien común, y no con el fin de reducir la propiedad privada, y menos aún de eliminarla". (N° 117).

Ya antes y en la misma Encíclica Juan XXIII señaló:

"Manténgase siempre a salvo el principio de que la intervención de las autoridades en el campo económico, por dilatado y profundo que sea, no sólo no debe coartar la libre iniciativa de los particulares, sino que, por el contrario, ha de garantizar la expresión de esa libre iniciativa, salvaguardando, sin embargo, incólumes los derechos

- 19-

esenciales de la persona humana. Entre éstos hay que incluir el derecho y la obligación que a cada persona corresponde de ser normalmente el primer responsable de su propia manutención y de la de su familia, lo cual implica que los sistemas económicos permitan y faciliten a cada ciudadano el libre y provechoso ejercicio de las actividades de producción." (Nº 55).

El mismo Pontífice Juan XXIII en "Pacem in Terris" reitera esta idea expresando con vigor que "en cada nación es menester que las relaciones que medien entre la autoridad pública y los ciudadanos, las familias y las asociaciones intermedias, se rijan y moderen con el principio de subsidiariedad." (Nº 140).

Juan Pablo II, en su visita a Chile, en la Sede de las Naciones Unidas en Santiago (CEPAL) dijo al respecto:

"A este respecto, y en línea de principio, se os plantea un primer problema en relación con el protagonismo del Estado y de la empresa privada. Como presupuesto doctrinal me limitaré a recordar un postulado bien conocido de la enseñanza de la Iglesia en materia social: la relación de subsidiariedad. El Estado no debe suplantar la iniciativa y la responsabilidad que los individuos y los grupos sociales menores son capaces de asumir en sus respectivos campos; al contrario, debe favorecer activamente esos ámbitos de libertad; pero, al mismo tiempo, debe ordenar su desempeño y velar por su adecuada inserción en el bien común."

Fluye de todo lo relacionado que en la Constitución de 1980 se recogen los elementos organizativos y éticos de la sociedad moderna: Derecho de propiedad, acceso a ella, inviolabilidad del dominio corporal e incorporal, intangibilidad del derecho en términos que el dominio se haga ilusorio, acciones para proteger la propiedad frente a la autoridad, principio de subsidiariedad, exclusión del Estado como conductor o sustituto de las personas y de las empresas privadas, y búsqueda, en fin, en armónica expresión de todos estos valores, de la seguridad nacional, del desarrollo y del bien común.

Estos principios doctrinarios nos serán de provecho en las materias que se examinarán a continuación.

4. Análisis específico de la Ley 18.892 y del Anteproyecto de la Subsecretaría de Pesca.

4.1 La Ley 18.892 se publicó en el Diario Oficial de 23 de Diciembre de 1989 y se denomina Ley General de Pesca y Acuicultura. Esta ley ha sido modificada con posterioridad por las Leyes 18.899 (D.O. 30 de Diciembre de 1989), 18.959 (D.O. 24 de Febrero de 1990) y 18.977 (D.O. 30 de Marzo de 1990).

4.2 Se ha cuestionado la inconstitucionalidad formal de esta ley por haberse omitido el control preventivo del Tribunal Constitucional en los asuntos que tienen carácter de leyes orgánico-constitucional y el dictamen de la Corte Suprema por aquellos aspectos que envuelven cuestiones

atinentes a los Tribunales. No nos referiremos a esta cuestión por cuanto ella deberá replantearse eventualmente si progresan los proyectos modificatorios de la Ley de Pesca suspendida actualmente en sus efectos y, asimismo, porque la Jurisprudencia de la Corte Suprema reiteradamente ha rechazado los recursos de inaplicabilidad por vicios de forma (Repertorio de la Legislación y Jurisprudencia Chilenas - Código Civil - Jurisprudencia del Art. 1º; Alejandro Silva Bascuñán - "Tratado de Derecho Constitucional" - Tomo III, Nº 446).

4.3 Un estudio conciso del articulado de la Ley, especialmente referido al Título III, nos permite presentar sus normas de la siguiente manera.

4.3.1 El Régimen General de Acceso es el que se aplica a las pesquerías que no han alcanzado el estado de plena explotación. La norma común es la libertad de pesca sin más requisitos que inscribirse previamente en el Registro Industrial que llevará la Subsecretaría (Art. 10).

4.3.2 Las unidades de pesquería que hayan alcanzado un estado de plena explotación deberán ser declaradas sujetas al Régimen de Administración de Pesquerías en Plena Explotación, con el propósito de tutelar la preservación de los recursos hidrobiológicos y propender a su utilización óptima (Art. 15).

Esta declaración debe efectuarse por Decreto Supremo que deberá ser publicado en el Diario Oficial, previo informe de la Subsecretaría y del Consejo Nacional de Pesca.

- 22-

Declarado el Régimen de Administración de Pesquerías en Plena Explotación queda suspendido a su respecto el régimen de libertad de pesca.

De allí en adelante se requerirán "permisos de pesca" y sólo quienes los posean podrán realizar actividades extractivas.

La declaración del régimen excepcional sólo podrá hacerse dentro de los 6 primeros meses de cada año calendario.

Cuando se declara una unidad de pesquería sujeta al Régimen de Administración en Plena Explotación deberá procederse durante el transcurso del año calendario en que ella se haga a la asignación individual de los permisos de pesca.

Para cada unidad de pesquería sujeta a este régimen se fijará la cuota anual de captura del recurso para el año calendario siguiente, expresado en peso.

Los permisos de pesca determinarán una asignación fundada en cálculos históricos que la ley latamente señala. Alrededor del 75% de la cuota global anual se fraccionará de acuerdo a los precedentes que hayan registrado las empresas pesqueras en los tres años anteriores y el resto de la cuota se subastará.

El permiso de pesca que se otorgue durante el

- 23-

régimen de administración de pesquerías en plena explotación "es una concesión administrativa que rige durante el período de vigencia del Régimen de Administración de Pesquerías en Plena Explotación que otorga los derechos y obligaciones que se establecen en la presente ley, sujeta además a las causales de caducidad establecidas en el Art. 107." (Art. 18 inciso 1º).

Estos permisos de pesca son transferibles, transmisibles y divisibles.

Queda prohibido poseer un 50% o más de los coeficientes totales correspondientes a los permisos de pesca de cualquier unidad de pesquería. Tratándose de especies pelágicas procede ajustar la cuota anual de captura por una sola vez siempre que haya motivos calificados y previo informe del Consejo Nacional de Pesca.

Los titulares de permisos podrán determinar libremente el tipo de embarcación y el arte de pesca salvo las restricciones que imponga la ley.

Si un titular de permiso excede su cuota se le deducirá el doble de lo extraído en forma adicional de las cuotas futuras. Pero si un titular no copare su cuota, el remanente no usado no podrá acumularlo para el año siguiente.

El Régimen de Administración en Plena Explotación expira cuando se establece por un período de

- 24 -

cinco años el crecimiento sostenido del recurso hidrobiológico, caducando los permisos excluyentes que de él derivaron por el solo ministerio de la ley y restableciéndose el régimen de libre acceso que es la norma común.

4.3.3 El Título III contempla otras normas como pago de patentes, subasta de permisos sin pago de patente cuando se incrementa en 33% o más la cuota base de referencia, y un conjunto de otros preceptos que parece inoficioso examinar más en detalle.

4.3.4 La Ley contiene diversos artículos transitorios entre los cuales cabe destacar el Artículo 1º que declara desde ya en plena explotación y sujetas al régimen de administración algunas pesquerías pelágicas y demersales que, en síntesis, son las siguientes:

- "Anchoveta (I y II Regiones)
- "Sardina Española (I y II Regiones)
- "Jurel (I, II y VIII Regiones)
- "Langostino Colorado (VIII Región)
- "Merluza Común (IV y VIII Regiones)
- "Merluza del Sur (Paralelo 43.00 al 57.00)
- "Congrio Dorado (Paralelo 43.00 al 57.00)

De esta forma, no podrán ingresar a las áreas de pesca señaladas para actividades pesqueras extractivas, otras naves o embarcaciones pesqueras distintas de las autorizadas a la fecha de publicación de la Ley, en virtud

de resoluciones de la Subsecretaría de Pesca dictadas en conformidad al D.F.L. N° 5 de 1983, y que hubiesen informado de capturas en dichas áreas, según corresponda a cada unidad de pesquería, dentro de los últimos doce meses anteriores a la fecha de la publicación de esta ley. Sin embargo, podrán efectuarse sustituciones de naves o embarcaciones pesqueras, o de sus titulares, en conformidad al reglamento.

Con todo, podrán ingresar a las áreas de pesca de las unidades de pesquería establecidas en este artículo, los armadores pesqueros que, no habiendo aún iniciado actividades pesqueras extractivas en ellas, cuenten con la autorización vigente de la Subsecretaría de Pesca, e ingresen efectivamente dentro del plazo de 270 días a contar de la fecha de publicación de esta ley.

Cabe destacar que las licencias para la captura de sardina española, anchoveta y jurel, en las áreas de pesca definidas, se asignarán dentro del segundo semestre de 1990, en conformidad al procedimiento de asignación correspondiente a las unidades de pesquería en plena explotación y considerando las capturas efectuadas en los años 1987, 1988 y 1989.

En el caso del langostino colorado, merluza común, merluza del sur y congrio dorado, los permisos de pesca correspondientes se asignarán dentro del segundo semestre de 1991, considerando las capturas efectuadas en los años 1988, 1989 y 1990.

4.3.5 Sin perjuicio de que más adelante se hará un análisis constitucional y jurídico de las normas contenidas en este Título III de la Ley de Pesca, vale la pena consignar las opiniones que han merecido sus preceptos a diversos sectores de la opinión pública que, básicamente, formulan las siguientes críticas:

a) El régimen de acceso manejado por el Estado constituye una alteración profunda de las normas vigentes y son particularmente dañosas para las empresas que están operando, las cuales tienen enormes inversiones efectuadas a base de la buena fe de un acceso real a los recursos hidrobiológicos.

b) Hay privación de derechos y una reducción obligada de capacidad empresarial como consecuencia de las medidas que contempla el Título III de la Ley.

No consta que haya elementos científicos y análisis de las especies que permitan establecer de un modo confiable la magnitud de las biomasas de peces y de los volúmenes explotables, lo cual hace dudoso que resulte a la postre equitativa la determinación de cuotas de captura.

c) El régimen de subastas de cuotas no aparece con contornos claros en la ley a objeto de evitar distorsiones.

d) Los empresarios privados ya han sentido el impacto de la inseguridad que esta ley les provoca, lo

cual significa y significará un detrimento en la producción y un daño positivo en la balanza comercial de Chile, aparte de las secuelas laborales y sociales que obviamente traerá consigo el sistema que la ley proyecta.

e) No está lógicamente defendido el concepto básico de que el Estado debe contribuir y alentar la investigación y la preservación de las riquezas del mar. No se advierte cómo los empresarios privados van a efectuar inversiones respecto a especies, a métodos, a zonas y a otros factores concernientes a la pesquería si, a la postre, ignoran si van a poder obtener un aprovechamiento útil de sus esfuerzos, como quiera que el Estado será el dispensador discrecional de los permisos de pesca.

4.3.6 En síntesis, la Ley de Pesca ha dado origen a una reacción de tal naturaleza que ha sido menester que se dictara la Ley 18.977, publicada en el Diario Oficial de 30 de Marzo de 1990, la cual dispuso que la entrada en vigencia de la nueva normativa jurídica se postergaba hasta el 1º de Octubre de 1990.

En razón de ello, la Subsecretaría de Pesca ha elaborado un anteproyecto modificatorio de la Ley 18.892 al cual nos referiremos enseguida.

4.4 En el Título III y disposiciones transitorias, el anteproyecto de la Subsecretaría de Pesca dispone tres regímenes de acceso a la actividad pesquera.

4.4.1 El Régimen general de Acceso es el que se aplica a las pesquerías no sometidas. al régimen especial ni al régimen extraordinario de acceso. El párrafo 1º del Título III que antes se denominaba "Del Régimen y Libertad de Pesca" ahora pasó a llamarse "Del Régimen General de Acceso".

Según el anteproyecto los interesados deben solicitar "autorización" a la Subsecretaría para desarrollar actividades pesqueras extractivas. Habrá un Registro para las autorizaciones y permisos y la inscripción en él es una solemnidad habilitante para el ejercicio de los derechos de pesquería.

Puede apreciarse que en este régimen general existe total discrecionalidad de la autoridad para aceptar o rechazar la solicitud respectiva, sin que se contemplen derechos para el afectado.

4.4.2 El Régimen Especial de Acceso se denomina en el anteproyecto como "Administración de Pesquerías en Plena Explotación". Se establece por Decreto Supremo previo informe de la Subsecretaría y del Consejo Nacional de Pesca dentro de los seis primeros meses de cada año calendario. Con igual procedimiento puede pasarse del régimen especial al régimen general (Art. 14).

En este régimen se otorgan permisos especiales de pesca a cada armador que demuestre haber realizado con cada una de sus embarcaciones actividades pesqueras

extractivas durante un período no inferior a seis meses dentro del año anterior a la entrada en vigencia del Decreto Supremo que la declare en estado de plena explotación. Los permisos especiales asignarán las unidades de esfuerzo pesquero que cada armador podrá desarrollar anualmente y comenzarán a regir a partir del año calendario siguiente al de la declaración (Art. 15).

Los Arts. 16 y 17 del anteproyecto señalan normas para determinar la participación proporcional de cada armador en las unidades de esfuerzo todo lo cual será establecido por Decreto Supremo previo informe de la Subsecretaría y consulta al Consejo Nacional de Pesca.

En esta parte el anteproyecto consulta normas bastante difusas que se prestan a diversas interpretaciones y que, en definitiva, desembocan en que el Ejecutivo podrá libremente o con una libertad sin disciplina asignar derechos o permisos en este régimen de excepción, todo lo cual acarrea consecuencias jurídicas que oportunamente se señalarán.

4.4.3 Por último (Art. 18 y Art. 19) el anteproyecto contempla un Régimen Extraordinario de Acceso a las pesquerías que hayan sido declaradas en plena explotación cuando resulte recomendable su reemplazo por un sistema de cuotas individuales de captura, a cuyo efecto será necesario contar con la información de captura completa y fidedigna por armador correspondiente a un período de tres años anteriores a la declaración del régimen.

- 30-

Este sistema de acceso también se declara mediante Decreto Supremo previo informe técnico de la Subsecretaría y consulta al Consejo Nacional de Pesca dentro de los primeros seis meses de cada año calendario. En forma similar podrá pasarse de un régimen extraordinario de acceso al régimen especial de acceso.

Se otorgarán permisos extraordinarios de pesca a los armadores pesqueros industriales, que indicarán el porcentaje de participación relativo que les corresponderá en la explotación de una especie hidrobiológica que pueden capturar anualmente en la unidad de pesquería respectiva, y que comenzarán a regir a partir del año calendario siguiente al de la declaración de este régimen. Los permisos extraordinarios de pesca revocan los permisos especiales y viceversa si hay cambio de sistema.

La asignación individual inicial de las cuotas de captura se hará considerando la Cuota Anual Base de Referencia y el promedio aritmético de las capturas anuales de cada armador correspondiente a los tres años anteriores a la declaración del régimen extraordinario. Dentro del último bimestre del año calendario que declare la pesquería en plena explotación el Ministerio establecerá la Cuota Anual Base de Referencia y dentro de igual período establecerá la Cuota Anual de Captura.

Innecesario parece reiterar que, otra vez, retorna el anteproyecto a un sistema jurídico y administrativo que en nada se aviene con principios

elementales de seguridad, propiedad y subsidiariedad, como quiera que el régimen extraordinario de acceso podrá ordenarse por el Gobierno cuando resulte "recomendable" y, a mérito de ello, se asignarán cuotas individuales de captura. No es dudoso que esta estructura de un régimen operativo se aparta notoriamente de la seriedad jurídica y de la institucionalidad vigente.

4.4.4 Los Arts. 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27 y 28 conforman el párrafo 4º del Título III bajo el epígrafe "De las Normas Comunes a los Permisos de Pesca."

También en este conjunto de preceptos que contienen reglamentaciones que no nos parece indispensable profundizar, se advierte la misma filosofía inspiradora de entregar a la autoridad amplia potestad para examinar situaciones, calificar hechos y adoptar medidas administrativas de efectos importantes para la industria pesquera y para los que participan en ella.

4.4.5 Finalmente cabría señalar que el anteproyecto propone modificar el Art. 107 de la Ley de Pesca que señala las causales de caducidad de los permisos. Las enmiendas son adecuaciones de texto para armonizar la redacción del Art. 107 con la nueva legislación que se plantea. Se mantiene, empero, como único recurso contra la caducidad de los permisos, el de la reconsideración ante la Subsecretaría de Pesca, sin que se señalen recursos de otro carácter para impugnar una decisión administrativa de esta naturaleza.

5. Análisis Constitucional.

5.1 En nuestra opinión tanto la Ley de Pesca como el proyecto modificadorio elaborado por la Subsecretaría de Pesca contienen claras violaciones de fondo de la Constitución Política del Estado.

5.2 El artículo 19 N° 21 de la Constitución asegura "el derecho a desarrollar cualquiera actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional, respetando las normas legales que la regulen".

Las normas a que precedentemente nos hemos referido - tanto de la Ley como del ante proyecto -, eliminan el derecho a desarrollar actividades legítimas, tanto para los actuales empresarios cuanto para los que eventualmente pudieren querer serlo en el futuro, ya que no existe aquí una regulación sino que una atribución a la autoridad administrativa, para que, a su sólo arbitrio y sin recurso jurisdiccional en su contra, pueda establecer regímenes pesqueros, asignar cuotas o cupos de captura y, en definitiva, asumir el carácter de dispensador de la gracia de tener derecho a una actividad que la Constitución permite.

Adviértase que el recurso de protección del artículo 20 sólo procede en algunos casos y circunstancias de manera que no es aceptable como norma general, ni encuadra en la regla del N° 21 del artículo 19, la discrecionalidad funcionaria sin recursos ante la justicia para atacar sus consecuencias.

El recurso de protección, en efecto, exige que haya arbitrariedad o ilegalidad, lo que no será fácil de probar por parte del afectado si la atribución que el Estado ejerce a través de sus funcionarios no tiene una regla objetiva y clara que señale sus contornos y limitaciones. En tal hipótesis, probablemente los Tribunales no se inclinarán por calificar ni de ilegal ni de arbitrario aquello que es simplemente potestativo de la autoridad, con lo cual no sólo se contraría el texto expreso del N° 21 del artículo 19, sino que la libertad empresarial, el derecho de propiedad y el principio de subsidiariedad.

5.3 El artículo 19 en su N° 22 prohíbe al Estado y a sus organismos que hagan discriminaciones arbitrarias en materia económica.

La arbitrariedad emana naturalmente de la discrecionalidad y, por consiguiente, en virtud de las mismas razones precedentemente expuestas, no puede quedar entregada a la potestad del Estado, que actúa mediante sus funcionarios, la subsistencia de los derechos económicos de las empresas, lo que nuevamente nos lleva a concluir que el marco en que está concebido el nuevo régimen pesquero se identifica no con un sistema lícito de ordenación sino que con un sistema estatista de conducción.

5.4 El artículo 19 N° 23 de la Carta Política reconoce la libertad para adquirir el dominio de toda clase de bienes, excepto aquellos que la naturaleza ha

hecho comunes a todos los hombres o que deban pertenecer a la nación toda y la ley lo declare así. Una ley de quórum calificado y cuando así lo exija el interés nacional puede establecer limitaciones o requisitos para la adquisición del dominio de algunos bienes.

La ley común no puede conculcar la libertad para adquirir el dominio de toda clase de bienes y sólo una ley de quórum calificado, según recién se ha dicho, puede establecer limitaciones o requisitos para adquirir el dominio, pero, en manera alguna, puede abrogar tal derecho.

Explicamos con anterioridad que los peces son res nullius, lo mismo que los recursos hidrobiológicos existentes en el mar territorial y en la zona económica exclusiva. Mediante el modo de adquirir ocupación, que supone aprehensión material y animus domini, opera en favor del adquirente el derecho de dominio en forma originaria.

Sin embargo, en el régimen de la ley pesquera y del anteproyecto se asigna a ciertas y determinadas personas el privilegio de poder ocupar, o sea adquirir el dominio de los peces y de los recursos hidrobiológicos, con lo cual no sólo se violenta el texto del N° 23, sino que también del de la igualdad ante la ley a que se refiere el N° 2, ambos del artículo 19 de la Carta Fundamental.

Ni aún una ley de quórum calificado podría

suprimir el derecho a la pesca para ciertos sectores entregándolo en exclusividad a otros, porque no se estaría ante limitaciones o requisitos - como señala la Constitución - sino ante una distribución por vía de autoridad, o sea por acto estatal, del acceso al dominio, lo cual transgrede categóricamente el precepto del N° 23 del artículo 19 de la Carta.

5.5 No menos grave resulta el desconocimiento por el sistema que se proyecta del N° 24 del artículo 19 que consagra el derecho de propiedad sobre bienes corporales o incorporales y que agrega que 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 la salubridad públicas y la conservación del patrimonio ambiental.

Al prohibir la ley y el anteproyecto, merced a regímenes de excepción, la ocupación o adquisición de recursos hidrobiológicos, a menos que se tenga un permiso que el Estado dispensa, de hecho suprime la ocupación como modo de adquirir y hace tabla rasa de que sólo pueden existir "limitaciones y obligaciones", pero que los modos de adquirir el dominio son el acceso ineludible y la única vía de que éste pueda nacer y permanecer.

La historia de la Carta Fundamental, en esta parte (Actas Sesión 150, páginas 13 y 15 y Sesión 155,

páginas 15 y 16) muestra que los constitucionalistas señores Alejandro Silva Bascañán y Enrique Ortúzar Escobar fueron categóricos en que no podía la ley establecer modos de adquirir arbitrarios o restringidos y que había que defender el derecho de propiedad en su esencia y que las limitaciones o restricciones que herían lo vital del derecho de dominio o el modo de adquirirlo eran contrarias a la Constitución Política.

5.6 El N° 26 del artículo 19 asegura que "los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que ésta establece o que las limiten en los casos en que ella lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio".

Esta norma es el dique insalvable que la Constitución sitúa como último numerando del artículo 19, a fin de cautelar todas las garantías y derechos que precedentemente se habían establecido.

Lo ordenado es que no se puede a través de una regla espuria, manifiesta o disimulada, derribar o debilitar los derechos y garantías constitucionales en su esencia o imponer trabas o gabelas que impidan su libre ejercicio.

De esta manera se obliga al Estado a la rectitud de sus procedimientos y se le obstruye de manera

insoslayable la posibilidad de que usando artilugios ataque la esencia de los derechos fundamentales que la Constitución asegura a todas las personas en Chile.

El Tribunal Constitucional, en sentencia de 24 de Febrero de 1987, Rol N° 43 (Eugenio Valenzuela Somarriva - Repertorio de Jurisprudencia del Tribunal Constitucional - páginas 86 y 87) sentó la doctrina siguiente:

"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 le hacen irrealizable, lo entran más allá de lo razonable o lo privan de tutela jurídica".

Lo más práctico para apreciar si se infringe o no el N° 26 del artículo 19, es examinar los efectos derivados de las limitaciones que una ley pretende establecer en lo concerniente a un derecho constitucional.

Cuando la limitación es obstructiva o extintiva de un derecho es indudable que toca su esencia. Hay quienes han proyectado una imagen geométrica de la esencia de este derecho, distinguiendo un núcleo al interior de él que no acepta o tolera la intromisión de limitaciones funcionales o restrictivas y de un espacio circular exterior concéntrico que sí las aceptaría (Taxonomía de las Limitaciones al Dominio y Derecho de Indemnización -

Salvador Mohor - Revista Chilena de Derecho, Volumen 16 N° 2, página 306).

Cualquiera que sea el ángulo desde el cual se analice la cuestión propuesta, resulta indudable que la forma en que están planteadas por la Ley de Pesca y por el anteproyecto las limitaciones al derecho de pesca, no tienen el carácter de una regulación, sino que de una supresión de un derecho, el cual deja de pertenecer a las personas naturales o jurídicas para asignarse al Estado que, a su turno, lo reasigna discrecionalmente. De esta manera no sólo se vulnera el N° 26 del artículo 19, sino que, consecuentemente, las garantías de los artículos 19 N° 2, N° 16, N° 21, N° 22, N° 23 y N° 24.

6. Derecho de dominio sobre los permisos o autorizaciones vigentes.

6.1 Interesa determinar cuál es la situación jurídica en que se encuentran las personas naturales o jurídicas que han incorporado a su patrimonio permisos o autorizaciones otorgados con la anterior normativa legal, o sea, bajo el imperio del D.F.L N° 5 que refundió la legislación sobre pesquerías.

6.2 Resulta irrelevante determinar si estos permisos pueden ser calificados jurídicamente como concesiones o como derechos administrativos. El punto a dilucidar es si tales permisos han creado o no un derecho patrimonial o de propiedad en favor de sus beneficiarios y si pueden ser

ellos extinguidos o revocados por la nueva legislación, la cual tendría efecto retroactivo al vulnerar situaciones jurídicas ya constituídas.

A este respecto conviene tener presente que la concesión es un acto de derecho público que confiere a una persona un derecho o un poder que antes no tenía, mediante la transmisión de un derecho o del ejercicio de un poder propio de la administración. Hay quienes distinguen la concesión de la autorización, basándose en que la primera crea un derecho del cual el concesionario antes carecía totalmente, al paso que la autorización permite el ejercicio de un poder o derecho pre-existente (Enrique Sayagués Laso -"Tratado de Derecho Administrativo"- Tomo 1, páginas 420 y 421).

Sea cual fuere el criterio que al respecto se siga, lo cierto es que los actos administrativos causan derechos subjetivos o situaciones jurídicas que son tuteladas y amparadas por el ordenamiento jurídico.

Al respecto se ha escrito:

"En general, podemos sostener que no pueden revocarse los actos administrativos regulares que hayan declarado derechos preexistentes en favor de terceros o que hayan sido la fuente a partir de la cual han nacido derechos subjetivos u otras situaciones constitutivas de derechos distintos de los derechos subjetivos o que, en alguna forma, hayan significado un ensanchamiento de la

esfera jurídica de que disponían los administrados antes de la intervención del acto que provocó el citado efecto de ampliación de su órbita jurídica". (Hugo Caldera Delgado, Manual de Derecho Administrativo, página 200).

6.3 La estabilidad es uno de los atributos o efectos del acto administrativo y ello es particularmente cierto cuando la ley, en forma expresa, señala las causales de caducidad o extinción de una concesión, permiso o autorización que ha sido otorgado.

Hemos visto como en el D.F.L. N° 5 los permisos o autorizaciones tienen precisas causales de extinción o caducidad previstas en los artículos 47 y 49. La doctrina administrativa está de acuerdo en que en estos casos no procede la revocación o abrogación discrecional de la concesión, permiso o autorización, porque está reglada por la propia ley la causal de extinción, y, como consecuencia de ello, el acto administrativo se ha transformado en fuente de derechos subjetivos de carácter patrimonial amparados como bien incorporal por el N° 24 del artículo 19 de la Carta Fundamental (Hugo Caldera Delgado, El Acto Administrativo, páginas 78 y siguientes).

Mientras la invalidación de un acto administrativo que es irregular resulta procedente por un acto de contrario imperio de la autoridad, el acto administrativo regular es intangible a menos que tenga un plazo determinado. Cuando el acto administrativo emerge de una legislación que contempla taxativas causales de

- 41-

expiración, sólo fenece si se incurre por el beneficiario en algunas de las causales. De este modo, el derecho de propiedad de que disfruta como consecuencia del acto de la administración es absolutamente intocable en los términos absolutos que señala el N° 24 del artículo 19 de la Constitución Política del Estado.

6.4 Permitir que con la nueva legislación queden revocados o sin efecto los permisos o autorizaciones de pesca dictados válidamente durante la vigencia de la legislación precedente, constituiría aceptar una expropiación, ya que expropiar es lo mismo que poner fuera del derecho privado, fuera del ámbito individual, es decir, mudar la naturaleza dominial y afectarla al uso público o a las decisiones del poder público (Germán Bidart Campos, Derecho Constitucional, página 11 y siguientes).

A nuestro juicio si se admitiera que la dictación de la Ley de Pesca ha puesto fin a los permisos o derechos preexistentes de los empresarios pesqueros estaríamos en el caso previsto en el inciso 3° del N° 24 de la Constitución Política, vale decir, ante una ley que autoriza la expropiación por causa de utilidad pública de un bien inmaterial incorporado irrevocablemente, salvo caducidad justificada, en el peculio de los beneficiarios respectivos. En la hipótesis descrita los expropiados tendrían derecho a una indemnización por el daño patrimonial efectivamente causado, indemnización que debe ser, ex essentia, previa y en dinero efectivo al contado.

6.5 El artículo 9º del Código Civil dispone que la ley sólo puede disponer para lo futuro y no tendrá jamás efecto retroactivo. Es tradición civilista que teniendo esta norma sólo el rango de ley, pueden efectivamente dictarse leyes con efecto retrospectivo, pero también es unánime la doctrina y la jurisprudencia en cuanto a que la retroactividad jamás puede afectar el derecho de propiedad material o inmaterial o tópicos penales, a menos que sean pro-reo.

Sobre este particular, la Ley de Efecto Retroactivo de las Leyes (7 de Octubre de 1861) enseña que las meras expectativas no forman derecho (artículo 7) lo cual indica que las situaciones establecidas y los derechos adquiridos sí se incorporan al patrimonio y no pueden ser afectados por leyes posteriores.

El artículo 10 de esta ley preceptúa que "la existencia y los derechos de las personas jurídicas se sujetarán a las mismas reglas que respecto del estado civil de las personas naturales prescribe el artículo 3º de la presente ley".

Dicho artículo 3º dice que "el estado civil adquirido conforme a la ley vigente a la fecha de su constitución, subsistirá aunque ésta pierda después su fuerza; pero los derechos y obligaciones anexos a él se subordinarán a la ley posterior, sea que ésta constituya nuevos derechos u obligaciones, sea que modifique o derogue los antiguos".

La aplicación práctica del artículo 10 de la Ley sobre el Efecto Retroactivo de las Leyes demuestra que los derechos de las empresas pesqueras emanados de la legislación anterior subsisten, cualesquiera que sean las nuevas reglas que se apliquen a futuro, sin perjuicio de sujetarse a nuevas obligaciones o ejercer nuevos derechos que se puedan atribuir. No cabe aplicar la regla de derogación de los derechos antiguos de las personas jurídicas por mandato expreso del artículo 19 N° 24 y N° 26 de la Constitución Política del Estado.

6.6 Resulta incontestable, por consiguiente, que subsisten y subsistirán con la nueva ley, los permisos o autorizaciones otorgados bajo la legislación anterior sin que puedan afectarse su pleno dominio o su esencia y sólo podrían reglamentarse o regularse en términos, como lo señaló el Tribunal Constitucional el 24 de Febrero de 1987, que no surjan exigencias que hagan irrealizable la faena de la pesquería, que la entraben más allá de lo razonable o que la priven de tutela jurídica.

Demostrado está que los regímenes de excepción previstos en la nueva ley justamente atacan a la esencia del derecho de propiedad y el libre ejercicio de las facultades que de él emanan, por lo cual cabe concluir que a la luz de la Constitución y de la ley los permisos y autorizaciones pesqueros actualmente vigentes no pueden ser afectados a futuro, a menos de que se produzca una expropiación explícita acatándose los preceptos del artículo 19 N° 24.

6.7 No podría finalizar este informe sin añadir una última e importante consideración.

Es un hecho conocido que en Chile realizan actividades pesqueras empresas extranjeras. La Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, lejos de ser xenófoba, alienta la colaboración entre los Estados para la mejor utilización de los recursos vivos.

Sin embargo, la norma prima es que el Estado ribereño efectuará a través de sus nacionales la utilización óptima de los recursos existentes en la zona económica exclusiva.

El artículo 62 N° 2 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar expresa a la letra:

"El Estado ribereño determinará su capacidad de capturar los recursos vivos de la zona económica exclusiva. Cuando el Estado ribereño no tenga capacidad para explotar toda la captura permisible, dará acceso a otros Estados al excedente de la captura permisible, mediante acuerdos u otros arreglos y de conformidad con las modalidades, condiciones y leyes y reglamentos a que se refiere ... etc."

Agrega el N° 3° del artículo 62 de la Convención que "al dar a otros Estados acceso a su zona económica

exclusiva en virtud de este artículo, el Estado ribereño tendrá en cuenta los factores pertinentes, incluidos, entre otros, la importancia de los recursos vivos de la zona para la economía del Estado ribereño interesado y para sus demás intereses nacionales ...".

La transcripción literal de las dos reglas internacionales de esta Convención, aprobada por Chile pero aún no ratificada, es demostración palmaria que hay una ilógica normativa en marcha, como quiera que se pretenden cercenar derechos sin distinción entre nacionales y extranjeros, aún afectando facultades irrenunciables que la Constitución asegura.

La explotación de los recursos vivos en la zona económica exclusiva de Chile corresponde en primer término, irrefutablemente, a los empresarios chilenos y sólo si hay captura disponible que las empresas nacionales no tienen capacidad de explotar, cabe dar acceso a otros Estados para que disfruten del excedente. Más aún, la autoridad tiene el deber, antes de desconsiderar a los nacionales, de estudiar todos los factores especialmente aquéllos que atañen a la economía de Chile.

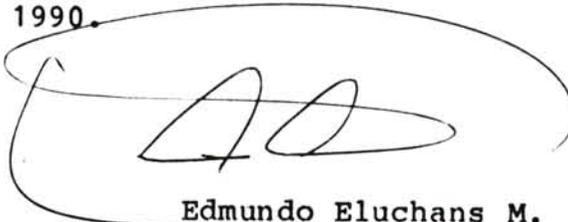
Todo lo anterior nos lleva a aseverar que el problema de la pesquería, en el orden estrictamente jurídico, debería iniciarse con sujeción a los compromisos internacionales asumidos por Chile y a las reglas de universal aplicación que son las que hemos transcrito, todo lo cual podría permitir encarar el tema relevante que

EDMUNDO ELUCHANS Y CIA.  
ABOGADOS

- 46 -

es objeto de este informe de un modo distinto al contemplado en la Ley de Pesca y en el anteproyecto que se han cuestionado.

Santiago, Junio 19 de 1990.



Edmundo Eluchans M.