

BRUNA & CIA.

ABOGADOS

GUILLERMO BRUNA CONTRERAS
RAUL BERTELSEN REPETTO
EDUARDO SOTO KLOSS
CARLOS JARPA RIVEROS
ENRIQUE PEREZ SILVA

JOSE MIGUEL DE LA BARRA 536 PISO 6
PLAZA ANDRES BELLO
330452 384461
FAX 394535
SANTIAGO DE CHILE

De acuerdo con lo solicitado tenemos el agrado de informar en derecho sobre los aspectos constitucionales del proyecto de ley aprobado por la Cámara de Diputados que modifica la ley Nº 18.892, Ley General de Pesca y Acuicultura.

Para una mejor comprensión del proyecto de ley materia de este Informe, que se tramita actualmente en el Senado, deben distinguirse y examinarse por separado los diversos aspectos y problemas de índole constitucional que plantea.

I.- RANGO LEGAL DE LAS NORMAS CONTENIDAS EN EL PROYECTO DE LEY QUE MODIFICA LA LEY Nº 18.892, LEY GENERAL DE PESCA Y ACUICULTURA.

1.- La Constitución de 1980 innovó, como es sabido, al establecer el dominio legal, sustituyendo el "dominio mínimo legal" establecido en el artículo 44 de la Constitución de 1925 por el "dominio máximo legal" consagrado en el artículo 60 de la Carta Fundamental actualmente vigente. De acuerdo con este nuevo criterio introducido para enmarcar la actividad legislativa, únicamente pueden ser objeto de ley aquellas materias incluidas en la enumeración taxativa que contiene el artículo 60 de la Constitución. De ahí que para concluir que un asunto puede ser regulado mediante una ley es necesario encontrar en alguno de los número de dicho precepto constitucional una disposición que lo incluya.

2.- Si se examina el contenido de la ley Nº 18.892, Ley General de Pesca y Acuicultura, como asimismo el del proyecto de ley aprobado por la Cámara de Diputados que la modifica en numerosas de sus disposiciones, puede apreciarse que el fundamento constitucional para legislar se encuentra en diversos números del artículo 60 de la Constitución. El fundamento más amplio se encuentra en el Nº 2 del citado artículo 60 en relación con el artículo 19, Nº 21, inciso primero, de la misma Carta Fundamental, pero también deben mencionarse otros números del artículo 60 de la Constitución que, al menos, para determinadas partes de la ley o para preceptos específicos de ella, les confieren el carácter de materias de ley.

a) La Constitución, en el artículo 60, Nº 2, señala como materias de ley: "Las que la Constitución exija que sean reguladas por una ley". Tal situación se da respecto al artículo 19, Nº 21, inciso primero, que asegura a todas las personas "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". Cualquiera actividad económica lícita, entonces, entre las cuales están, por consiguiente, los diversos tipos de actividad pesquera y las actividades de acuicultura, cuando persiguen un fin de lucro, pues en otro caso no serían actividades de índole económica, pueden ser objeto de regulación legal.

b) Asimismo, el Nº 20 del artículo 60 de la Constitución, aparte de todos los asuntos que los números anteriores del mismo artículo enumeran de modo específico como materias de ley, señala también que lo es "Toda otra norma de carácter general y obligatorio que estatuya las bases esenciales de un ordenamiento jurídico."

Esta disposición de cierre de las materias que conforme a la Constitución son de dominio legal, amplía, notablemente, la posibilidad de legislar. Ello ocurre, porque permite hacerlo cada vez que sea necesario regular determinadas actividades con los caracteres de generalidad y obligatoriedad que son propias de las normas jurídicas, aunque las actividades reguladas no estén enumeradas expresamente en los primeros 19 números del artículo 60 de la Constitución como materias propias de ley.

El Nº 20 del artículo 60 de la Constitución sirve, entonces, como fundamento para legislar sobre la actividad pesquera en general, sea que esta actividad reúna las características que la configuran como una actividad económica, caso en que, como se ha señalado, existe una base más específica para legislar, o en las situaciones en que ello no ocurre como sucede en la pesca de investigación y en la pesca deportiva.

c) El proyecto de ley en análisis contiene, también, normas que son propias de ley orgánica constitucional, las cuales, de acuerdo con lo prescrito en el Nº 1 del artículo 60 de la Constitución son naturalmente materias de ley.

Tal situación existe, según el "Segundo Informe de las Comisiones Unidas de Agricultura, Desarrollo Rural y Marítimo y de Recursos Naturales, Bienes Nacionales y Medio Ambiente, recaído en el proyecto de ley que modifica la Ley Nº 18.892, General de Pesca y Acuicultura", sólo respecto a los números 201, 212 y 213 del artículo 1º del proyecto de ley en trámite, disposiciones que tratan materias que conforme al artículo 74 de la Constitución tienen el carácter de ley orgánica constitucional por incidir en asuntos relacionados con la organización y atribuciones de los Tribunales de Justicia.

Debe considerarse, a nuestro juicio, que los números citados sólo tienen el carácter de ley orgánica constitucional en lo que se refiere a las normas de competencia de los Jueces del Crimen y de los Jueces de Policía Local, pero no en lo que se refiere a las disposiciones de procedimiento. Estas últimas son también materia de ley, pero propias de ley común según lo establece el artículo 19, Nº 3, inciso quinto, de la Constitución, sobre legalidad de los procedimientos, y el artículo 60, Nº 3, de la misma, respecto a las materias que son objeto de codificación procesal.

Lo dicho no obsta a que el proyecto de ley en análisis contiene otras normas que a nuestro parecer son también propias de ley orgánica constitucional, problema que será analizado más adelante en este mismo Informe.

d) Determinados títulos, párrafos o disposiciones de la Ley General de Pesca y Acuicultura, revisten el carácter de materias de ley en virtud de normas constitucionales específicas.

Así, las normas sobre concesiones son materia de ley en atención a lo dispuesto en el Nº 10 del artículo 60 de la Constitución; las que establecen procedimientos administrativos encuentran su fundamento en el Nº 18 del artículo 60 de la Constitución que señala como materias de ley "Las que fijan las bases de los procedimientos que rigen los actos de la administración pública"; las normas sobre infracciones, delitos y sanciones, son propias de ley conforme a lo establecido en el artículo 19, Nº 3, inciso séptimo, de la Constitución; las que fijan procedimientos judiciales por lo dispuesto en el inciso quinto del mismo Nº 3 del artículo 19 y en el artículo 60, Nº 3, de la Carta Fundamental, y las normas sobre atribuciones del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, de la Subsecretaría de Pesca y del Servicio Nacional de Pesca, conforme a lo establecido en el artículo 62, inciso cuarto, Nº 2, en relación con el artículo 60, Nº 14, de la Constitución.

Puede concluirse de este modo que el proyecto de ley en análisis regula materias incluidas dentro del dominio máximo legal consagrado en la Constitución Política de 1980 y que no lo ha sobrepasado, razón por la que no merece objeciones sobre el particular.

II.- APROBACION COMO NORMAS DE LEY COMUN DE DISPOSICIONES LEGALES QUE TIENEN RANGO DE LEY DE QUORUM CALIFICADO O DE LEY ORGANICA CONSTITUCIONAL.

Si, como acaba de examinarse en el apartado I- de este Informe, al proyecto de ley en análisis no puede reprochársele el haber excedido los límites que la Constitución impone al legislador para actuar, es dable, en cambio, objetar la aprobación dada por la Cámara de Diputados como normas de ley común a disposiciones que en razón de su materia y de lo establecido en la Carta Fundamental, inciden en materias propias de ley de quórum calificado o de ley orgánica constitucional, por lo cual debieran aprobarse cumpliendo los requisitos que la Constitución contempla para ellas en el artículo 63.

1.- Normas legales de quórum calificado.

El Segundo Informe de la Comisión Conjunta de la Cámara de Diputados dejó constancia que no existen normas de quórum calificado en el proyecto de ley que modifica la Ley Nº 18.892 Ley General de Pesca y Acuicultura.

Este criterio no puede ser compartido para disposiciones fundamentales del proyecto que regulan materias propias de ley de quórum calificado según lo establecido en el artículo 19, Nº 23, de la Constitución. Esta norma expresa lo siguiente:

"La Constitución asegura a todas las personas:

Nº 23. La libertad para adquirir el dominio de toda clase de bienes, excepto aquellos que la naturaleza ha hecho comunes a todos los hombres o que deban pertenecer a la Nación toda y la ley lo declare así. Lo anterior es sin perjuicio de lo prescrito en otros preceptos de esta Constitución.

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

La libertad que asegura la norma transcrita, como es sabido, fue reconocida por primera vez en un texto constitucional en el Acta Constitucional Nº 3, de 1976, en su artículo 1º, Nº 15, y representa una de las normas básicas sobre orden público económico contenidas en la Constitución de 1980.

En lo que nos interesa a efectos de este Informe, debe llamarse la atención sobre el inciso segundo del Nº 23 del artículo 19 de la Constitución, precepto que permite al legislador, pero sólo si actúa a través de una ley de quórum calificado y por exigirlo el interés nacional, establecer requisitos o limitaciones a la libertad que reconoce el inciso primero en términos amplios para llegar a ser propietario sobre todo tipo de bienes, sean éstos cosas corporales o incorporales de acuerdo con la conocida clasificación que formula el Código Civil en el artículo 565, o recursos naturales, bienes de consumo o medios de producción, según su

índole y significación económica, salvo que opere una de las excepciones que el mismo precepto contempla.

Uno de los intérpretes más autorizados de la Constitución de 1980 que, además, participó de modo destacado en la elaboración del capítulo III de la misma sobre derechos y deberes constitucionales -Enrique Evans de la Cuadra- da al inciso segundo del Nº 23 del artículo 19 el siguiente significado:

"Una ley de quórum calificado, *sólo cuando lo exija el interés nacional*, podría establecer requisitos o limitaciones para la adquisición del dominio de algunos bienes. En consecuencia, esta libertad no puede ser coartada por una ley común; el mismo derecho no puede ser impedido: sólo puede ser condicionado o limitado, sin que ello suponga afectar al derecho mismo. Las condiciones pueden consistir en imponer requisitos, racionales, no discriminatorios, para la adquisición de ciertos bienes. Las limitaciones pueden referirse al monto, ubicación o características de los bienes (por ejemplo: no más de tantas acciones de tales entidades; inversión no superior a tanto; tal especie de bienes situados en tal lugar no pueden ser adquiridos por extranjeros); pero con la exigencia ya señalada de no discriminación y *siempre que esté comprometido efectivamente el interés de la nación entera*. Puede apreciarse que el constituyente fue extraordinariamente acucioso al establecer esta garantía, ya que quiso evitar que los excesos legislativos y los abusos de la autoridad pudieran vulnerar una libertad que

considera parte integrante del conjunto de derechos asegurados al patrimonio personal e incorporados al concepto de orden público económico."

(EVANS DE LA CUADRA, Enrique: Los derechos constitucionales, Editorial Jurídica de Chile 1986, Tomo II, p. 334).

De acuerdo con el sistema de modos de adquirir que admite el Código Civil: "Por la **ocupación** se adquiere el dominio de las cosas que no pertenecen a nadie, y cuya adquisición no es prohibida por las leyes chilenas, o por el Derecho Internacional" (artículo 606). Entre las especies de ocupación por las cuales se adquiere el dominio de los animales bravíos o salvajes, entre los que están las fieras y los peces, el artículo 607 del mismo Código enumera la caza y la pesca, y el artículo 611, cuyo texto fue reemplazado por la Ley Nº 18.565, de 1986, expresa actualmente 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".

Esta fuera de toda duda, por consiguiente, que la Ley General de Pesca y Acuicultura regula el modo de adquirir llamado ocupación cuando se ejercita a través de las actividades que ella contempla. De ahí, entonces, que si esta regulación impone requisitos o limitaciones para llegar a ser dueño de los peces u otros animales, tales normas han de ser aprobadas por la mayoría absoluta de los diputados y senadores en ejercicio, conforme lo establece el artículo 63, inciso tercero, de la Constitución, para las leyes de quórum calificado.

El examen, tanto de la Ley Nº 18.892 como del proyecto de ley en trámite, muestra que diversas y numerosas disposiciones de la legislación existente o proyectada, lo que hacen es, precisamente, imponer requisitos y limitar la adquisición del dominio sobre los peces.

De modo especial, ha de señalarse como normas que imponen estos requisitos o contemplan tales limitaciones, las del título III del proyecto "De los regímenes de acceso a la actividad pesquera extractiva industrial". En este título, se contempla un régimen general de acceso para las pesquerías que no han alcanzado el estado de plena explotación (párrafo 1º), luego el régimen de plena explotación (párrafo 2º) y los regímenes especial y extraordinario de acceso (párrafo 3º), junto con normas comunes a los párrafos 2º y 3º (párrafo 4º). Para todos ellos, el proyecto contempla disposiciones que condicionan la adquisición del dominio sobre los peces al cumplimiento de ciertos requisitos o bien limitan la adquisición que puede efectuarse. Así, y por señalar únicamente las normas que de modo inequívoco se refieren a las materias que el inciso segundo del Nº 23 del artículo 19 de la Constitución entrega a leyes de quórum calificado, cabe mencionar el artículo 10, que obliga a las personas interesadas en desarrollar actividades pesqueras a contar con la correspondiente autorización de la Subsecretaría de Pesca; el artículo 11, que establece los requisitos que deben cumplir los solicitantes de autorizaciones; el artículo 15, que se refiere a los permisos de pesca para los regímenes de plena explotación, permisos que deben indicar las naves pesqueras que cada armador podrá operar en cada unidad de pesquería (inciso segundo), y que faculta a la Subsecretaría, previo el cumplimiento de ciertos requisitos, a "establecer una cuota anual de captura por especie"

(inciso quinto); el artículo 17, que para el régimen especial de acceso asigna a cada armador unidades de esfuerzo en cada pesquería; el artículo 18, que en el régimen extraordinario de acceso asigna cuotas individuales de captura, y el artículo 25 que, entre otras restricciones, establece: "Prohíbese poseer un 50% o más de las unidades de esfuerzo o de participación de la cuota anual de captura de cualquiera unidad de pesquería declarada en régimen especial o extraordinario de acceso, según corresponda". Asimismo, en el título IV "De la Pesca Artesanal", y en varias de las disposiciones transitorias, se contemplan diversas limitaciones o requisitos para la adquisición del dominio, bien de modo general o para especies determinadas.

Todas estas normas deben tramitarse como ley de quórum calificado para no ser inconstitucionales. Ello no significa, sin embargo, que su mera tramitación como normas legales de quórum calificado elimine toda objeción de inconstitucionalidad que puede formularse respecto a las mismas, pues, para ajustarse plenamente a la Constitución no sólo deben cumplir con la exigencia de ser aprobadas en cada Cámara del Congreso Nacional por la mayoría absoluta de sus miembros en ejercicio, sino responder a una exigencia de interés nacional, y, como señala Evans de la Cuadra, deben ser racionales, no discriminatorias y no pueden llegar a coartar ni impedir el derecho garantizado constitucionalmente que es la libertad para adquirir el dominio. Pero, de esto último se tratará más adelante en este Informe.

2.- Normas de ley orgánica constitucional.

El proyecto de ley que modifica la ley Nº 18.892 Ley General de Pesca y Acuicultura, sustituye íntegramente el título XII de la misma "Del Consejo Nacional de Pesca", por otro, que denomina "De los Consejos de Pesca" y que trata, sucesivamente, "Del Consejo Nacional de Pesca" en el párrafo 1º y "De los Consejos Zonales y Regionales de Pesca" en el párrafo 2º.

La naturaleza jurídico-administrativa de estos organismos es difícil de precisar y se aparta de las normas organizativas básicas que para los ministerios, servicios públicos e intendencias contiene la Ley Nº 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado en su título II, párrafo 1º.

Un examen somero del proyecto permite apreciarlo. Así, el nuevo artículo 108, inciso primero, define al Consejo Nacional de Pesca como "un organismo superior", "que contribuirá a hacer efectiva la participación de los agentes del sector pesquero a nivel nacional en materias relacionadas con la actividad de la pesca y de la acuicultura", y el inciso segundo, precisa que "tendrá un carácter consultivo y asesor", correspondiéndole entregar sus opiniones, recomendaciones, proposiciones e informes técnicos, bien al Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción o a la Subsecretaría de Pesca. Su integración incluye a representantes del sector público, de las universidades, del sector empresarial y del sector laboral, para lo cual se establecen las normas correspondientes y, en cuanto a sus atribuciones, el artículo 112 establece los casos en que es necesario

consultarle sin perjuicio que el Consejo pueda referirse a otras materias de interés para el sector.

Los Consejos Zonales de Pesca, creados en número de cinco por el inciso primero del artículo 113, según el inciso segundo de este mismo precepto "contribuirán a descentralizar las medidas administrativas que adopte la autoridad y a hacer efectiva la participación de los agentes del sector pesquero a nivel zonal en materias relacionadas con la actividad de pesca y acuicultura. Tendrán un carácter consultivo o resolutorio, según corresponda, en todas las materias que indica la ley." Su composición está fijada en la ley y en ella participan funcionarios del sector público, un representante de las universidades de la zona y consejeros que representan a las asociaciones gremiales de la zona. La ley señala, asimismo, los casos en que es obligatorio consultar al respectivo Consejo Nacional de Pesca (artículo 115).

Por último, el artículo 115 a) faculta a las Intendencia Regionales para crear "Consejos Regionales de Pesca cuando en la respectiva región exista actividad significativa de pesca o acuicultura" (inciso primero), entregándole a aquéllas la determinación de la composición, funcionamiento y atribuciones de los Consejos Regionales de Pesca (inciso segundo), aunque su función principal, como indica el inciso tercero, "consistirá en identificar los problemas del sector pesquero a nivel regional, debatirlos y elaborar propuestas de solución e informes técnicamente fundamentados que se harán llegar a la Subsecretaría y al Consejo Zonal correspondiente."

El examen de las normas del proyecto relativas al Consejo Nacional de Pesca, a los Consejos Zonales y a los Consejos Regionales de Pesca, lleva a la conclusión que ellos han introducido modificaciones a la organización básica de los Ministerios, Subsecretarías y Servicios Públicos que contempla la Ley Nº 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado. Esta ley, en el artículo 24, inciso primero, prescribe que "En la organización de los Ministerios, además de las Subsecretarías y de las Secretaría Regionales Ministeriales, podrán existir sólo los niveles jerárquicos de División, Departamento, Sección y Oficina, considerando la importancia relativa y el volumen de trabajo que signifique la respectiva función", y en el inciso segundo, añade que "No obstante lo dispuesto en el inciso anterior, en circunstancias excepcionales la ley podrá establecer niveles jerárquicos distintos o adicionales, así como denominaciones diferentes." Por su parte, el artículo 28 de la ley se ocupa de la jefatura de los servicios públicos, que estará normalmente a cargo de un jefe superior denominado Director (inciso primero), con las funciones que le asigna el inciso segundo, aunque "En circunstancias excepcionales la ley podrá establecer consejos u órganos colegiados en la estructura de los servicios públicos con las facultades que ésta señale, incluyendo la de dirección superior del servicio" (inciso tercero). Y el artículo 29, por último, establece la organización básica de los servicios públicos con sus correspondientes niveles jerárquicos según sean servicios nacionales o regionales, aunque también se permite que en circunstancias excepcionales la ley establezca niveles jerárquicos distintos o adicionales o que les de nombres diversos.

En un servicio público, por consiguiente, de acuerdo con las prescripciones de la Ley Nº 18.575, pueden existir consejos u órganos colegiados, de modo que la creación por ley común de estos órganos, por sí misma, no significa una alteración de la organización básica de la Administración Pública que sólo puede efectuarse por medio de normas de ley orgánica constitucional. Sin embargo, en la Ley Nº 18.892 primero, y ahora en el proyecto de ley en estudio, se va más allá de lo que permite la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado. En efecto, el Consejo Nacional de Pesca es un órgano consultivo del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción y de la Subsecretaría de Pesca, y no un nuevo nivel jerárquico del Ministerio, que sí es posible crear sin modificar la Ley Nº 18.575, razón por la que su establecimiento supone una decisión que sólo puede adoptarse a través de una norma de ley orgánica constitucional. Los Consejos Zonales de Pesca, por su parte, no se insertan tampoco dentro de la estructura organizativa del Servicio Nacional de Pesca, lo que sí es factible de hacer conforme a la Ley Nº 18.575, sino que son organismos especiales de carácter consultivo o resolutivo, a través de los cuales participan los agentes del sector pesquero a nivel zonal y se contribuye a descentralizar las medidas que adopte la autoridad, relacionándose con el Ministerio, la Subsecretaría y los Servicios Regionales. Y, en cuanto a los Consejos Regionales de Pesca, por lo que el proyecto indica escuetamente van más allá de ser un organismo asesor del Intendente Regional, que el artículo 39 de la Ley Nº 18.575 permite establecer a la ley común. Unos y otros Consejos, por consiguiente, los Consejos Zonales de Pesca y los Consejos Regionales de Pesca, implican también la creación de un tipo de organismos no contemplados por la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la

Administración del Estado, razón por la que su establecimiento ha de efectuarse a través de normas legales de este rango, aprobadas por las cuatro séptimas partes de los diputados y senadores en ejercicio y sometidas al control preventivo y obligatorio de constitucionalidad que le corresponde ejercitar para las leyes orgánicas constitucionales al Tribunal Constitucional.

III.- VULNERACION DE DERECHOS Y GARANTIAS RECONOCIDAS EN LA CONSTITUCION.

El proyecto de ley que modifica sustancialmente la Ley Nº 18.892 Ley General de Pesca y Acuicultura, aparte de las objeciones anteriormente examinadas y que se refieren a la aprobación como normas de ley común de disposiciones que por su materia la Constitución prescribe lo sean a través de normas de ley de quórum calificado y de normas de ley orgánica constitucional, presenta problemas que no pueden subsanarse -como ocurre con las objeciones expuestas- a través de la aprobación de sus disposiciones por ambas Cámaras del Congreso Nacional con las mayorías especiales que la Constitución contempla y con el sometimiento de las que son de rango orgánico constitucional al examen preventivo del Tribunal Constitucional, puesto que se trata de una oposición de fondo a los derechos, libertades y garantías que la Constitución asegura a todas las personas.

A) Vulneración del derecho a desarrollar actividades económicas que reconoce el artículo 19, Nº 21, de la Constitución.

1.- La disposición central en materia de libertades económicas es el artículo 19, Nº 21, de la Constitución, el cual en su inciso primero asegura a todas las personas "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", y en el inciso segundo, permite de modo excepcional al Estado y a sus organismos

desarrollar o participar en actividades empresariales en las condiciones que señala.

2.- La norma transcrita es una novedad introducida al Derecho Constitucional Chileno por la Constitución de 1980 puesto que con anterioridad sólo se garantizaba la libertad de trabajo y en relación con ella la de industria. Su finalidad, junto con las demás disposiciones constitucionales relativas al orden público económico, es -como lo dijera la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución en su Memorándum de 16 de agosto de 1978 con Propositiones e Ideas Precisas- "preservar la iniciativa creadora del hombre necesaria para el desarrollo del país, de modo que ellas conduzcan a la consecución del bien común" (Nº 17 del Memorándum citado).

3.- El significado y alcance de esta norma constitucional es clave para determinar el ámbito de libertad económica que se reconoce y garantiza en la Ley Fundamental a los particulares frente al Estado. Ella se refiere, básicamente, a dos aspectos distintos pero complementarios en sus dos incisos. En el inciso primero se reconoce la libre iniciativa particular en el plano económico, y en el segundo, la actuación excepcional del Estado como empresario. De ambos aspectos, el que interesa precisar para efectos de este Informe es el relativo al derecho de los particulares para desarrollar libremente actividades económicas.

4.- Al interpretar la norma contenida en el inciso primero del Nº 21 del artículo 19 de la Constitución deben recordarse sus antecedentes y otras disposiciones constitucionales conexas sin cuyo conocimiento no se

lograría una interpretación sistemática de la disposición.

5.- En cuanto a sus antecedentes, ha de señalarse que el texto definitivo de la Constitución es notablemente más amplio en su protección de la libertad económica que el originalmente propuesto por la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, el cual aseguraba "la libre iniciativa privada para desarrollar cualquiera actividad económica, sin más limitaciones que las que establezca la Constitución y siempre que no sea contraria al interés nacional y una ley lo declare así" (artículo 19, Nº 20, del Anteproyecto).

De la sola lectura del texto propuesto por la Comisión de Estudios se aprecia que la ley, por razones de interés nacional, podía declarar que no era procedente admitir la libre iniciativa privada para desarrollar alguna actividad económica, con lo cual ésta quedaba vedada para los particulares.

En la Constitución, que en este punto aceptó la alteración introducida por el Consejo de Estado al Anteproyecto de la Comisión de Estudios, la prohibición por parte del legislador, fundado en razones de interés nacional, de alguna actividad económica, no es procedente. Solamente cuando una actividad sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional, no está protegida por la Constitución, pero el legislador no puede ampliar esta prohibición a otros casos.

6.- La Constitución de 1980 asegura también la libertad de trabajo y su protección (artículo 19, Nº 16). Al hacerlo, incluye en la primera parte del inciso cuarto de este número una disposición que se remonta en sus

orígenes a la Constitución de 1833 y que señala que "Ninguna clase de trabajo puede ser prohibida, salvo que se oponga a la moral, a la seguridad o a la salubridad pública, o que lo exija el interés nacional y una ley lo declare así."

La norma es similar a la del artículo 19, Nº 21, que garantiza la libertad económica, en cuanto con términos parecidos pero no idénticos establece que ciertos trabajos no están amparados por el ordenamiento constitucional, pero, además, el artículo 19, Nº 16, inciso cuarto, permite que la ley, por exigirlo el interés nacional, declare que alguna clase de trabajo queda prohibido. Esto último, como vimos anteriormente, no puede hacerse respecto a las actividades económicas.

La Constitución de 1980, al admitir que el legislador pueda prohibir ciertos trabajos, ha mantenido una solución que introdujo la Constitución de 1833 (artículo 151), que reprodujo la Constitución de 1925 en su texto original (artículo 10, Nº 14, inciso tercero) y luego de la reforma de la Ley Nº 17.398, de 9 de enero de 1971, en el inciso quinto, y que, por último, aceptó el Acta Constitucional Nº 3, de 1976 (artículo 1º, Nº 20, inciso cuarto). Sin embargo, entre estos textos y el de la Constitución de 1980 existe una notable diferencia.

Desde la Constitución de 1833 al Acta Constitucional Nº 3, de 1976, no sólo se permitía al legislador, por exigirlo el interés nacional, que prohibiera alguna clase de trabajo, sino también alguna industria. Esto último no es posible hacerlo en la Constitución de 1980.

La explicación de esta diferencia se encuentra en la consagración, por primera vez en un ordenamiento constitucional chileno en 1980, de una garantía relativa a las actividades económicas. Desde el momento que éstas aparecen expresamente mencionadas en el Nº 19 del artículo 21, era necesario eliminar -y así se hizo- del Nº 16 del mismo artículo la referencia a la industria, pues de otra manera habría aparecido que la actividad industrial no era una actividad económica.

Existe, por consiguiente, un tratamiento diverso en materia de libertad de trabajo y del derecho a desarrollar actividades económicas. Es, como se ha visto, la posibilidad abierta al legislador para establecer trabajos prohibidos por razones de interés nacional.

Trabajo y actividad económica no son, por consiguiente, términos similares en la Constitución de 1980. Trabajo es la actividad personal que los hombres realizan y a través de la cual desarrollan sus potencialidades y procuran su subsistencia. Es una tarea propia de las personas naturales en que se manifiesta su condición humana como seres llamados a trabajar. De ahí que en el Nº 16 del artículo 19 el trabajo se protege (inciso primero), merece una justa retribución (inciso segundo) y sólo admite diferencias basadas en la capacidad o idoneidad personal, sin perjuicio que la ley pueda exigir la nacionalidad chilena o límites de edad para determinados casos, circunstancias que sólo concurren en los seres humanos (inciso tercero). La negociación colectiva a nivel de empresa que es un derecho de los trabajadores (inciso quinto) y la huelga que éstos pueden o no efectuar (inciso sexto), ponen de manifiesto también que trabajar es una actividad peculiar de las personas naturales.

En cambio, "actividad económica" es un concepto diverso, que exigirá generalmente el aporte o concurrencia de una variada gama de actividades laborales o trabajos, junto a otros factores o elementos productivos, como capital en sus diversas expresiones de recursos financieros o bienes físicos, tecnologías, recursos de dirección o gestión, todos los cuales son necesarios para llevar adelante la empresa acometida. Es inherente a la actividad económica, asimismo, la búsqueda de un beneficio o utilidad, asumiendo quienes la realizan el riesgo de pérdida.

La forma que en economías desarrolladas y basadas en el intercambio revisten las actividades económicas es la empresa. Ello explica que sea en un mismo número del artículo 19, el Nº 21, que la Constitución asegure el derecho a desarrollar actividades económicas y sólo permita excepcionalmente al Estado desarrollar o participar en actividades empresariales.

Entendidos de esta manera los términos trabajo y actividad económica, las disposiciones constitucionales existentes y que limitan una y otra garantía resultan ser armónicas y no contradictorias. El trabajo, que es una actividad de los hombres, razón por la que ni el Estado ni los grupos o sociedades pueden trabajar, está prohibido directamente por la Constitución cuando se opone "a la moral, a la seguridad o a la salubridad pública", y es posible que en alguna de sus clases sea prohibido cuando "lo exija el interés nacional y una ley lo declare así" (artículo 19, Nº 16, inciso cuarto, de la Constitución). La actividad económica, que entraña la concurrencia de factores diversos para su realización -entre los cuales

están los distintos tipos de trabajo-, únicamente está prohibida por la Constitución cuando es "contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional", pero el legislador no puede ampliar esta prohibición a otros casos (artículo 19, Nº 21, inciso primero).

7.- Aunque el legislador no puede prohibir, esto es excluir o impedir, que las personas, solas o asociadas, realicen actividades económicas lícitas, sí le es posible regularlas conforme lo dispone el mismo inciso primero del Nº 21 del artículo 19 de la Constitución.

En esta regulación debe tenerse especialmente en cuenta otros derechos y garantías que la Constitución asegura a todas las personas y a los cuales interesa referirse brevemente:

a) El Nº 8 del artículo 19 de la Constitución reconoce en su inciso primero a toda persona "El derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación", y luego añade que "Es deber del Estado velar para que este derecho no sea afectado y tutelar la preservación de la naturaleza". Por su parte, el inciso segundo establece que "La ley podrá establecer restricciones específicas al ejercicio de determinados derechos o libertades para proteger el medio ambiente".

Se observa que en esta disposición constitucional el medio ambiente aparece en una doble perspectiva. Desde el punto de vista de las personas es un derecho que, incluso, está tutelado en forma especial por el recurso de protección en la forma que señala el inciso segundo del artículo 20 de la Constitución. Y para el Estado es un objetivo que le obliga a actuar y que

permite restringir o limitar, pero nunca impedir o suspender el ejercicio de otros derechos o libertades de que gozan las personas.

b) El Nº 22 del artículo 19 que, en su inciso primero, asegura a toda persona "La no discriminación arbitraria en el trato que deben dar el Estado y sus organismos en materia económica", y que en el inciso segundo permite a la ley, siempre que no incurra en una discriminación arbitraria, "autorizar determinados beneficios directos o indirectos en favor de algún sector, actividad o zona geográfica, o establecer gravámenes especiales que afecten a uno u otras", debiendo, además, en el caso de las franquicias o beneficios indirectos, incluirse anualmente la estimación de sus costos en la Ley de Presupuestos.

Las diferencias de trato que en materia económica puedan existir por parte del Estado sólo pueden provenir, como se aprecia, del legislador. Pero tales diferencias no pueden ser nunca individuales sino establecidas para todo un sector, actividad o zona geográfica y, además, no arbitrarias, concepto que se opone a racionales o justificadas como ha tenido ocasión de precisarlo la jurisprudencia.

c) Por último, y ésta es una restricción importantísima que no siempre se tiene en cuenta cuando se considera la posibilidad de dictar leyes que regulen el ejercicio de un derecho reconocido constitucionalmente, conforme a lo dispuesto en el Nº 26 del artículo 19 de la Constitución "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".

La protección de los derechos en su esencia, institución que el constituyente chileno adoptó de la Ley Fundamental de Alemania Federal de 1949, es indudablemente uno de los instrumentos conceptuales más valiosos para proteger los derechos y libertades de las personas de una regulación legal excesiva que llega a desconocerlos. De ahí el interés en precisar su significado.

Este punto ya ha tenido ocasión de ser abordado por el Tribunal Constitucional, el cual, con ocasión del control de constitucionalidad que le correspondió ejercitar sobre la Ley Nº 18.603 Orgánica Constitucional de Partidos Políticos, sostuvo que:

"Mucho podría decirse sobre la "esencia" de un derecho, desde el punto de vista de la Filosofía del Derecho. Sin embargo, no es ésa nuestra misión. La esencia del derecho debemos conceptualarla desde el punto de vista del ordenamiento positivo y dentro de este ámbito precisar el alcance de la norma constitucional en los términos más sencillos, para que sea entendido por todos y no sólo por los estudiosos de la ciencia jurídica. Desde esta perspectiva, debemos entender 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 y que se "impide el libre ejercicio" en aquellos casos en que el legislador lo somete a exigencias que lo hacen irrealizable, lo entran más allá de lo

razonable o lo privan de tutela jurídica."

(Tribunal Constitucional. Sentencia de 24 de febrero de 1987 dictada al ejercer el control de constitucionalidad del proyecto de ley orgánica constitucional sobre partidos políticos, considerando 21. En VALENZUELA SOMARRIVA, Eugenio: Repertorio de Jurisprudencia del Tribunal Constitucional 11 de marzo de 1981 10 de marzo de 1989, Editorial Jurídica de Chile 1989, p. 87).

8.- Al tratar de la acción legislativa que el Estado puede realizar en la regulación de un derecho, debe recordarse que entre las bases de la institucionalidad consagradas en el capítulo I de la Constitución, el artículo 1º afirma la libertad e igualdad que son inherentes a los hombres (inciso primero) y la autonomía de los grupos intermedios (inciso tercero), lo cual muestra inequívocamente que la concepción doctrinal que inspira las normas constitucionales concibe al hombre como un ser libre y dotado de autonomía para actuar. El Estado, en cambio, tiene un campo de acción limitado, pues su actividad se justifica en la medida que esté al servicio de la persona humana y promueva el bien común, pero todo ello "con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece" (inciso cuarto).

Los órganos del Estado, como es propio en un Estado de Derecho, deben encuadrar su acción dentro del ordenamiento jurídico. Así lo establece, por lo demás, el artículo 6º, inciso primero, de la Carta Fundamental, al decir que "Los órganos del Estado deben someter su acción

a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella"; lo reitera su inciso segundo al establecer el carácter vinculante que los preceptos constitucionales tienen para los titulares o integrantes de los órganos del Estado, como para toda persona, institución o grupo, y, en lo que se refiere específicamente al reconocimiento de los derechos inherentes a la persona humana, el inciso segundo del artículo 5º en su texto original señalaba como límite al ejercicio de la soberanía "el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana", inciso al cual la Reforma Constitucional contenida en la Ley Nº 18.825, de 17 de agosto de 1989, añadiera que "Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes".

La actuación de todo órgano del Estado cuando puede hacerlo conforme a la triple exigencia que le impone el inciso primero del artículo 7º de la Constitución, esto es, gozar sus integrantes de previa investidura regular en sus cargos, actuar dentro de su competencia y hacerlo en la forma prescrita por la ley, debe ser respetuosa de los derechos, libertades y garantías que la Constitución asegura a todas las personas en el artículo 19, pues, los diversos números de esta disposición constituyen derecho directamente aplicable, son normas que obligan a los órganos del Estado, los cuales, no sólo deben tener una actitud de respeto frente a los derechos que aseguran a las personas, sino, además, favorecer su ejercicio.

9.- Uno de los casos en que un órgano del Estado puede actuar es el que contempla la última parte del inciso primero del Nº 21 del artículo 19 de la Constitución. La ley o, si se prefiere, los órganos del Estado que comparten la potestad legislativa, pueden regular los diversas clases de actividad económica lícita, que son, como se sabe, las que no son contrarias a la moral, al orden público y a la seguridad nacional.

Cabe advertir, que la regulación legal de un derecho reconocido constitucionalmente supone la posibilidad real de toda persona de realizar la correspondiente actividad en forma libre, sin necesidad de contar con la conformidad de la autoridad para hacerlo. Si así no ocurriere y la actividad no pudiese efectuarse sin permiso previo o autorización de la autoridad, o estuviere tan condicionada en su ejercicio, no estaríamos ante un derecho o una libertad de obrar que, no lo olvidemos, supone una exención de la potestad estatal y es lo que asegura la Carta Fundamental, sino ante una mera facultad de actuar dependiente de la voluntad de un órgano del Estado que la concede y la controla.

Evans de la Cuadra expresa muy bien cual es el alcance de la regulación legal de una actividad económica:

"Regular" una actividad es someterla al imperio de una regimentación que indique *cómo puede* realizarse; pero en caso alguno, bajo pretexto de "regular" un accionar privado en la economía, el legislador puede llegar hasta obstaculizar o impedir, a través de facultades excesivas a organismos fiscalizadores, por ejemplo, la ejecución de actos lícitos

amparados por esta garantía constitucional o crear las condiciones para que, de hecho, sea el Estado o la autoridad pública la que termine asumiendo el ejercicio de actividades que, legítimamente, pueden desarrollar los particulares. Una legislación que procure o produzca estos efectos sería abiertamente inconstitucional"

(EVANS DE LA CUADRA, Enrique: Los derechos fundamentales. Tomo II, p. 317-318).

10.- Si, después de las consideraciones expuestas acerca del alcance del derecho reconocido en el artículo 19, Nº 21, de la Constitución, para desarrollar actividades económicas, y de los límites que la ley que regule una determinada actividad debe respetar para no infringir la Carta Fundamental, pasamos a examinar el proyecto de ley que modifica la Ley Nº 18.892 Ley General de Pesca y Acuicultura para apreciar su conformidad o disconformidad con la Constitución, la conclusión es, necesariamente, la inconstitucionalidad de la ley.

11.- El núcleo de la cuestión en debate se encuentra en el título III del proyecto "De los regímenes de acceso a la actividad pesquera extractiva industrial", el cual contempla un régimen general de acceso, y luego el régimen de plena explotación y los regímenes especial y extraordinario de acceso.

a) En cuanto al régimen general de acceso, el nuevo artículo 10 establece en los dos primeros incisos sus principios básicos:

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

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

A su vez, en el artículo 2º de la Ley Nº 18.892 que establece una serie de definiciones para su aplicación, el proyecto añade -entre otros conceptos- el de "autorización de pesca", el cual se define en el Nº 25 como "el acto administrativo mediante el cual la Subsecretaría faculta a una persona para que pueda realizar actividades pesqueras extractivas, por tiempo indefinido y a título gratuito, condicionados al cumplimiento de las obligaciones que en la respectiva resolución se establezcan".

Ha desaparecido, por consiguiente, el régimen de libertad de pesca que, como régimen general, contempla el párrafo 1º del título III de la Ley Nº 18.892. En este párrafo, el artículo 10, inciso primero, establece que "En el mar territorial y la zona económica exclusiva de la República existirá libertad de pesca para todas las personas que deseen realizar

actividades de pesca industrial, sin que se exija de ellos más requisitos que inscribirse previamente en el registro industrial, que llevará la Subsecretaría", y los artículos 11 y 12 fijan los requisitos a cumplir para inscribirse en el mencionado registro, inscripción que, según el artículo 13, sólo puede ser denegada en caso de incumplimiento de tales requisitos.

La sustitución del régimen de libertad de pesca extractiva industrial por otro basado en la autorización de la autoridad administrativa, significa un desconocimiento del derecho a desarrollar actividades económicas en dicho ámbito, que -como hemos visto- asegura la Constitución en el artículo 19, Nº 21, inciso primero, y que reitera la Ley Nº 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, que, en el inciso segundo del artículo 3º prescribe que "La Administración deberá desarrollar su acción garantizando la adecuada autonomía de los grupos intermedios de la sociedad para cumplir sus propios fines específicos y respetando el derecho de las personas para realizar cualquier actividad económica, en conformidad con la Constitución Política y las leyes".

Se ha sostenido que la libertad de pesca no se encuentra establecida en Chile como una garantía constitucional y que, incluso, ella fue eliminada del Código Civil que la admitía en el artículo 611 por la Ley Nº 18.565 de 23 de octubre de 1986, por lo que el Estado tiene una indiscutible facultad para administrar los recursos de su zona económica exclusiva como una derivación de su soberanía (Santiago Montt Vicuña: Proyecto de Ley de Pesca, en "El Mercurio" de 10 de agosto de 1990, p. A 2).

Tal aseveración no tiene en cuenta que la pesca extractiva industrial es una actividad económica y que, como tal, ella está reconocida y protegida como un derecho que toda persona puede desarrollar en el artículo 19, Nº 21, de la Constitución, aunque del Código Civil haya desaparecido la referencia a la libertad de pesca y haya sido reemplazada por una norma que remite la regulación de la caza marítima y la pesca a las disposiciones del propio Código y, de modo preferente, a la legislación especial que rija al efecto. Desconoce, asimismo, que los órganos del Estado -incluidos los que ejercen la potestad legislativa- en el ejercicio de la soberanía deben respetar los derechos de las personas (artículos 1º, inciso cuarto; 5º, inciso segundo, y 6º, incisos primero y segundo), y que la actividad legislativa que regule un derecho reconocido constitucionalmente no puede afectarlo en su esencia, ni imponerle condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio (artículo 19, Nº 26, de la Constitución).

Es inequívoco, entonces, atendido el significado y alcance de estas disposiciones constitucionales que hemos analizado anteriormente, que el establecimiento por ley de una autorización administrativa previa como condición para el desarrollo de una actividad económica, pugna con la existencia del derecho reconocido por la Carta Fundamental que siempre debe ser ejercitado en forma libre.

Tal situación ocurría, como se recordará, con la disposición transitoria vigesimacuarta, letra b), de la Constitución, que sometía el derecho que toda persona natural o jurídica tiene, según el artículo 19, Nº 12, inciso cuarto, de la misma, a fundar diarios, revistas o periódicos, a la facultad del Presidente de la República, lo que demuestra que en

situaciones de normalidad y plena vigencia de la Carta Fundamental, un derecho no puede ser condicionado en su ejercicio a la autorización que preste una autoridad administrativa.

b) En cuanto a los regímenes de plena explotación, especial y extraordinario de acceso, resultan igualmente contrarios a la Constitución.

Declarada una unidad de pesquería en estado de plena explotación, de acuerdo con lo dispuesto en el nuevo artículo 14 de la Ley quedarán sujetas al régimen de acceso denominado de plena explotación, en el cual sólo podrán operar los armadores a los que se otorgue un permiso de pesca con indicación de las naves con que pueden hacerlo en cada unidad de pesquería (artículo 15). Más adelante, sin embargo, pueden aplicarse en las unidades de pesquería declaradas en estado de plena explotación, los regímenes especial y extraordinario de acceso. En el régimen especial de acceso, a cada armador se asignan unidades de esfuerzo, y en el extraordinario, cuotas de captura (artículos 16, 17 y 18).

Debe aceptarse como una medida de manejo para conservar los recursos hidrobiológicos y procurar su utilización racional, la declaración de una unidad de pesquería en estado de plena explotación. Al hacerlo, el Estado cumple con la misión genérica de promoción del bien común que le reconoce el artículo 1º, inciso cuarto, de la Constitución, y con el deber específico de tutelar la preservación de la naturaleza que le impone el artículo 19, Nº 8, norma que permite a la ley establecer restricciones específicas al ejercicio de determinados derechos o libertades para proteger el medio ambiente, entre los cuales, nada obsta que lo sea el derecho a desarrollar actividades económicas de pesca extractiva.

Lo que es, sin embargo, incompatible con la Constitución es la regulación que hace el proyecto de ley para determinar el acceso a las unidades de pesquería declarados en estado de plena explotación, pues tanto en el régimen de plena explotación como en los regímenes especial y extraordinario de acceso, está vedado el acceso a nuevos agentes económicos diferentes a los armadores que hayan operado con anterioridad a su declaración. Otros armadores, en cambio, sólo podrían operar a futuro en el caso eventual de caducidad de los permisos de los anteriores, renuncia o existencia de excedentes productivos, si obtienen la asignación de estos excedentes o la asignación de un permiso (artículos 23 y 28).

Esta imposibilidad de acceder a la actividad pesquera, salvo que operen las excepciones señaladas, es la que resulta inconciliable con el derecho constitucionalmente reconocido en el Nº 21 del artículo 19 de la Constitución para desarrollar cualquier actividad económica lícita.

c) Es posible, asimismo, que las regulaciones contenidas en las nuevas disposiciones transitorias de la Ley Nº 18.892 resulten contrarias al derecho que tiene toda persona y, entre ellas, los armadores pesqueros, para desarrollar actividades económicas. Ello depende, sin embargo, además de las consideraciones hechas acerca de los regímenes de acceso a la actividad pesquera en las unidades de pesquería que han alcanzado un estado de plena explotación, de los factores diferenciadores y las circunstancias tomados en cuenta por el legislador para formular las nuevas normas transitorias, ya que, en caso de ser ellos arbitrarios o no justificados, determinarían la inconstitucionalidad de la disposición respectiva que infringiría el artículo 19, Nº 22, de la Carta Fundamental.

Esta es, sin embargo, una materia en que por falta de conocimiento de tales antecedentes no es posible formular una apreciación más precisa.

De igual modo y en virtud de las mismas razones expuestas, podría resultar contraria a la Constitución por impedir en base a una diferencia arbitraria el ejercicio del derecho a desarrollar actividades económicas, la frase que el Nº 245 del artículo primero del proyecto propone añadir al inciso primero del artículo 121 de la Ley Nº 18.892 y en virtud de la cual al sur del paralelo 44º 30' de latitud sur, las naves que estén calificadas como fábricas o congeladores sólo podrán desarrollar actividades pesqueras extractivas al oeste de las 40 millas marinas, medidas desde las líneas de base rectas. Un juicio definitivo sobre el particular no puede tampoco formularse por falta de conocimiento de los antecedentes que fundamentan la norma.

B) Infracción de la libertad para adquirir el dominio de toda clase de bienes.

1.- En el punto II-1 de este Informe se expuso cómo diversas y numerosas disposiciones de la Ley Nº 18.892 Ley General de Pesca y Acuicultura, y del proyecto de ley que la modifica y que se tramita actualmente en el Senado, imponen requisitos y limitan la adquisición del dominio sobre los peces.

Todas estas normas, entre las cuales mencionábamos las del título III del proyecto "De los regímenes de acceso a la actividad pesquera extractiva industrial" que inciden en la materia, y también las del título IV "De la Pesca Artesanal", como asimismo algunos de los artículos

transitorios que establecen tales requisitos y limitaciones, decíamos que deben aprobarse como ley de quórum calificado pues es a una ley de este rango que el inciso segundo del Nº 23 del artículo 19 de la Constitución permite, cuando así lo exija el interés nacional, establecer limitaciones o requisitos para la adquisición del dominio de algunos bienes.

Añadíamos, no obstante, que la mera tramitación de tales normas como leyes de quórum calificado no eliminaba toda objeción que pudiera plantearse respecto a su constitucionalidad, puesto que, para ajustarse plenamente a la Constitución debían responder a una exigencia de interés nacional y, como señala Evans de la Cuadra, deben ser racionales, no discriminatorias y no llegar a coartar o impedir el derecho garantizado constitucionalmente que es la libertad para adquirir el dominio, punto que se trataría más adelante.

2.- Al abordar ahora este problema debe aceptarse, en principio, la concurrencia de un efectivo interés nacional en el establecimiento de requisitos y limitaciones para adquirir el dominio de los recursos hidrobiológicos, ya que su conservación y racional explotación es un asunto de interés general para la colectividad. Ello no significa, sin embargo, que todos los requisitos y limitaciones que contempla el proyecto sean constitucionales.

En general, puede decirse que aunque hayan sido objeto de crítica desde el punto de vista de su conveniencia o utilidad, lo que implica una apreciación de política legislativa, las normas que establecen cuotas de captura, sea una cuota anual de captura por especie (artículo 15, inciso quinto) o cuotas individuales de captura en el régimen extraordinario de

acceso (artículo 18), no son inconstitucionales, y lo mismo puede afirmarse de aquellas disposiciones que asignan a cada armador unidades de esfuerzo en cada pesquería en el régimen especial de acceso (artículo 17), con lo cual limitan indirectamente el número de peces que aquéllos podrán adquirir por ocupación, o como el artículo 25, que prohíbe poseer un 50% o más de las unidades de esfuerzo en el mismo régimen especial de acceso o un 50% o más del total del Tonelaje de Registro Grueso (TRC) de las embarcaciones de cualquier unidad de pesquería declarada en régimen de plena explotación, que también representan límites indirectos pero admisibles a la libertad para adquirir el dominio.

No ocurre, lo mismo, en cambio, para las normas que establecen los requisitos que regulan el acceso a la actividad pesquera extractiva industrial, pues tales normas debe considerarse que discriminan arbitrariamente respecto a las personas que pueden llegar a ser propietarios por ocupación, al hacer depender esta posibilidad de la autorización de la autoridad administrativa, como ocurre en el régimen general de acceso, o al impedir que armadores diversos a los que ya participaban en las pesquerías declaradas en estado de plena explotación puedan llegar a adquirir el dominio de los peces en los regímenes de plena explotación, especial y extraordinario de acceso.

3.- Respecto a los requisitos y limitaciones para adquirir el dominio establecidos en los artículos transitorios, al igual que dijéramos para apreciar la constitucionalidad de estas normas en relación al derecho a desarrollar actividades económicas, el juicio depende de los antecedentes tenidos en cuenta por el legislador para establecerlas, sin conocer los cuales toda apreciación resultaría aventurada.

IV.-INSUFICIENTE REGULACION LEGAL DE LA MATERIA Y DE LOS PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS.

1.- La Constitución establece como una de las materias de ley "Los que fijan las bases de los procedimientos que rigen los actos de la administración pública" (artículo 60, Nº 18). La legalidad de los procedimientos administrativos no hace sino aplicar a las actuaciones de la Administración el principio -propio del Estado de Derecho- que rige para todos los órganos del Estado y al que se refiere el artículo 7º, inciso primero, de la Constitución, cuando indica como uno de los requisitos de validez de sus actuaciones el hacerlo "en la forma que prescriba la ley".

Pero, dado que la Constitución señala como materia de ley en el artículo 60, Nº 18, únicamente "las bases" de los procedimientos administrativos, y atendido que el Presidente de la República tiene como una de sus atribuciones especiales la de "Ejercer la potestad reglamentaria en todas aquellas materias que no sean propias del dominio legal, sin perjuicio de dictar los demás reglamentos, decretos e instrucciones que crea convenientes para la ejecución de las leyes (artículo 32, Nº 8), surge la dificultad de precisar hasta qué punto los procedimientos administrativos deben regularse por ley y en qué medida corresponde a los reglamentos el hacerlo.

2.- Sin perjuicio que el tema es susceptible de un desarrollo pormenorizado, a los efectos de este Informe interesa que precisemos si mediante reglamentos pueden establecerse plazos o requisitos que la ley no ha contemplado.

La respuesta ha de ser negativa en ambos casos, sobre todo si se trata de regular el ejercicio de los derechos protegidos constitucionalmente. La jurisprudencia y la doctrina así lo han reconocido.

Respecto a los plazos cabe citar una sentencia de la Corte Suprema de 1988 en que tuvo ocasión de pronunciarse sobre un tipo especial de plazos:

"A mayor abundamiento debe consignarse que los plazos de prescripción no pueden ser establecidos por reglamentos, sino en virtud de una ley que, por su rango puede fijar plazos distintos a los del derecho común"

(Cayuqueo Matus, Víctor con Polla Chilena de Beneficencia. Recurso de Protección, en "Revista de Derecho y Jurisprudencia", tomo 85 (1988), segunda parte, sección quinta, p. 138, considerando 4º).

Y en cuanto a la fijación de nuevos requisitos, una sentencia no apelada de la Corte de Apelaciones de Santiago es particularmente ilustrativa:

"La potestad reglamentaria se traduce sólo en la facultad de dictar los reglamentos, decretos e instrucciones tendientes a la correcta y expedita aplicación de la ley, pero nunca a establecer nuevos requisitos o limitaciones, derogando o haciendo inoperante la aplicación de la misma".

(Cooperativa Militar con Alcalde de la Municipalidad de Santiago. Reclamación de ilegalidad, en "Revista de Derecho y Jurisprudencia", tomo 85 (1988), segunda parte, sección quinta, p. 178, considerando 10).

La doctrina, por su parte, ha sido enfática en limitar la potestad reglamentaria cuando se trata de regulaciones que afecten a los derechos y garantías constitucionales:

"Puede la ley, sin embargo, pormenorizar exhaustivamente el poder que otorga a la administración, caso en el cual ésta se encuentra constreñida al ejercicio de facultades regladas, con discrecionalidad mínima. Tal es la respuesta que nuestra Constitución contiene para los derechos y garantías que asegura a todas las personas, porque en la materia el legislador no es soberano ni, menos aún, puede delegar poderes discrecionales en la administración".

(CEA EGAÑA, José Luis: Hermeneútica constitucional, soberanía legislativa y discrecionalidad administrativa, en "Revista Chilena de Derecho", Volumen 11 (1984) p. 13. Ha de destacarse que el autor, en nota a pie de página, basa el texto transcrito en los artículos 6º, 7º, 19, Nº 26 y 61, inciso segundo, de la Constitución).

En materia de regulación de los derechos y libertades fundamentales, la ley debe, entonces, agotar la normativa aplicable, incluso en materia de procedimientos administrativos, no pudiendo los reglamentos fijar plazos y requisitos no contemplados en la ley.

3.- El proyecto de ley en actual tramitación en el Senado que modifica la Ley Nº 18.892 Ley General de Pesca y Acuicultura, en forma reiterada, remite a los reglamentos asuntos que ella debiera regular. Es imposible enumerar uno por uno todos estos casos, pero a modo de ejemplo baste señalar algunos para apreciar la insuficiente regulación legislativa de que adolece el proyecto y la indebida discrecionalidad que otorga a la Administración:

a) El Nº 30 del artículo primero del proyecto ha suprimido el plazo máximo de 125 días en cada año calendario para la veda o prohibición extractiva por especie y aérea que puede ordenar el Ministerio en los casos que señala, y ha entregado al decreto que la establezca su duración;

b) En el artículo 5º de la ley se ha eliminado el plazo máximo de 50 días para las vedas extraordinarias o prohibiciones de captura que pueden decretarse "en el evento de fenómenos oceanográficos que causen grave daño a una o más especies", suprimiéndose también la calidad de "grave" para los daños que autorizan la actuación de la autoridad;

c) En el nuevo artículo 10, inciso segundo, se remite al reglamento la fijación del plazo máximo en que la Subsecretaría de Pesca debe resolver la solicitud de los interesados para desarrollar actividad pesquera extractiva en el régimen general de acceso;

d) El inciso cuarto del nuevo artículo 15 entrega al reglamento la fijación de las normas que rijan la sustitución de naves pesqueras en el régimen de pleno explotación;

e) El inciso tercero del artículo 23, en los casos de superávit de los excedentes productivos que permiten el incremento del esfuerzo productivo o de la cuota anual base de referencia y el llamado a propuesta para asignar tales excedentes, señala que el llamado a propuestas se hará en la forma que determine el reglamento;

f) En el artículo 35 se reemplaza el plazo de 30 días para pronunciarse respecto a la inscripción solicitada para el registro artesanal, por el plazo máximo que determine el reglamento;

g) Se sustituye en el inciso final del artículo 37 el plazo de 60 días que tiene el pescador artesanal para reclamar de la caducidad en el registro y el de 30 días de la Subsecretaría para resolver la reclamación interpuesta, por los plazos máximos que determine el reglamento;

h) El nuevo artículo 51 remite al reglamento la fijación del procedimiento y plazos máximos con que deben tramitarse las solicitudes que pidan concesiones o autorizaciones de acuicultura. Asimismo el artículo 52 entrega al reglamento la determinación de los antecedentes que deben acompañarse a tales solicitudes, aparte del proyecto técnico;

i) En el artículo 55 se elimina el plazo de 60 días para pronunciarse en el Ministerio de Defensa Nacional sobre las concesiones de acuicultura;

j) En el artículo 61 se elimina el plazo máximo de 30 días para ejercer en los establecimientos de acuicultura las facultades excepcionales que el precepto indica en caso de enfermedades, y

k) En el artículo 62 se entrega íntegramente al reglamento la determinación de las medidas de protección del medio ambiente que se aplicarán en los establecimientos que exploten concesiones o autorizaciones de acuicultura, lo que supone una infracción a lo que expresamente dispone el artículo 19, Nº 8, de la Constitución.

La falta de regulación en materias que son propias del ámbito legislativo y su remisión a lo que establezca el reglamento constituyen vicios que deben subsanarse para que la ley no pueda ser tachada de inconstitucional por esta causa.

V.- CONCLUSIONES.

Como resumen de los diversos problemas examinados en este Informe podemos formular las siguientes conclusiones:

1.- Las normas contenidas en el proyecto de ley que modifica la Ley Nº 18.892 Ley General de Pesca y Acuicultura no exceden del dominio máximo legal establecido en el artículo 60 de la Constitución.

2.- El proyecto de ley en estudio contiene normas que tienen rango de ley de quórum calificado y de ley orgánica constitucional y que la Cámara de Diputados ha aprobado como normas de ley común.

La primera situación se da con las normas que establecen requisitos y limitan la adquisición del dominio sobre los peces, las cuales, son propias de ley de quórum calificado según el inciso segundo del Nº 23 del artículo 19 de la Constitución.

Los preceptos que inciden en materia de la ley orgánica constitucional de bases generales de la Administración del Estado son las que han configurado el Consejo Nacional de Pesca y los Consejos Zonales y Regionales de Pesca en forma diversa a las normas organizativas básicas que para los ministerios, servicios públicos e intendencias, contiene la Ley Nº 18.575.

3.- El proyecto de ley en actual tramitación en el Senado contiene graves vulneraciones al derecho a desarrollar actividades económicas en el ámbito de la pesca extractiva industrial, especialmente en el régimen general de acceso en que ha desaparecido la libertad de pesca y se la ha sustituido por la autorización de pesca, y también en los regímenes de plena explotación, especial y extraordinario de acceso, en los cuales se impide el acceso a los nuevos agentes económicos que deseen participar.

4.- El proyecto infringe igualmente la libertad para adquirir el dominio de toda clase de bienes al establecer requisitos que representan una discriminación arbitraria para llegar a ser propietario de peces por ocupación.

BRUNA & CIA.
ABOGADOS

5.- El proyecto muestra una regulación insuficiente en las materias que conforme a la Constitución la ley debe regular, remitiendo sobre todo al reglamento el establecimiento de plazos, requisitos y procedimientos administrativos.

Es todo cuanto podemos informar conforme a los antecedentes proporcionados.

Guillermo Bruna Contreras

Raúl Bertelsen Repetto

Santiago, 27 de agosto de 1990.