**MINUTA SOBRE LA DISCUSIÓN ACERCA DE LA CONSTITUCIONALIDAD DEL PROYECTO DE LEY QUE MODIFICA LA LEY GENERAL DE PESCA Y ACUICULTURA, CON EL OBJETO DE REGULAR LA CAPTURA DE LA JIBIA, BOLETÍN N° 9.489-21.**

1. En lo medular este proyecto, iniciado por moción de los Diputados señores Daniel Núñez y Víctor Torres, restringe a potera y línea de mano los artes y/o aparejos para la captura de la jibia, y prohíbe cualquier otro.
2. El Ejecutivo sustenta la tesis de que ello implica modificar una facultad de la Subsecretaría de Pesca y Acuicultura, contenida en la letra b) del artículo 4° de la Ley General de Pesca y Acuicultura, materia que el ordinal 2° del inciso cuarto del artículo 65 de la Constitución Política de la República reserva a la iniciativa exclusiva para legislar del Presidente de la República.
3. Además, agrega que históricamente la Subsecretaría ha sustentado la misma tesis.
4. Igual predicamento ha sostenido el Ejecutivo en la discusión general del proyecto de ley que introduce diversas modificaciones a la Ley General de Pesca y Acuicultura y a la ley N° 20.657, Boletín Nº 10.190-21, iniciado en Moción de los Honorables Senadores señoras Goic y Muñoz y señor Quinteros, oportunidad en que invocó también el artículo 5° de la Ley General de Pesca y Acuicultura en apoyo a su planteamiento.
5. En la misma ocasión manifestó que la Subsecretaría de Pesca y Acuicultura ha ejercido la facultad mencionada en el numeral 2 supra a través del reglamento contenido en el decreto N° 408, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, de 1987[[1]](#footnote-1).
6. Finalmente, en la discusión de este proyecto en la Comisión de Intereses Marítimos, Pesca y Acuicultura del Senado el Ejecutivo ha traído a colación que en la Cámara de Diputados encontraron acogida dos interpretaciones contradictorias sobre el particular objeto de la presente minuta.
7. Pero la Cámara de Diputados resolvió en definitiva y se inclinó por la opción de la constitucionalidad de la iniciativa de ley y la comunicó al Senado, para que cumpliera el segundo trámite constitucional.
8. El artículo 4°, letra b), de la Ley General de Pesca y Acuicultura dispone lo siguiente:

“Artículo 4°.- En toda área de pesca, independientemente del régimen de acceso a que se encuentre sometida, la Subsecretaría, mediante resolución fundada, previa consulta al Consejo Zonal de Pesca que corresponda y comunicación previa al Comité Científico Técnico, podrá establecer una o más de las siguientes prohibiciones o medidas de administración de los recursos hidrobiológicos:

….

b) Fijación de las dimensiones y características de las artes y los aparejos de pesca.

Prohíbese realizar actividades pesqueras extractivas en contravención a lo dispuesto en este artículo.”.

1. Los aparejos de pesca están definidos en el numeral 5) del artículo 2° de la Ley General de Pesca y Acuicultura, como “sistema o artificio de pesca preparado para la captura de recursos hidrobiológicos, formado por líneas o cabos con anzuelos o con otros útiles que, en general, sean aptos para dicho fin, pero sin utilizar paños de redes.”. Estos se utilizan en la captura de la jibia.
2. Las artes de pesca están definidas en el numeral 9) del artículo 2° de la Ley General de Pesca y Acuicultura, como “sistema o artificio de pesca preparado para la captura de recursos hidrobiológicos, formado principalmente con paños de redes.”.
3. Los demás literales del artículo 4° discurren sobre tamaños y pesos mínimos de extracción, dispositivos o utensilios para evitar la captura de fauna acompañante o incidental, utensilios para liberar ejemplares capturados incidentalmente y buenas prácticas para minimizar o mitigar la captura incidental.
4. Es evidente que fijar dimensiones y características de artes y aparejos de pesca no puede confundirse con la posibilidad de prohibirlos, como se verá más adelante.
5. El artículo 5° de la Ley General de Pesca y Acuicultura prohíbe las actividades pesqueras extractivas con artes, aparejos y otros implementos de pesca que afecten el fondo marino, en la primera milla. Acto seguido, luego del punto y coma que cierra la oración que contiene la primera prohibición, establece igual prohibición en aguas interiores, en la forma que determine el reglamento.
6. Las prohibiciones siempre deben interpretarse y aplicarse con un criterio estricto y restrictivo. Todas las prohibiciones del artículo 5° están referidas a áreas geográficas y no a especies de recursos marinos. Las referidas al fondo marino, aguas interiores, bahías y áreas entre puntos notables quedan para ser reguladas por actos administrativos propios de la potestad reglamentaria.
7. De lo expuesto es posible concluir que la ley no ha conferido a la Subsecretaría de Pesca y Acuicultura una facultad amplia para regular todo lo relativo a artes y aparejos de pesca, sino que le otorga atribuciones definidas en forma muy precisa.
8. El Ejecutivo invoca el artículo 5° del reglamento contenido en el decreto N° 408, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, de 1987, aludido en el numeral 5 supra de esta minuta. Dicho cuerpo normativo no confiere facultad expresa alguna al Ministerio de Economía, Fomento y Turismo ni a la Subsecretaría de Pesca. Él contiene prohibiciones de uso de artes de pesca de arrastre y de cerco en las áreas que indica, basado en la Ley sobre la Industria Pesquera y sus Derivados, contenida en el decreto con fuerza de ley N° 5, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, de 1983.
9. La única prohibición que allí se encuentra es la del artículo 19, número 2, letra d), que faculta al Departamento de Pesquerías de la Subsecretaría para estudiar y proponer prohibiciones o medidas de administración de recursos hidrobiológicos. Recursos, no artes ni aparejos de pesca, por lo que cabe reiterar aquí lo expresado en el numeral 14 supra, en cuanto al criterio estricto y restrictivo con que deben interpretarse y aplicarse las prohibiciones.
10. Ahora bien, las artes y los aparejos de pesca son medios para adquirir por ocupación el dominio de recursos hidrobiológicos, al tenor de los artículos 606, 607 y 608 del Código Civil:
11. “Art. 606. 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.
12. Art. 607. La caza y pesca son especies de ocupación por las cuales se adquiere el dominio de los animales bravíos.
13. Art. 608. Se llaman animales bravíos o salvajes los que viven naturalmente libres e independientes del hombre, como las fieras y los peces; .…”.
14. El ordinal 23° del artículo 19 de la Constitución Política de la República asegura a todas las personas “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; ….”.

1. Ahora bien, esta norma debe interpretarse en concordancia y armonía con el ordinal 26° del mismo artículo 19 de la Carta Fundamental, que dispone 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.
2. Entonces, una norma que prohíba o limite un medio para ejercer un modo de adquirir el dominio, modo que obviamente es de la esencia del derecho asegurado, debe tener la jerarquía suficiente, esto es, debe ser de rango legal.
3. Más aún, la prohibición de un medio para ejercer un modo de adquirir el dominio de recursos hidrobiológicos, como es el caso en la especie, es materia no sólo de ley, sino de ley de quórum calificado; esto es, debe ser aprobada por la mayoría absoluta de los diputados y senadores en ejercicio, de acuerdo con el ya citado artículo 19, ordinal 23°, y el artículo 66 de la Carta Fundamental.

1. Cómo se ha visto, la alegada facultad de la Subsecretaría de Pesca y Acuicultura para reglar tales prohibiciones se asienta en normas de nivel reglamentario y no encuentra asidero en alguna disposición de orden legal.
2. Refrendan este criterio numerosas disposiciones de la Ley General de Pesca y Acuicultura que instituyen prohibiciones: artículos 5° bis, 12,   
   13 E, 49, 64 G, 69, 70, 86, 107, 115, 115 bis, y 162.
3. En conclusión, el proyecto de ley que modifica la Ley General de Pesca y Acuicultura con el objeto de regular la captura de la jibia, Boletín   
   N° 9.489-21, no adolece de un vicio de inconstitucionalidad, ya que no modifica alguna función o atribución que la ley haya dado a un servicio o funcionario público; además, por tratarse de una norma que limita un modo de adquirir el dominio, debe ser aprobada con quórum calificado.
4. Ambos criterios encuentran un precedente en los acuerdos del Senado y su Comisión de Pesca respecto de la moción de los ex Senadores señores Francisco Javier Errázuriz Talavera, Antonio Horvath Kiss y José Ruiz de Giorgio, modificatoria de los artículos 2º, 3º y 4º de la Ley General de Pesca y Acuicultura, prohibiendo la pesca de arrastre por parte de pescadores artesanales, Boletín N° 1.792-03, que se convirtió en la ley N° 19.907.
5. Finalmente, como una cuestión de técnica legislativa, se recomienda aclarar la redacción del artículo único, pues potera y línea de mano son aparejos y no artes de pesca.

- - - - -

Valparaíso, 27 de julio de 2018.

SECRETARÍA DE LA COMISIÓN

1. Fecha de su publicación. [↑](#footnote-ref-1)