

6 DE AGOSTO DE 2018

ARTE DE PESCA, DOMINIO LEGAL y CONSTITUCIÓN POLÍTICA

INFORME EN DERECHO

Patricio Zapata Larraín
Profesor de Derecho Constitucional
Abogado, Pontificia Universidad Católica de Chile
Magister en Ciencia Política, Pontificia Universidad Católica de Chile
Master en Derecho (LIM), Pontificia Universidad Católica de Chile

Se me ha solicitado que emita Opinión Legal sobre la constitucionalidad del proyecto de ley, iniciado en Moción parlamentaria, que modifica la Ley General de Pesca y Acuicultura con el objeto de regular la pesca de Jibia" (Boletín N° 9849-21).¹

La iniciativa que se examinará modifica el artículo 5° de la ley N° 18.892, incorporando un nuevo inciso tercero que dispone que la Jibia solo podrá ser extraída utilizando el arte de pesca potera y/o línea de mano, quedando prohibido cualquier otro.² Este proyecto se encuentra en su segundo trámite legislativo y está siendo estudiado en general por la Comisión de Intereses Marítimos, Pesca y Acuicultura del Senado de la República. Este Informe se elabora pensando que su contenido podría ser de utilidad para la discusión parlamentaria.

Como corresponde a un estudio de naturaleza estrictamente jurídica, este encargo profesional no se hace cargo de las distintas consideraciones sociales, políticas o económicas que pudieren esgrimirse a favor o en contra de este proyecto de ley.

El Informe se organiza en base a tres secciones:

- La primera parte se refiere a la centralidad de la noción de "competencia" para el Estado de Derecho.
- La segunda sección examina la forma en que ha evolucionado el reconocimiento constitucional del dominio legal.
- El acápite tercero, en base a los principios y criterios explicados en los capítulos anteriores, aterriza en el análisis del proyecto de ley.

El Informe cierra con unas breves conclusiones, el enunciado de las fuentes bibliográficas consultadas y un anexo que recoge el texto completo de la Moción estudiada.

¹ Este Informe me ha sido solicitado por el Sindicato de Pescadores y Armadores Artesanales del Mar (SIPORMAR)

² Para el texto completo de la Moción, véase más abajo el ANEXO.

1.-

“DENTRO DE SU COMPETENCIA”: IDEA CENTRAL DEL ESTADO DE DERECHO

Existe una cierta lectura ingenua del constitucionalismo según la cual la idea de jerarquía sería el pilar principalísimo, sino excluyente, del Estado de Derecho. Bajo esa comprensión, basta la imagen de una “pirámide” para explicar las relaciones que existen, y deben existir, entre los distintos tipos de normas jurídicas. Arriba, en la cúspide, figurará la Constitución Política, ordenando desde allí a todas y cada una de las decisiones de autoridad (y a las acciones de las personas también). Más abajo, aparecen las leyes, encorsetadas muy rígidamente por la Constitución. Debajo de la ley, en la base de la pirámide, estarían los decretos y los reglamentos, muchas veces entendidos como meros actos de ejecución de las leyes.

No vamos a negar, por supuesto, que la idea de “Stufenbaulehre” o doctrina de la estructuración jerárquica debida a Kelsen y a Merkl, traducida como pirámide, es una de las teorías más influyentes cuando se trata de discutir para juzgar la validez de una determinada norma. El problema se produce, sin embargo, cuando la imagen de la pirámide cobra vida propia. Y empieza a alejarse de las ideas del propio Kelsen. Eso ocurre, por ejemplo, cuando se asume que las leyes son meros destilados o subproductos de la Constitución. O cuando se piensa que decretos o reglamentos, más que colaboradores dinámicos de la ley, son simples instrumentos mecánicos. La distorsión alcanza su mayor perversión cuando se concluye que los peldaños “superiores” de la pirámide pueden, en caso de existir causa suficiente, prescindir de los escalones más “bajos”. Porque una cosa es “constitucionalización del derecho” y otra bien distinta es la Constitución intentando reemplazar a la ley. Y una cosa es todos los actos administrativos se sujeten al principio de juridicidad y otra, muy diferente, es pretender administrar a través de leyes.

Armados con la imagen de la “pirámide” y mal aplicando al Derecho el aforismo “quién puede lo más puede lo menos”, aparecen, entonces, los partidarios de

resolver todo y cualquier problema en base a la pura aplicación directa de la Constitución. ¿Por qué no? ¿No es verdad, acaso, que ella está por encima de las demás reglas? ¿Para qué que esperar que un problema social sea enfrentado a través de leyes, frutos de un lento y complejo proceso deliberativo, si podemos conseguir una respuesta rápida, aplicando directamente la Constitución, a través de un fallo de la Corte Suprema o el Tribunal Constitucional?

Y así como existen quienes desconfían tan dramáticamente de la capacidad del legislador por generar respuestas adecuadas y oportunas que están dispuestos a poner su esperanza en el activismo judicial, también podrán existir otros que, en razón de su sospecha o suspicacia frente a la acción administrativa, pidan al legislador que se dedique a reglamentar, minuciosamente, todos los detalles imaginables de la política pública.

Como se ve, un foco exclusivo en la noción de jerarquía arriesga con dar salvoconducto para que la norma superior, o la autoridad superior, se arrogue, cada vez que lo estime necesario, la potestad de asumir aquello que la norma inferior, o autoridad inferior, no quiere hacer o no sabe hacer.

Ahora bien, hay un término del Derecho para la decisión unilateral de un superior para traer para sí, cuando le parezca, el conocimiento y resolución de un asunto que está siendo revisado por un inferior. Se llama avocación. El avocarse, en todo caso, no debe ser confundido con el abocarse. El diccionario de la Real Academia Española explica bien la diferencia. El primero, avocarse, y como se ha dicho, consiste en la acción de una autoridad "que atrae a sí la resolución de un asunto o causa cuya decisión correspondería a un órgano inferior".³ El abocarse, en cambio, es la acción de "entregarse de lleno a hacer algo o dedicarse a la consideración o estudio de un asunto".⁴

La Constitución Política prohíbe la avocación. Y si bien lo hace explícitamente cuando prohíbe al Presidente de la República y al Congreso Nacional "Avocarse causas pendientes" (artículo 76), también lo hace implícitamente cada vez que prohíbe a un superior soslayar o pasar a llevar la intervención de un inferior (p.e. cuando obliga que los decretos del Presidente lleven la firma de al menos un

³ Diccionario de la Lengua Española, RAE, tomo I, p. 252.

⁴ Diccionario de la Lengua Española, RAE, tomo II, p. 9.

Ministro o cuando limita las formas a través de las cuales las Cortes pueden corregir o sancionar a un juez).

La prohibición de la avocación es, por su parte, una manifestación de una definición central de la Carta Fundamental: la importancia del principio de competencia. En este caso, la norma clave es el artículo 7 de la Carta Fundamental

Artículo 7º.- Los órganos del Estado actúan válidamente previa investidura regular de sus integrantes, dentro de su competencia y en la forma que prescriba la ley.

Ninguna magistratura, ninguna persona ni grupo de personas pueden atribuirse, ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se les hayan conferido en virtud de la Constitución o las leyes.

Todo acto en contravención a este artículo es nulo y originará las responsabilidades y sanciones que la ley señale.

En el texto recién descrito está recogida la que se conoce como la “Regla de Oro” del Derecho Público chileno: ninguna autoridad puede atribuirse facultades que le no ha sido conferidas expresamente. Este principio es de carácter absoluto pues no admite excepción alguna (“ni aún a pretexto de circunstancias extraordinarias”).

Como lo señala el mismo artículo 7 de la Carta Fundamental en su inciso primero, cuando un órgano del Estado actúa fuera o más allá de su competencia, el acto en cuestión es inválido.

2.- LOS DOMINIOS CONSTITUCIONALES DE LA LEY: ANTES Y HOY

La Constitución Política de 1980 consagra lo que se conoce como "Dominio Legal Máximo". De esta manera, sólo son materia de ley las cuestiones o asuntos que enuncian los artículos 63 y 65 de la Carta Fundamental. Fuera de ese listado, el legislador no tiene habilitación para actuar.

Es verdad, por supuesto, que el listado de materias contempla algunos contenidos relativamente amplios. Es indudable, sin embargo, que salvo una referencia explícita en contrario en la propia Constitución Política, las leyes han de ser normas generales, predeterminadas, permanentes y abstractas.⁵

Las cosas eran muy distintas bajo la Constitución de 1925. Lo que imperaba, entonces, era el llamado "dominio legal mínimo". De esta manera, el listado de materias que la Constitución encargaba, en exclusiva, al legislador ("Sólo en virtud de una ley se puede", art. 44), no impedía a la ley incursionar más allá.

El régimen de la Constitución Política de 1925 hizo posible que se multiplicaran las leyes particulares o con nombre y apellido. Jorge Tapia Valdes concluye que entre 1938 y 1958, el 55% de las leyes despachadas correspondieron a asuntos particulares o de gracia. Alejandro Silva Bascuñan, por su parte, alude a porcentajes similares.

Aun cuando una gran mayoría de esas leyes especiales correspondían a la concesión de pensiones de Gracia, también se usaba la ley para establecer regímenes especiales u otorgar beneficios particulares. Solo por ser emblemáticas

⁵ Véase, Cea, José Luis: "Los principios de reserva legal y complementaria en la Constitución chilena", Revista de Derecho, Vol. IX, diciembre 1998, pp. 65-104.

de esta tendencia, me permito reproducir el texto de dos leyes: la ley de la chinchilla (1929) y la ley del Mundial del 62:

Artículo 1.o Se autoriza al Presidente de la República para establecer en las provincias de Antofagasta, Atacama y Coquimbo, criaderos de chinchillas, con el objeto de conservar y propagar la especie en el estado libre.

Art. 2.o Los criaderos se instalarán en propiedades fiscales de extensiones no menores de cincuenta kilómetros cuadrados. En el caso de no encontrarse propiedades fiscales adecuadas, se autoriza al Presidente de la República para arrendar o adquirir las que estime más convenientes.

Art. 3.o En las propiedades destinadas a criaderos regirán las disposiciones relativas a los recintos militares en lo que sean aplicables.

Art. 4.o La guardería de los criaderos en estado libre estará a cargo del Cuerpo de Carabineros.

Art. 5.o Un Reglamento especial fijará las funciones de los empleados administrativos y técnicos necesarios para el estudio y conservación de la especie.

Art. 6.o Autorízase al Presidente de la República para establecer en la comuna de La Serena un criadero especial para ensayar la crianza y domesticación de la chinchilla en estado de cautividad. Este criadero estará a cargo de un técnico naturalista, dependiente de la Dirección General de Caza, Pesca y Bosques.

Artículo 1.o La Corporación de la Vivienda transferirá, a título gratuito, una vivienda de la población denominada "Ezequiel González Cortés", ex "Villa Olímpica" de Santiago, a cada uno de los siguientes jugadores de la Selección Chilena de Fútbol que participó en el Campeonato Mundial de este deporte realizado en nuestro país en el presente año:

Misael Escuti Rovira, Manuel Astorga Carreño, Adán Godoy Rubina, Luis Eyzaguirre Silva, Raúl Sánchez Soya, Sergio Navarro Rodríguez, Carlos Contreras Guillaume, Eladio Rojas Díaz, Jaime Ramírez Banda, Jorge Toro Sánchez, Honorino Landa Vera, Alberto Fouilloux Ahumada, Leonel Sánchez Lineros, Mario Ortiz Vallejos, Hugo Lepe Gajardo, Humberto Cruz Silva, Manuel Rodríguez Araneda, Armando Tobar Vargas, Carlos Campos Silva, Braulio Musso Reyes, Mario Moreno Burgos y Sergio Valdés Silva.

De igual beneficio gozarán: el entrenador, Fernando Riera Bauzá, y su ayudante, Luis Alamos Luque.

En todo caso, las personas a que se refiere este artículo podrán optar libremente a una vivienda de la Corporación de la Vivienda ubicada en otro lugar del país, en las mismas condiciones que las señaladas en esta ley, si no estuvieran en situación de aceptar la donación en la población "Ezequiel González Cortés", de Santiago.

Es innegable que bajo la Constitución de 1980 no podrían aprobarse leyes como la ley de la chinchilla o la de las casas para los jugadores del mundial del 62.

El sentido y alcance del dominio legal máximo ha sido precisado varias veces por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Me permito citar dos sentencias fundamentales:

El 12 de Agosto de 1996 el Tribunal Constitucional dictó el fallo sobre la Causa 242. Señalo allí el TC:

17°. Que, la Constitución en actual vigencia al precisar que sólo son materias de ley las que taxativamente enumera en su artículo 60 cambió el sistema del dominio legal mínimo establecido por el artículo 44 de la Constitución de 1925, que contenía una enumeración no estricta ni rígida, sino abierta, de quince materias que sólo en virtud de una ley podían ser reguladas, haciendo procedente la ley en cualquiera otra materia en que la Constitución no la hubiera reservado expresamente a otra autoridad, por el sistema de dominio legal máximo o de dominio reservado a la ley, en el que ésta debe contener solamente aquellas normas destinadas a resolver los problemas más importantes de la Nación, esto es, limitada sólo a las bases esenciales sobre el ordenamiento jurídico que establece, pero sin penetrar al ámbito exclusivo de la potestad reglamentaria propia del órgano ejecutivo;

18°. Que, el cambio de criterio referido se justifica sin duda en la conveniencia y necesidad de asegurar al Gobierno mayores facultades de ejecución para resolver los asuntos de bien común e interés general que no sean de aquellos que por su trascendencia política deban ser tratados de manera conjunta por el Presidente de la República y el Congreso, y se corrobora con lo que dispone el N° 8° del artículo 32 de la Constitución, conforme al cual es atribución exclusiva del Presidente de la República ejercer la potestad reglamentaria en todas aquellas materias que no sean propias del dominio legal;

19°. Que luego y en consecuencia, si respecto de los bienes del Estado sólo son materias de ley las que fijen las normas sobre su enajenación, arrendamiento o concesión, conceptos muy claros y precisos y definidos por la ley, y no otras, como su destinación o destino, es decir el que se les consigne, señale o aplique a un fin o efecto determinado, conforme fluye de la apreciación conjunta de la primera acepción del verbo destinar y de la cuarta significación del sustantivo destino dadas por el Diccionario de la Lengua Española, al regular el artículo transitorio cuestionado la forma en que el Presidente de la República debe proceder en la destinación del inmueble del Congreso Nacional en Valparaíso, está inmiscuyéndose en una atribución propia y ordinaria del Jefe del Estado y vulnerando, por ende, no sólo el artículo 60 de la Constitución, porque está referido a materia que no es de dominio legal, sino que, además, el artículo 7° de la misma, por cuanto invade una facultad que es de competencia reservada al Poder Ejecutivo.

El 9 de Abril de 2003 el Tribunal Constitucional pronunció el fallo sobre la causa Rol 370. Allí se señaló:

DECIMOTERCERO. Que, para resolver acertadamente el problema que le ha sido planteado, este Tribunal debe analizar, con la extensión y profundidad indispensables, las características del sistema articulado en las disposiciones constitucionales señaladas, dejando desde ya establecido que se trata de un régimen que armoniza el ejercicio de la potestad legislativa con su homónima reglamentaria, esta última en la especie o modalidad de potestad destinada a ejecutar los preceptos legales, dentro del marco trazado en la Carta Fundamental y ceñido a las ideas matrices contenidas en la ley cuyas normas se trata de llevar a la práctica. Al proceder en los términos enunciados, esta Magistratura es coherente con la doctrina, reiterada y uniforme, que fluye de sus sentencias y que será transcrita o citada, a la vez que vela por el respeto de los valores esenciales, todos reconocidos en nuestra Constitución, como son lo concernientes al Estado de Derecho, la separación de órganos y funciones estatales, la certeza o seguridad jurídica y la supremacía de la Carta Fundamental con el control previsto en ella para infundirle eficacia;

DECIMOCUARTO. Que en la concreción de la labor descrita, este Tribunal estima necesario puntualizar, primeramente, que el principio de reserva legal, asociado con el dominio máximo fijado a la ley en el artículo 60 de la Constitución, es una de las características sustanciales de aquella, cuya importancia se realza al comparar el régimen hoy vigente, de una parte, con el dominio mínimo legal que contemplaba la Carta Fundamental de 1925 y sus reformas, de otra. Pues bien, esa reserva y dominio legal máximo tienen significado claro, el cual se halla corroborado por la historia fidedigna respectiva, así como por la mayoría de la doctrina y de la jurisprudencia que se ha pronunciado sobre ella, tratándose, en especial, de las limitaciones y obligaciones que pueden imponerse por la ley al ejercicio del dominio;

DECIMOQUINTO. Que el estudio de las fuentes aludidas en el considerando precedente permite concluir que ellas coinciden en que el sistema de reserva y dominio legal, imperante en la Constitución en vigor, se estructura con dos niveles de ejercicio de la potestad legislativa.

El primero de tales niveles de reserva está previsto en los artículos 32 N° 8 y 60 de la Constitución, siendo de alcance general y de común aplicación en todos los casos en que ella ha situado en el dominio de la ley la regulación de una materia.

En cambio, el segundo de aquellos niveles de reserva se halla contemplado en disposiciones constitucionales específicas, siendo necesario concluir que, en algunas de ellas, la reserva es más absoluta que en otras;

El principio de Dominio Legal Máximo se ha transformado en un elemento ordenador de la legislación chilena. De esta manera, si se revisan cuerpos legales

como la Ley General de Urbanismo o la Ley de Bases de Medio Ambiente, se comprobará la manera en que se distribuye la producción normativa entre ley, decreto y resolución. Esa repartición no es fruto del azar o el capricho. Responde a un mandato constitucional. La ley fija las reglas generales. Decretos y Reglamentos proceden a desarrollar los mandatos de la ley. Las resoluciones, finalmente, dan cuenta de la evolución técnica de los procesos y aterrizan la norma a personas y territorios concretos.

La ley de Pesca se sujeta al mismo régimen constitucional. A la ley le corresponde, entonces, todo lo referido a limitación de derechos (Reserva Legal), el establecimiento de criterios generales y la definición básica de órganos y facultades públicas. Al decreto le cabe desarrollar las potestades de las autoridades y reglamentar los procedimientos. A las resoluciones, finalmente, les toca el ajuste dinámico de técnicas, áreas, trámites y otros detalles. Al efectuar esta distinción, La Ley de Pesca no sólo está operando en forma sensata. Está cumpliendo con la Constitución.

3.-

EL PROYECTO DE LEY QUE REGULA LA PESCA DE LA JIBIA

Luego del marco teórico y de los elementos de contexto ya explicados, estamos en condiciones, finalmente, de abordar el examen concreto del proyecto de ley sobre regulación de la pesca de la Jibia.

Partamos haciendo el ejercicio de anticipar una eventual aprobación del proyecto: ¿Cómo quedaría, como se leería, el artículo 5 de la ley de Pesca una vez que le insertamos, en negrita, el inciso que propone el proyecto?

Artículo 5°.- Prohíbense las actividades pesqueras extractivas con artes, aparejos y otros implementos de pesca, que afecten el fondo marino, en el mar territorial dentro de una franja de una milla marina, medida desde las líneas de base desde el límite norte de la República hasta el paralelo 41°28,6' de latitud sur; y en las aguas interiores, en la forma que determine el reglamento, con excepción de la franja de mar de una milla marina medida desde la línea de más baja marea de la costa continental y alrededor de las islas.

Esta prohibición regirá también en las bahías y dentro de las áreas que se delimiten con líneas imaginarias entre puntos notables de la costa mediante decreto supremo expedido por intermedio del Ministerio y previo informe técnico de la Subsecretaría.

La especie *Dosidicus gigas* o Jibia, sólo podrá ser extraída utilizando potera y/o línea de mano como arte y/o aparejo de pesca, quedando prohibido cualquier otro tipo de arte y/o aparejo de pesca. Los armadores que infrinjan el presente artículo serán sancionados con multa de 500 unidades tributarias mensuales y el comiso de las especies hidrobiológicas y/o de los productos derivados de éstas.

Asimismo, en virtud del principio precautorio, tratándose de montes submarinos, no se permitirá la pesca de fondo, a menos que exista una investigación científica realizada de acuerdo al protocolo y reglamento a que se refiere el artículo 6° B, que demuestre que la actividad de pesca no genera efectos adversos sobre los ecosistemas marinos vulnerables presentes en el área.

Sin perjuicio de lo anterior, previo a que la Subsecretaría autorice las actividades de pesca de fondo en algún monte submarino, los estudios científicos que funden dicha decisión serán sometidos al procedimiento de información pública, de conformidad con el artículo 39 de la ley N° 19.880.

El nuevo artículo 5° comenzaría manteniendo una veda muy general. Se prohíben, en efecto, las actividades pesqueras extractivas (todas, respecto de toda especie) con artes, aparejos y otros implementos de pesca que afecten el fondo marino (cualquiera sea éstos, mientras afecten el fondo marino) en el mar territorial dentro de una franja de una milla marina.

El segundo inciso precisa los márgenes geográficos de la antedicha prohibición general.

Y es en este momento, con el nuevo inciso tercero, en que, muy llamativamente, sorpresivamente, el nuevo artículo 5°, producto de la reforma, pasaría de la generalidad anotada a la concreción más radical. De la completa prohibición de todas las técnicas que afectan el fondo marino pasamos a la autorización de una técnica particular. De una regla general que cubre a todas las especies, pasamos al estatuto particular de la especie *Dosidicus gigas* o Jibia.

Para dejar aún más claro que este proyecto intenta instaurar un “estatuto de la jibia”, el nuevo inciso tercero incorpora unas sanciones especialísimas para los armadores que infrinjan “este” estatuto. No hay relación alguna entre la infracción a esta autorización singular con la vulneración de la prohibición del primer inciso.

Luego del “estatuto de la Jibia”, el artículo 5° vuelve, en los siguientes dos incisos, a tratar de la prohibición de la pesca que impacte al fondo marino.

Salta a la vista que el nuevo inciso tercero tiene poco o nada que ver con los otros cuatro incisos. Su presencia en este artículo 5 resulta, entonces, forzada, extraña y, derechamente, poco lógica.

Imagino que alguien podría responder a la crítica recién formulada, planteando que el defecto anotado es pura y simplemente un caso de mala técnica legislativa. Nada más que eso. Y que, por lo mismo, aunque no sea el ideal, no por ello, necesariamente, se incumple la Constitución.

Yo mismo he distinguido, en texto de hace una década, entre un “vicio de inconstitucionalidad” propiamente tal (“cuando las circunstancias o contenidos del

proyecto ...resultan objetivamente contradictorios con los mandatos de la Carta Fundamental”) y “otros defectos jurídicos distintos ...tales como, por ejemplo, la mala técnica legislativa o la redundancia”.⁶ No tengo problemas, entonces, para admitir que la Constitución no prohíbe, *per se*, toda ley mal hecha.

El problema de la reforma es que su inadecuación lógica no es expresión de desprolijidad o descuido. Su mala factura revela una dificultad mayor, que no es sólo técnica. El defecto del “estatuto de la Jibia” no es resultado de un mal empalme con el resto del artículo 5°. Su falencia es tal que el vicio no se resuelve simplemente con su traslado a otro artículo o capítulo de la ley, como si, por ejemplo, se propusiera como un nuevo inciso final para el artículo 4 o como un nuevo artículo 5 ter.

Resulta, entonces, que, por mucho que se busque, no se encontrará ninguna parte de la Ley de Pesca donde “quede bien”, o se “vea bien”, una regla que opta por un arte de pesca determinado para la extracción de una especie determinada. Y si no se puede encontrar en la Ley de Pesca un “lugar” adecuado para situar el “estatuto de la Jibia” es porque reglas como ésta no tienen lugar, no deben tener lugar, en una norma jurídica general, permanente, abstracta, predeterminada y principal, como debe ser, de acuerdo a la Constitución Política, una Ley de Pesca.

No se puede negar, por supuesto, que el texto vigente de la Ley de Pesca contiene un par de reglas que se refieren directamente y específicamente a ciertas especies. Así, por ejemplo, la ley N° 20.525 incorporó a dicho cuerpo legal el artículo 5 bis prohibiendo la “mutilación de las aletas de cualquier especie de tiburón, acción denominada aleteo o *finning*, a bordo de naves o embarcaciones de pesca o su transbordo” o los artículos 47 y 48 B, que a propósito de la Pesca Artesanal, hacen referencia a camarón naylor, langostino amarillo, langostino colorado, gamba, sardina española, anchoveta, merluza común, sardina común y jurel.

Ahora bien, ¿Por qué razón el proyecto no busca instalar el “estatuto de la Jibia” en el capítulo de la Pesca Artesanal, transparentado el propósito de reservar la extracción de dicho recurso para algunas de las personas que participan de esa actividad?

⁶ Citando, además, jurisprudencia del Tribunal Constitucional acogiendo esta distinción. Zapata, Patricio: “Justicia Constitucional”, Editorial Jurídica de Chile, 2008, p. 309.

Me parece que la respuesta a la pregunta anterior se encuentra en la propia exposición de motivos de la Moción parlamentaria. Si bien es cierto que dicho texto admite que el proyecto responde, en lo esencial, a la necesidad de socorrer a un subsector de pescadores artesanales (la Jibia como "tabla de salvación" para dicho grupo), hace un esfuerzo, sin embargo, por situar la iniciativa en el terreno de las normas protectoras del medio ambiente marítimo y la sustentabilidad (de allí las menciones a la pesca de arrastre y al by-catch). Esa sería la razón, supongo, para que el estatuto de la Jibia se introduzca en la norma legal que prohíbe las técnicas que afectan el fondo marino.

Desgraciadamente para el proyecto, la instalación en el artículo 5 no alcanza a tapar o disimular los problemas del proyecto. Incluso, puede afirmarse que esa radicación desnuda tales falencias.

La opción exclusiva y excluyente por la potera no es un medio coherente con el fin, declarado, de proteger el fondo marino ¿Por qué se prohíben artes de pesca como la red de arrastre de profundidad media o la pesca al cerco, ninguna de las cuales afecta el fondo marino?⁷

Todo lo que se ha señalado confirma, en mi opinión, la radical insuficiencia del proyecto. Lo que interesa a este Informe, en todo caso, es que esa debilidad tiene una causa estructural: estamos ante una ley que trata de regular una materia que escapa al dominio legal. Un asunto que, por su naturaleza, su dinamismo y su especificidad no puede ni debe ser regulado por ley. Una cuestión que, lógica y necesariamente, debe quedar entregada a la regulación de decretos o resoluciones.

Antes de concluir con el examen del proyecto me gustaría referirme, aunque sea brevemente, a la minuta con que la Secretaría de la Comisión de Pesca, el 1 de Agosto recién pasado, se pronuncia contra una eventual inadmisibilidad de la Moción bajo Examen.

⁷ La opción exclusiva y excluyente por la potera es una decisión que no se justifica científicamente. En la medida que dicha preferencia favorece a un sector y tendría el efecto de perjudicar gravemente los derechos e intereses de armadores y pescadores, industriales y artesanales, que teniendo las licencias y permisos pertinentes, emplean otro arte de pesca, sería necesario que el legislador demostrara que esta diferencia no es arbitraria (artículo 19 N° 22 de la Constitución Política).

La Secretaría refuta, en primer lugar, que la Moción incurra en interferencia o invasión de materias de iniciativa exclusiva presidencial. Como se advertirá, esta réplica no afecta, en lo más mínimo, los argumentos desarrollados en este Informe. En ninguna parte sostengo que la iniciativa padece de ese vicio en particular.

Luego, y mezclando cuestiones de constitucionalidad con discusiones de legalidad, la Secretaría discute que el actual artículo 4 de la Ley de Pesca, letra b), confiera a la Subsecretaría facultades o potestades para adoptar una medida como la que propone el proyecto de ley. Ya sea que se interprete dicha letra b) en un sentido o en otro, tal ejercicio de hermenéutica no dice nada sobre la constitucionalidad de la Moción.

No puedo dejar de llamar la atención, finalmente, sobre razonamiento contenido en el punto 24 de la minuta de la Secretaría. Luego de recordar la existencia, en nuestro Código Civil, de los modos de adquirir el dominio, entre los cuales, el aplicable a la pesca es, por supuesto, la ocupación; y de citar las normas constitucionales que reservan a la ley la definición de tales modos y que ponen límites a los límites a la libre apropiabilidad de los bienes, la Minuta expresa textualmente: "Entonces, una norma que prohíba o limite 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".

La verdad es que sorprende la forma en que la Minuta de la Secretaría trata como una misma cosa los modos de adquirir el dominio y las distintas técnicas de que se valen las personas para pescar o cazar. La escopeta o el arco y flecha, en el caso de la caza, o la potera o las redes, en el caso de la pesca, ciertamente no son modos de adquirir el dominio.

CONCLUSIONES

Sobre la base de los antecedentes y razonamientos que se han venido desarrollando en el cuerpo de este Informe, he llegado a la conclusión que, más allá de cuales pudieren sus eventuales méritos sustantivos, si los tuviera, el proyecto de ley, originado en Moción, que pretende regular un único arte de Pesca para la Jibia (Boletín 9849-21), incursiona indebidamente en la esfera de las potestades reglamentarias del Presidente de la República, del Ministro de Economía, Fomento y Turismo y de la Subsecretaría de Pesca. Y lo hace porque, lejos de la generalidad, abstracción, predeterminación, principalidad e innovación que son características propias de la ley en el derecho chileno, este proyecto entra a un nivel de detalle que está, constitucionalmente reservado a la autoridad administrativa.

Los precedentes que se citan para justificar una norma legal con este tipo de concreción y detalle en verdad no son tales. Ni la ley sobre protección de cetáceos, regla de carácter generalísimo, ni algunas referencias de la propia Ley de Pesca a ciertas especies, nunca atadas a ciertas artes de pesca, pueden, en verdad, analogarse a lo que pretende el proyecto bajo análisis.

Tampoco es efectivo que el tenor del artículo 4 de la ley de Pesca, al disponer que la Subsecretaría de Pesca "podrá" establecer ciertas prohibiciones o medidas de administración, sirva para validar eventuales intervenciones legislativas que establezcan directamente algún tipo de arte o aparejo de pesca para la extracción de una especie determinada. El "podrá" del artículo 4 de la Ley de Pesca, como tantos otros "podrá" del derecho positivo chileno, lejos de revelar alguna precariedad o fragilidad de la potestad del órgano a quién se le atribuye dicho "podrá", lo que hace, en realidad, es realzar el empoderamiento de tal autoridad.

Independientemente de lo que puedan pensar los legos, en Derecho Público, y en la medida que confiere un margen de discrecionalidad, "podrá" siempre es más que "deberá". Por lo mismo, el artículo 4 de la Ley de Pesca, lejos de servir como argumento para validar el proyecto que examinamos, muestra hasta qué punto el sistema jurídico chileno descansa en la capacidad de la Administración para ir

actualizando, de manera técnica y flexible, la regulación de la pesca en Chile. Y, desde esa perspectiva, el artículo 4 apunta en la dirección contraria del proyecto y no en favor suyo.

Al exceder el proyecto de ley citado la esfera competencial del dominio legal máximo definido por la Carta Fundamental, incurre en un vicio de inconstitucionalidad. Lo que corresponde, en consecuencia, es que el propio Senado, a través de las instancias y métodos previstos en su propio Reglamento, declare la inadmisibilidad de este proyecto.

Lo señalado recién no obsta, por supuesto, a que los temas sustantivos planteados por la Moción analizada, en su nivel de específica concreción, pudieren ser, eventualmente, objeto de regulación por los órganos constitucionalmente habilitados para ese objeto.

Nada de lo que se ha expresado en este Informe puede ser leído o interpretado en clave de desmerecer o debilitar la importancia de la ley como fuente del Derecho. El autor de estas líneas defiende siempre con fuerza los fueros del Parlamento y ha dedicado tiempo y energía a impulsar reformas constitucionales y legales que robustecen al Congreso Nacional.⁸

Más arriba, en la primera parte de este Informe, distinguíamos entre Abocarse y Avocarse. Me parece que el proyecto de ley que estoy informando plantea con mucha fuerza la disyuntiva a que está enfrentado cualquier órgano estatal que quiere enfrentar un problema social. Se aboca (dentro de su competencia) o se avoca (fuera de su competencia). No hay duda que el Congreso Nacional puede abocarse a estudiar lo que ocurre con la explotación de la Jibia. Es innegable que la Cámara de Diputados puede abocarse a fiscalizar la manera en que las autoridades cumplen y hacen cumplir la ley de Pesca. Y tampoco puede discutirse que el Parlamento tiene facultades constitucionales para emprender una revisión total o parcial de los contenidos de la Ley de Pesca vigente (como de hecho lo está haciendo en la actualidad). Lo que no corresponde al legislador, sin embargo, es avocarse a lo que constitucionalmente le está confiado a otro órgano del Estado.

⁸ p.e. el proyecto de ley que sustituye el sistema electoral binominal por un sistema electoral proporcional moderado.

BIBLIOGRAFÍA

Cea, José Luis: “Derecho Constitucional Chileno”, Ediciones de la Universidad Católica, Tomo II, 2004, pp. 733.

Correa, Jorge: “Limites Constitucionales a eventuales modificaciones al régimen legal de pesca”, Informe en Derecho, Julio de 2010.

Delaveau, Rodrigo: “Sobre derechos de pesca y el análisis económico del Derecho”, La Segunda, Jueves 19 de Mayo de 2011, página 29.

Feliú, Olga: Informe en Derecho, Julio de 2010.

Fernandois, Arturo: “Derecho Constitucional Económico”, Tomo II, Ediciones de la Universidad Católica, Santiago, Chile, 2010, pp. 488.

Fuentes, Jessica: “Las autorizaciones de Pesca y el Derecho de Propiedad”, Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, XXXVIII, Valparaíso, Chile, 2012, pp. 543-571.

Libertad y Desarrollo: “Consideraciones para la discusión de la Ley de Pesca”, Temas Públicos, N° 1070, 13 de Julio de 2012.

Montt, Santiago: “El dominio público”, LegaPublishing, Chile, 2002, pp. 421.

Montt, Santiago: “Expropiaciones directas y derregulatorias y reforma regulatoria pesquera”, Informe en Derecho, Julio de 2010.

Núñez, José Ignacio: “La teoría de la responsabilidad patrimonial del Estado Legislador por leyes declaradas inconstitucionales y su eventual procedencia en el sistema chileno”, Tesis de Grado, Programa de Magister, Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile, 2010, pp. 93.

OECD: “Políticas de pesca y acuicultura de Chile: Informe de base”, 2009.

Rojas, Cesar: “Teoría General de Derecho Público en el ámbito de las Concesiones, Autorizaciones y Permisos. En especial en la Ley general de Pesca y Acuicultura”, Editorial Metropolitana, Santiago de Chile, Noviembre de 2008, pp. 149.

Soto, Eduardo: “Derecho Administrativo. Temas Fundamentales”, AbeledoPerrot, LegalPublishing, Segunda Edición actualizada, 2010, pp. 862.

Vial, Joaquín: “Reflexiones en torno a la ley de Pesca”, Colección de Estudios Cieplan, N° 33, Diciembre de 1991, pp. 187-192.

Zuñiga, Francisco: “Responsabilidad patrimonial del Estado Legislador”, LexisNexis, Santiago, Chile, 2005, pp. 159.

ANEXO

Modifica la ley N° 18.892, General de Pesca y Acuicultura, incorporando una regulación para la captura de *Dosidicus gigas* o Jibia mediante potera y/o línea de mano como único arte y/o aparejo de pesca.

Boletín N° 9489-21

Considerando:

- 1.- Que el progresivo declive en la captura de varias especies objetivo de la pesca artesanal, la que incluye a las poblaciones de merluza común (*Merluccius gayi*), merluza de cola (*Macruronus magellanicus*), congrio dorado (*Genypterus blacodes*), entre otras, se han venido suscitando desde mediados de la década de los 90, con fuertes repercusiones de carácter ambiental, social y económico para el subsector de pescadores de pequeña escala o artesanales.
- 2.- Que la pesca de Jibia o calamar gigante (*Dosidicus gigas*) se plantea como una alternativa o "tabla de salvación", para enfrentar la crisis que afecta al 48 % de las principales pesquerías nacionales (Subpesca 2014), siendo durante los últimos años los pescadores artesanales quienes principalmente han capturado este recurso hidrobiológico, paleando parcialmente las repercusiones negativas que ha traído la disminución de las históricas especies objetivo de la pesca artesanal.
- 3.- Que la crisis actual de las pesquerías en Chile ha significado la reorientación de muchos pescadores artesanales hacia nuevas pesquerías y es un hecho cierto que muchos de ellos como consecuencia de lo anterior, desarrollan su actividad con la jibia contribuyendo con ello al sustento de numerosas familias chilenas, razón suficiente para mejorar el acceso al recurso mencionado. Actualmente el Registro Pesquero Artesanal, para el recurso Jibia (*Dosidicus gigas*), el año 2011 ya alcanzaba los 8.047 pescadores y que al 2014 el número de embarcaciones autorizadas a Jibia ya alcanza las 5.722 según estadísticas del SIEP de SERNAPESCA. Esto sin mencionar los ingresos directos e indirectos derivados de un negocio que ha exportado entre 70 y 117 millones de US\$ durante los últimos 5 años.
- 4.- Que la Pesca Artesanal constituye el principal motor social y productivo del sector pesquero, jugando a su vez un papel clave para el abastecimiento del mercado interno, y crecientemente el de la exportación de especies de alto valor comercial. La pesca de pequeña escala proporciona la mayor cantidad de puestos de trabajo del sector pesquero, existiendo en el Registro Pesquero Artesanal del 2014, la cantidad de 92.212 pescadores(as), estimándose que genera empleo directo e indirecto para alrededor de 500.000 personas en nuestro país.

5.- Que según la FAO 2008 la Pesca de Arrastre, en general, presenta índices de selectividad y descarte o bycatch, mucho menores y mayores respectivamente, que las poteras o la línea de mano como arte y/o aparejo de pesca.

6.- Que en su programa, este gobierno ha propuesto "asegurar un tratamiento sustentable de los recursos pesqueros" y "la eliminación progresiva de la pesca de arrastre", para lo cual, dentro de otras medidas, se necesita favorecer el empleo de las artes y aparejos de pesca más selectivas, que nos permitan reducir el descarte o bycatch.

7.- Que el actual conocimiento del ciclo biológico de la jibia (*Dosidicus gigas*) en aguas chilenas es preliminar e insuficiente, dado que históricamente fue un recurso de poco interés para el sector pesquero en general, habiendo sido catalogada incluso como una "plaga", debido a papel de depredador sobre merluza y otros recursos pelágicos. La aplicación del criterio precautorio y enfoque ecosistémico, indica la necesidad de disminuir el esfuerzo de pesca a través del favorecimiento del arte de línea de mano, utilizado principalmente por el subsector pesquero artesanal.

8.- Que en el mensaje presidencial del 21 de mayo, la Presidenta **Michelle Bachelet** expresó que *"en materia de pesca, se requiere que apostemos por el fortalecimiento de la pesca artesanal, la sustentabilidad de los recursos del mar y el desarrollo productivo de esta actividad"*, afirmando además que lo que *"requiere una respuesta urgente es la caída en las cuotas de captura para la merluza común"*.

POR TANTO, en virtud de lo expuesto, los diputados y diputadas abajo firmantes venimos en presentar el siguiente

Proyecto de Ley

Artículo único.- Añádese al artículo 5° de la ley 18.892 el siguiente inciso tercero nuevo pasando el tercero y cuarto a cuarto y quinto respectivamente:

"La especie *Dosidicus gigas* o Jibia, sólo podrá ser extraída utilizando potera y/o línea de mano como arte y/o aparejo de pesca, quedando prohibido cualquier otro tipo de arte y/o aparejo de pesca. Los armadores que infrinjan el presente artículo serán sancionados con multa de 500 unidades tributarias mensuales y el comiso de las especies hidrobiológicas y/o de los productos derivados de éstas."

DANIEL NÚÑEZ ARANCIBIA
Diputado de la República

VÍCTOR TORRES
Diputado De la República