



2020

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Sentencia

Rol 8614-2020

[12 de noviembre de 2020]

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR
INCONSTITUCIONALIDAD RESPECTO DEL ARTÍCULO 5º, INCISO
TERCERO, DE LA LEY N° 18.892, GENERAL DE PESCA Y
ACUICULTURA, CUYO TEXTO REFUNDIDO, COORDINADO Y
SISTEMATIZADO, FUE FIJADO POR EL D.S. N° 430, DE 1992, DEL
ENTONCES MINISTERIO DE ECONOMÍA, FOMENTO Y
RECONSTRUCCIÓN

SOCIEDAD PESQUERA LANDES S.A.

EN EL PROCESO ROL N° 42.027-2019, SOBRE RECURSO DE PROTECCIÓN
SEGUIDO ANTE LA CORTE DE APELACIONES DE VALPARAÍSO, EN
APELACIÓN PARA ANTE LA CORTE SUPREMA

VISTOS:

Con fecha 14 de abril de 2020, Sociedad Pesquera Landes S.A., ha presentado un requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto del artículo 5º, inciso tercero, del Decreto Supremo N° 430, de 1992, del entonces Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, que Fija el Texto Refundido, Coordinado y Sistematizado de la Ley N° 18.892, de 1989, y sus modificaciones, Ley General de Pesca y Acuicultura, para que incida en el proceso Rol N° 42.027-2019, sobre recurso de protección seguido ante la Corte de Apelaciones de Valparaíso, en apelación para ante la Corte Suprema.



Precepto legal cuya aplicación se impugna

El texto del precepto impugnado dispone, en su parte ennegrecida:

“Ley N° 18.892, General de Pesca y Acuicultura

(...)

***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 o línea de mano como aparejo de pesca. Se prohíbe cualquier otro tipo de arte 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 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.”.

Síntesis de la gestión pendiente y del conflicto constitucional sometido al conocimiento y resolución del Tribunal

Explica la actora que la gestión pendiente está constituida por una acción de protección sustanciada ante la Corte de Apelaciones de Valparaíso en contra de una resolución dictada por la Subsecretaría de Pesca. Indica que realizó una solicitud de aclaraciones en torno al alcance de las autorizaciones de pesca de las cuales es titular y la normativa actualmente aplicable, así como la vigencia de las autorizaciones de pesca, y la oportunidad en la cual se podría hacer efectiva la caducidad.

A dicha solicitud, expone que la autoridad emitió una resolución exenta en noviembre de 2019, adoptando determinaciones que afectan sus derechos constitucionales. Se encontraría, a juicio de la autoridad sectorial, impedida de emplear las autorizaciones de pesca industrial de las que es titular en dos naves, para



capturar el recurso jibia en los términos y por los medios que esos instrumentos administrativos se lo permiten desde hace años.

Lo anterior, por cuanto la norma cuestionada prohibiría sin distinción alguna la captura de jibia que se realice por medio de cualquier aparejo o arte de pesca que no sea la potera o línea de mano, aun cuando las autorizaciones de pesca industrial e inscripciones de pesca artesanales señalen otra cosa.

Por ello, expone, el recurso de protección se fundó en que la resolución exenta en comento es ilegal al inobservar disposiciones de la Ley General de Pesca y Acuicultura (LGPA), así como el régimen jurídico al que se sujetan las autorizaciones de pesca, y arbitraria, por carecer de una adecuada motivación y otorgar una brevísima y poco razonada respuesta a la Solicitud Aclaratoria de Pesquera Landes.

Agrega que la norma cuya inaplicabilidad reclama ha sido aquella disposición utilizada por la Autoridad para determinar cuál sería el fundamento jurídico que explicaría que la actora no se encuentra habilitada para explotar la jibia en los términos dispuestos por sus autorizaciones de pesca vigentes.

Argumentando el conflicto constitucional, la actora expone que la norma no sólo es decisiva en la resolución del asunto, sino que, también, importa una serie de vulneraciones a la Constitución.

Indica que la aplicación de la Ley N° 21.134 tiene una incidencia central en la pretensión de la autoridad administrativa de rechazo del recurso de protección deducido. En efecto, refiere que Subpesca sustentó toda su argumentación en la circunstancia de que, a su juicio, el acto administrativo dictado por ella no haría más que recoger lo señalado por la ley N°21.134, cuyo artículo único –que incorporó el nuevo inciso tercero del artículo 5° de la LGPA– consagraría la prohibición absoluta, y sin distinción temporal alguna, de utilizar métodos de captura distintos a la potera o la línea de mano respecto del recurso jibia.

De este modo, el empleo concreto de la ley N°21.134 es lo que impediría el ejercicio de la actividad económica de la actora. Su aplicación *in actum* restaría de toda eficacia al contenido habilitatorio de las autorizaciones de pesca vigentes y de la que es titular Pesquera Landes, impidiéndole desarrollar su actividad de explotación pesquera mediante los métodos ya autorizados y que representan una situación jurídica consolidada a su respecto; con la subsecuente transgresión de las garantías constitucionales consagradas en los numerales 21 y 24 del artículo N°19 de la Constitución –en relación con el numeral 26.

En consecuencia, en el requerimiento desarrolla los siguientes *conflictos constitucionales*:

Artículo 19 N°21, inciso primero, de la Constitución. Indica que Subpesca ha interferido de forma ilegítima en la facultad de Pesquera Landes para desarrollar su actividad económica en el mercado de la pesquería de la jibia. Por medio de la Res.



Ex. N° 3651 se ha dispuesto la aplicación de una medida de administración que constituye una prohibición económica; una que el precepto legal impugnado no puede imponer.

Al aplicar el nuevo artículo 5°, inciso tercero, de la LGPA a las autorizaciones de pesca vigentes a la época de entrada en vigor de la ley N°21.134, se transgrede el artículo 19 N°21 de la Constitución, toda vez que se ha obstaculizado la ejecución de una actividad que se encuentra amparada por el Derecho.

Bajo el pretexto de regular una actividad no se puede sujetar una actividad, como ocurre en este caso, a una norma que en la especie tiene por efecto impedir su ejercicio. Explica que la aplicación que Subpesca ha hecho de la prohibición de la pesca de arrastre, como consecuencia de la Ley N°21.134, hace jurídica y económicamente inviable la operación de las actividades extractivas respecto de una entidad que cuenta con autorizaciones de pesca previamente otorgadas, y para cuya realización la requirente refiere que realizó ingentes inversiones que hoy son, sin más, simplemente desconocidas por la RE 3651.

Artículo 19 N°24 de la Constitución. Subpesca ha realizado, por sí y ante sí, una ilegítima aplicación del precepto impugnado, impidiendo a Pesquera Landes el ejercicio del derecho real de explotación que le conceden sus autorizaciones de pesca de las que es titular, y que fueron conferidas por esa misma autoridad.

Las autorizaciones de pesca que facultan a la actora para explotar la jibia son constitutivas de derechos, por cuanto le habilitan para ejercer una actividad cuyo acceso, en los hechos, no se encuentra abierto a la generalidad de las personas, como pretende Subpesca.

El impedimento ha afectado su derecho de propiedad sobre tales títulos habilitantes y las prerrogativas de uso y goce que de ellos emanan, y que le otorgaron derechos adquiridos para explotar los recursos que en cada caso se indican y entre los cuales se encuentra la pesquería de la jibia.

Señala que si la autoridad aplica la Ley N°21.134 a las autorizaciones de pesca de la requirente que se encontraban vigentes para la fecha de su entrada en vigor, no está ciñendo tales títulos a la normativa vigente a la época de su otorgamiento. Muy por el contrario, lo que hace es que la regulación sobreviniente (la que entrara en vigor en 2019) disponga hacia el pasado y afecte, con ello, los derechos adquiridos de Pesquera Landes.

Lo que se cautela por medio de la reivindicación de los derechos adquiridos o las situaciones jurídicas consolidadas es la necesidad de que ellos queden a resguardo de las decisiones o alteraciones normativas sobrevinientes.

Artículo 19 N°26 de la Constitución. Esta contravención constitucional se relaciona con las infracciones descritas anteriormente respecto del ejercicio del derecho a desarrollar cualquier actividad económica lícita y el derecho de propiedad.



La resolución exenta de Subpesca resulta desproporcionada respecto del fin que dice perseguir y ha importado una negación antijurídica de tales prerrogativas. Se trata de una privación de aquello que les es consustancial o inherente y que las vuelve irreconocibles.

La autoridad administrativa ha aplicado la norma legal de un modo imprudente y no razonable, convirtiendo los requisitos y condiciones de la Ley N°21.134 –que en abstracto y en la generalidad de los casos resultarían constitucionales– en un impedimento del legítimo ejercicio de los derechos de Pesquera Landes en este caso en concreto: por una parte no puede seguir desarrollando su actividad económica extractiva y, por la otra, no puede seguir gozando de las autorizaciones de pesca de las que es titular.

No existe, argumenta, ninguna causal legalmente reconocida que sustente la actuación de Subpesca, porque tales limitaciones no pueden ser fruto de su invención y conveniencia.

No se está ante una simple limitación o la imposición de meras obligaciones a las autorizaciones de pesca, sino que ante una verdadera privación de sus atributos esenciales.

Por lo expuesto solicita que la acción de fojas 1 sea acogida en todas sus partes.

Tramitación

El requerimiento fue acogido a trámite por la Segunda Sala, con fecha 21 de abril de 2020, a fojas 73, disponiéndose la suspensión del procedimiento.

En resolución de fecha 1 de junio de 2020, a fojas 677, y luego de oírse alegatos, se declaró admisible, confiriéndose traslados de fondo.

A fojas 692, con fecha 19 de junio de 2020, Diego Paulsen Kehr y Miguel Landeros Perkic, Presidente y Secretario General, respectivamente, de la H. Cámara de Diputadas y Diputados, formulan observaciones y solicitan el rechazo del requerimiento, según acuerdo de Comités Parlamentarios de 9 de junio de 2020

Comienza señalando los antecedentes de la actividad desarrollada por el Congreso Nacional en el proceso de formación de la Ley N° 21.134.

Explica que el trabajo legislativo se desarrolla teniendo como objetivo que la norma jurídica que resulta sea útil y que constituya, efectivamente, una respuesta al problema que trata de resolver. La ley N° 21.134, atendiendo el estado biológico del recurso dosidicus gigas, determinó que sólo podrá ser extraída utilizando potera o línea de mano como aparejo de pesca, y por ello prohibió cualquier otro tipo de arte o aparejo de pesca y estableció sanciones para quienes infrinjan estas disposiciones, consistentes en multas y el comiso.



Esto se hizo, añade, en el contexto de que la especie hidrobiológica, cuya extracción regula, se encuentra asimilada al estado de plena explotación, lo que significa que tanto la flota industrial como la artesanal que realiza las actividades pesqueras extractivas no se ve alterada en su número, por lo que la única posibilidad de que la nueva norma cumpla su objetivo de transformar la situación en la que interviene o incide en solucionar el problema que se ha planteado, es que quienes extraen el recurso lo hagan sólo a través de los medios que la nueva norma permite.

La aplicación de la restricción en el tipo de arte o aparejo de pesca, para todos los que integran la flota industrial o artesanal, sin distinción, es lo que le da sentido a la norma. Otra lectura tornaría a la norma en una disposición inaplicable e inútil, a la vez que vulneraría la garantía constitucional de igualdad ante la ley.

Consistente con lo afirmado es la disposición transitoria de ley en comento, que dispuso que su entrada en vigencia sería seis meses después de su publicación, porque el legislador previó la necesidad de un periodo de tiempo que tendría la flota industrial de adecuarse para dar cumplimiento a la nueva disposición.

En cuanto a los efectos de la Ley N° 21.134 en el tiempo, expone, se contempló un artículo transitorio. Se trata de un caso de vacancia legal en que el legislador estimó necesario precisar que la vigencia de la norma se iniciaría seis meses después de su publicación.

El razonamiento planteado al proponer esta enmienda fue conceder un plazo para que las naves industriales de pesca pudiesen adaptarse y reconvertirse, estimándose que el plazo de seis meses era suficiente para estas adecuaciones, lo que entregó la posibilidad de anticiparse a este cambio.

De la jurisprudencia del Tribunal Constitucional se advierte que el legislador puede legítimamente cambiar las condiciones de ejercicio de una actividad, aun cuando ésta cuente con una autorización previa, en tanto dicha autorización se otorga con el deber de respetar tanto la legislación vigente en el momento de su otorgamiento, como las modificaciones legales que posteriormente se le introduzcan.

El Tribunal Constitucional ha sostenido en forma permanente que no hay derechos adquiridos que emanen de una autorización o permiso de la autoridad ni propiedad sobre la legislación existente al momento de iniciar una actividad económica.

De acuerdo con el artículo 19 N° 21 de la Constitución, siendo la Ley General de Pesca y Acuicultura una norma que regula esta actividad económica, debe respetarse sus disposiciones en el ejercicio de la actividad pesquera. La norma constitucional no es absoluta; el libre emprendimiento de actividades económicas está supeditada a la observancia de las normas legales que regulan la respectiva actividad.

El propio Tribunal Constitucional ha reconocido que las disposiciones de la Ley de Pesca forman parte de un sistema que se relaciona directamente con el acceso



a la propiedad, asegurado en el artículo 19 N° 23 de la Carta Fundamental. Es dable que una norma de rango legal, de quórum calificado, establezca limitaciones que digan relación con los medios para ejercer el modo para adquirir el dominio de algunos bienes, como lo dispuesto en la norma objeto del requerimiento, pues las artes y los aparejos de pesca que han sido excluidos constituyen medios para ejercer el modo “ocupación” para adquirir el dominio de los recursos hidrobiológicos. Ello es consistente, expone, con la idea matriz del proyecto, que buscó asegurar un tratamiento sustentable del recurso pesquero.

Añade que una limitación de este tipo no es nueva, citando a dicho efecto la Ley N° 19.907, que prohíbe la pesca mediante el arte de pesca de arrastre por parte de pescadores artesanales.

Jurídicamente la regulación que establece el legislador no excluye a los pescadores industriales de la actividad pesquera en cuanto actividad económica, ni mucho menos de la habilitación de explotar este recurso hidrobiológico en particular. Es posible ejercer la captura de la jibia por los aparejos que la norma permite, por lo que no se le está prohibiendo a la actora la posibilidad de desarrollar la actividad económica en comento y, consecuentemente, no se tiene vulneración al derecho constitucional señalado, ni a su contenido esencial, lo que a su vez remite a la supuesta infracción de la garantía constitucional del artículo 19 N° 26 de la Carta Fundamental.

La aplicación de la Ley N° 21.134, no puede ser considerada como una infracción a la garantía constitucional del artículo 19 N° 26, porque dicha modificación legal no inhabilita ni excluye al requirente del ejercicio de la actividad pesquera; por el contrario, las facultades de las cuales goza en virtud de su autorización de pesca pueden continuar ejerciéndose mediante los aparejos de pesca que el legislador ha estimado que son coherentes con el resto del ordenamiento jurídico. Es decir, no se ha privado al requirente de la facultad consustancial a la autorización -la posibilidad de ejercer la actividad de pesca- ni se le han impuesto exigencias irrealizables, en tanto basta la utilización de los aparejos de pesca permitidos.

Finalmente, respecto de la alegación en torno a infracción al artículo 19 N° 24 de la Constitución, indica que ella no es produce, dada la inexistencia de derechos adquiridos en el ámbito del Derecho Público en relación con actividades que requieren autorización para su ejercicio y en cuanto a la inexistencia de propiedad sobre la legislación existente al momento de iniciar una actividad económica.

Ello es consistente con la facultad constitucional del legislador de cambiar las condiciones de ejercicio de un derecho, puesto que no hay propiedad sobre la legislación existente al momento de iniciar una actividad económica.

A fojas 713, en presentación de 19 de junio de 2020, un grupo de pescadores artesanales de las Regiones de Valparaíso, Maule, y Biobío, actuando como terceros



interesados según acuerdo del Pleno de este Tribunal, de 25 de junio de 2020, a fojas 1270, formularon observaciones y solicitaron el rechazo del requerimiento

Señalan que el requerimiento pretende efectuar un control abstracto y preventivo del mérito y aplicación en el tiempo de la Ley N° 21.134, que se aplica *in actum* y no retroactivamente como se postula en el libelo, cuestión conocida por la requirente, en tanto participó en la tramitación de la ley.

Landes pretende, añaden, un congelamiento de normas, impugnando la constitucionalidad de una hipotética interpretación “retroactiva” de un precepto legal en el contexto de un recurso de protección, pretensión hermenéutica que excede la naturaleza de esta acción constitucional y que, como reiteradamente ha resuelto este Tribunal, compete a los jueces del fondo.

Exponen que el Tribunal Constitucional no es competente para dirimir una controversia que se dirige a abrogar una hipotética interpretación de la ley y su aplicación en el tiempo. En concreto se postula la inconstitucionalidad de la eventual aplicación retroactiva de una norma, cuestión de mera legalidad que deberá ser resuelta, en este caso, por la Corte Suprema.

Explican que el requerimiento gira en torno a una falsa premisa, cual es, que el inciso tercero del artículo 5° del Decreto Supremo N° 430, de 1992, en su aplicación, o interpretación concreta, podría resultar retroactivo. Pero, Landes prescinde de una distinción esencial entre la aplicación *in actum* de una determinada norma y su eventual retroactividad. Se asimilan ambos conceptos como si fueren lo mismo, de modo de impugnar la vigencia u obligatoriedad de una ley, no su retroactividad, de modo de eludir lo dispuesto en el artículo 6 del Código Civil.

El conflicto sometido a la decisión de este Tribunal, así, agregan, es extraño a toda retroactividad y dice relación con el efecto inmediato de la ley desde su promulgación, efecto general y común nada tiene que ver con la aplicación o interpretación retroactiva del precepto cuya constitucionalidad se impugna.

Lo que ha hecho el legislador es regular hacia el futuro y para todos respecto del modo legítimo de ocupar o capturar la jibia, respetando las autorizaciones previas y presentes, las que deben someterse en cuanto a sus goces y efectos, *in actum*, a la Ley N° 21.134, lo que en caso alguno es retroactivo.

Incluso, agregan, por la forma en que se estructura el requerimiento, de inaplicarse la precisa norma cuestionada, la Corte Suprema podrá igualmente aplicar la Ley N° 21.134, dado que ésta consta de un artículo único y una norma transitoria, que estatuye sobre la vigencia temporal de la modificación.

Añaden que ya en el año 2000, la Corte de Apelaciones de Valparaíso, en sentencia confirmada por la Corte Suprema, zanjó una discusión sobre los efectos de la ley, cuestión que debe adoptarse en la hipótesis discutida en esta causa, en que ha



sido el legislador a través de una ley de quórum calificado el que determinó los aparejos autorizados para capturar la jibia.

Por ello, indican, la inaplicabilidad no es vía idónea para cuestionar un acto administrativo en que se impugna una interpretación retroactiva otorgada por la autoridad. Landes impugna en sede constitucional el contenido de un acto administrativo e interpretación que argumenta como contraria a la Constitución, ha efectuado la Administración del Estado de un determinado precepto legal a través de aquel.

Y, finalizan en dicho apartado, esta Magistratura no es competente para tales efectos, entregados al conocimiento de los jueces del fondo.

En relación con los conflictos constitucionales, refieren que la Constitución no garantiza la inmutabilidad normativa. El trasfondo de lo debatido radica en una especie de propiedad que postula Landes sobre una regla que permitía la apropiación de la jibia por medio del arte de pesca de arrastre, régimen jurídico que en su concepto debiese mantenerse inalterable, a riesgo de infringir la Carta Fundamental.

El razonamiento de la actora supone sostener que cualquier particular sería dueño de las reglas de la accesión, avulsión, ocupación o de la tradición estatuidas en Código Civil, lo que no es jurídicamente procedente; no sólo porque no es admisible un verdadero derecho de dominio sobre la legislación, sino porque la propiedad se adquiere por un solo modo de adquirir y no por dos o más.

El único vínculo verdaderamente dominical en el planteamiento de la actora es aquel existente entre Landes y las jibias que capturó, propiedad pretérita que no se ha visto amagada por la Ley 21.134. No puede haber transgresión al derecho de propiedad ya que no existe titularidad, sólo se afecta una mera situación fáctica o relación de continuidad con un marco normativo, cuestión que se justifica por razones de orden público económico.

Así, el requerimiento, solicitan, debe ser desestimado ya que no existe un derecho de propiedad sobre la perduración de las normas que regulan un determinado modo de adquirir el dominio, en este caso la ocupación, de la jibia.

Añaden que no existe el derecho real de explotación que invoca la requirente. Ésta no es propietaria de una modalidad para ocupar la jibia, como el arrastre, y la autorización no es una situación de dominio. El derecho real de explotación que invoca la requirente no aparece contemplado en nuestro ordenamiento jurídico, careciendo Landes de facultades para crearlo por sí y ante sí, a su arbitrio.

De la lectura de la Ley N° 18.892 es claro que una autorización de pesca, no contiene ninguno de los requisitos de un derecho real, el que depende del estado del recurso en un momento determinado y las decisiones administrativas que se adopten sobre la jibia, precisamente en cuanto, la cosa, el pez o la jibia, no se transforma en propiedad de Landes por el hecho de habersele otorgado tal autorización, que no es



otra cosa que una habilitación para ocupar un *res nullius*, derecho que preexiste a la autorización y que todos –a priori- tienen.

Así, indican, no se tiene propiedad sobre una autorización ni un derecho real a explotarla. Menos sobre un arte de pesca o aparejo, como se pretende en último término, de contrario. La propiedad sobre el recurso hidrobiológico jibia se adquiere al operar el modo de adquirir ocupación, mas nunca se adquiere el dominio o un derecho real sobre la forma, modalidad o regla para adquirir el dominio de la jibia.

Nadie podría sostener que es dueño de las reglas de un modo de adquirir el dominio. Lo expuesto adquiere relevancia a la luz de lo dispuesto en el art. 19 N° 23 de la Constitución, en cuanto establece que al legislador corresponde “establecer limitaciones o requisitos para la adquisición del dominio de algunos bienes”.

La autorización de pesca es lo que doctrina y esta Magistratura denominan una autorización administrativa. La actora no es titular de algún tipo de concesión; la autorización que la autoridad le confirió no tiene, en ningún caso, un origen contractual. así, la requirente carece de un derecho de propiedad sobre la autorización.

Finalizando exponiendo que no existe una imposibilidad jurídica y material para ejercer las autorizaciones que detenta Landes S.A., pudiendo ajustarlas a la nueva regulación, solicitando una ampliación de actividades pesqueras extractivas para las naves de su propiedad.

Tampoco se afecta el artículo 19 N° 26 de la Constitución, refieren. La parte requirente puede continuar desarrollando su actividad económica pesquera, respetando las normas legales que la regulan, entre otras, la Ley N° 21.134.

A fojas 1005, con fecha 20 de junio de 2020, evacúa traslado la Subsecretaría de Pesca y Acuicultura, solicitando el rechazo del requerimiento

Comienza su presentación refiriendo antecedentes relativos a la historia de la Ley N° 21.134. Indica que la captura del recurso jibia se inicia por el sector artesanal, existiendo antecedentes desde 1957, y un aumento significativo de desembarques posteriores a 2001, siendo necesaria la regulación de cuotas de captura a partir de 2012.

En agosto de 2014, explica, se presenta una moción parlamentaria para modificar la Ley General de Pesca y Acuicultura e incorporar una regulación para la captura de *Dosidicus gigas* o Jibia, mediante potera o línea de mano, como único aparejo de pesca. Por indicación fue agregado un artículo transitorio, relativo a la entrada en vigor de la ley, que fue publicada en febrero de 2019 y comenzó a regir en agosto del mismo año, fecha a partir de la cual, en opinión de la Autoridad Administrativa, la extracción del recurso jibia o *Dosidicus gigas* solo puede realizarse con potera o línea de mano, encontrándose prohibida la utilización de cualquier otro



tipo de arte o aparejo de pesca, tanto por el sector industrial como por el sector artesanal.

Luego, analiza la gestión pendiente vinculada con el requerimiento de inaplicabilidad. Explica que en septiembre de 2019 se le otorgaron a Landes Certificados para la Transferencia de Nave Pesquera, para dos naves, siguiendo lo dispuesto en el artículo 23 de la LGPA. En lo que respecta al recurso Jibia, se señaló que las laves cuentan con autorización de pesca vigente, para operar en determinadas áreas de pesca, con arrastre.

Se solicitó aclaración por la requirente respecto de dos cuestiones: si debían someterse las naves a la Ley N° 21.134, y respecto a la vigencia y oportunidad en la cual podría hacerse efectiva la caducidad del recurso jibia.

Por resolución exenta, la Subsecretaría aclaró lo solicitado, indicando que las naves tendrían plazo para reiniciar actividades pesqueras extractivas del recurso Jibia hasta agosto de 2020, agregando el acto administrativo que dichas actividades deberán realizarse en las áreas marítimas autorizadas utilizando potera o línea de mano, de conformidad a la Ley N° 21.134, bajo apercibimiento de incurrir en causal de caducidad de las autorizaciones de pesca respectivas.

Contra dicha resolución, en diciembre de 2019, Landes accionó de protección ante la Corte de Apelaciones de Valparaíso, acción rechazada y apelada para ante la Corte Suprema.

En el fondo, explica, siguiendo lo dispuesto en los artículos 19 Nos 8, 21, 23 y 24, de la Constitución Política; 589, 593, 596, 606, 607, 608, 611 y 622, del Código Civil; 56, 61 y 62, de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, que la actividad pesquera extractiva se realiza en un bien nacional de uso público y recae sobre cosas sin dueño, esto es, los recursos hidrobiológicos presentes en el mar, lo que justifica un ámbito especial de intervención por parte del Estado en la actividad que realicen los particulares, a fin de ordenarla y velar por su ejercicio sustentable.

Agrega, analizando disposiciones de la Ley General de Pesca y Acuicultura, en armonía con lo dispuesto en el artículo 19 N° 21 de la Constitución, que la misión institucional de la Subsecretaría de Pesca y Acuicultura es regular y administrar la actividad pesquera y de acuicultura, a través de políticas, normas y medidas de administración, bajo un enfoque precautorio y ecosistémico que promueva la conservación y sustentabilidad de los recursos hidrobiológicos para el desarrollo productivo del sector. Lo hace, siguiendo dicha normativa, a través de medidas de conservación y medidas de administración u ordenamiento.

En virtud de lo dispuesto en el artículo 19 Nos 8 y 21, de la Constitución, el Estado regula esta actividad y establece limitaciones y condiciones para su ejercicio a través de la LGPA, con el objetivo de asegurar la conservación de dichos recursos hidrobiológicos y la sustentabilidad de la actividad pesquera, estableciendo requisitos para acceder a ella y limitaciones a las cuales se encontrará sometida.



Uno de los requisitos que habilita el ejercicio y permite el acceso a la actividad, se encuentra configurado por la inscripción en un registro para el sector artesanal, y por las autorizaciones de pesca, las licencias transables de pesca y los permisos extraordinarios de pesca, para el sector industrial. A su vez, las limitaciones estarían dadas por el ejercicio estatal de facultades de conservación (por ej. Vedas) y de administración de las pesquerías (por ej. Regímenes de acceso y asignación de cuotas).

Así, la ley regula el acceso a la actividad pesquera distinguiendo si ésta se ejercerá por el sector artesanal o industrial. Para la pesca artesanal, se establece un régimen de acceso de libertad de pesca, el cual se encuentra previamente sometido a la respectiva inscripción en un registro que lleva el Servicio Nacional de Pesca y Acuicultura.

Sin embargo, dicho registro puede cerrarse en caso de que una pesquería se encuentre en estado de plena explotación. Como consecuencia de lo anterior, se paralizará, a su vez, la recepción de solicitudes y el otorgamiento de autorizaciones industriales, lo que recibe el nombre de régimen asimilado a plena explotación, lo cual ocurre en el caso de la jibia, según consta en la Resolución Exenta N° 3.974, de 2019, de la SUBPESCA.

La autorización de pesca habilita para ejercer la actividad, y estará asociada a una nave, armador específico, a unidades determinadas y será de carácter indefinido, mientras no se declare la pesquería en régimen de recuperación, y no otorgan una cuota.

Las características de la autorización de pesca se relacionarán con el estado en que se encuentre el recurso hidrobiológico, en un momento determinado, debiendo la SUBPESCA adoptar e implementar las leyes y medidas de administración en concordancia con los mandatos de conservación y sustentabilidad. De esta forma, la facultad de disposición y mantención sobre la misma dependerá de eventos externos a la voluntad de su titular.

Las autorizaciones de pesca son actos administrativos habilitantes del ejercicio de la actividad pesquera, con las características otorgadas por la ley, y que en sí se basan en la facultad de policía que tiene la Administración, para lograr el objetivo de conservación de los recursos hidrobiológicos.

La autorización no crea derechos, sino que remueve los límites a una actividad en principio libre, siendo los intereses económicos que crea, a sus titulares, en ciertos casos específicos, meros reflejos de las prohibiciones a que quedan sujetos los terceros, es decir, se trataría de un privilegio fáctico, no constitutivo de derechos.

Indica que la regulación del arte o aparejo de pesca, así, no es inmutable como argumenta la actora.

El Estado, conforme a la normativa nacional e internacional vigente, puede adoptar medidas de conservación y administración, respecto a los recursos



hidrobiológicos, las cuales pueden tener un impacto económico en las personas que desarrollan la actividad pesquera extractiva. Ello no importa vulnerar derecho constitucional alguno, ya que de una lectura armónica de los numerales 8, 21 y 24, del artículo 19, en relación con el artículo 1º, todos de la Constitución, consta que la intervención es legítima, y salvaguarda el ejercicio sustentable de la actividad y la conservación de los recursos.

Añade que la requirente confunde retroactividad con aplicación *in actum* de una norma de derecho público. Pretende desconocer los efectos de la Ley N° 21.134 en el ejercicio de su actividad económica, y así extraer el recurso jibia con arrastre, sin que le sean aplicables los efectos que conlleva esta nueva regulación, por contar con autorizaciones otorgadas con anterioridad.

Esta materia ya fue revisada por la autoridad, a través de una resolución exenta dictada en año 2000, por la Subsecretaría de Pesca, controvertida a través de una acción de protección rechazada en enero de 2001, y confirmada por la Corte Suprema, quedando a firme lo resuelto en materia de regulación de artes y aparejos de pesca.

Así, explica que la Ley N° 21.134 rige *in actum*, por lo cual LANDES debe cumplir con la nueva regulación pesquera en el ejercicio de su actividad económica, no siendo pertinente la alegación del efecto retroactivo, pues la retroactividad implica situar efectos jurídicos en un momento anterior a la fecha de una regulación, cuestión que no ocurre en el presente caso.

Si se regulara retroactivamente los aparejos de pesca implicaría que habrían existido infracciones antes de la entrada en vigor de la nueva regulación, lo que no ha establecido la ley.

La controversia sometida al conocimiento de este Tribunal no es idónea para emitir el pronunciamiento que busca Landes. La actora no ha ofrecido prueba alguna en la gestión pendiente que permita justificar una imposibilidad física para realizar una explotación comercial viable del recurso jibia, utilizando el aparejo de pesca potera o línea de mano.

La Ley N° 21.134 delimita el derecho a efectuar actividad extractiva por parte del sector artesanal e industrial, exigiendo el cumplimiento de nuevos requisitos. Es factible a los armadores industriales modificar sus autorizaciones de pesca a fin de extraer jibia utilizando potera o línea de mano. Cuestión distinta es si estos, por los motivos que estimen pertinentes, solo quieren realizar dicha actividad económica con arrastre, situación que excede el marco de una discusión jurídico constitucional en los términos de la acción de inaplicabilidad de estos autos.

Lo cuestionado por LANDES no son actos directos de aplicación del precepto cuestionado, como, por ejemplo, la multa y el comiso, contenidos en dicha disposición legal, sino que la interpretación otorgada por la Autoridad Administrativa al momento de otorgar un certificado de transferencia para naves.



No es admisible que un particular, finaliza en su traslado, por la vía de requerir una interpretación a la autoridad administrativa, como ocurrió en el presente caso, termine finalmente cuestionando el mérito y oportunidad de una ley, en base a argumentos generales y abstractos, sin siquiera rendir prueba suficiente que acrediten los supuestos fácticos que sustentan sus aseveraciones en el caso concreto.

A fojas 1101, con fecha 22 de junio de 2020, Adriana Muñoz D'Albora, Presidenta del H. Senado de la República, en representación de dicha Corporación, formula observaciones solicitando el rechazo del requerimiento

A través del principio de deferencia razonada comienza analizando el trabajado realizado por las ramas del Congreso Nacional respecto de la Ley N° 21.134.

Explica que la moción parlamentaria, desde su presentación en el año 2014, tuvo por finalidad adoptar una solución normativa respecto del déficit de sustentabilidad del recurso hidrobiológico (*Dosidicus gigas* o jibia), para lo cual redujo el ámbito de “permisión” de sus métodos de extracción.

Luego de su vigencia, lo permitido es que la especie sólo podrá ser extraída utilizando potera o línea de mano como aparejo de pesca. Lo prohibido en tanto, es cualquier extracción que no se realice mediante el referido método. Se trata de establecer una limitación que, de acuerdo a la historia de tramitación de la ley, tuvo como fundamento la sustentabilidad del recurso, en consonancia con los principios establecidos en la Ley General de Pesca y Acuicultura.

Explica que la reforma introducida por la Ley N° 21.134 tipifica conductas como expresión del derecho administrativo sancionador. La antijuricidad es una categoría unitaria en el ordenamiento jurídico, lo que deja sin justificación plausible al requerimiento.

que el hecho que sanciona la Ley N°21.134 sea antijurídico, supone un cambio de valoración del legislador de las conductas permitidas respecto de este especial ámbito que es la captura de la jibia.

En este sentido, lo que en el período anterior a su entrada en vigencia era considerado permitido, se ha restringido notablemente, siendo en consecuencia aquellas conductas contrarias a la regla prohibitiva, es decir, hechos antijurídicos.

De esta forma, no se puede sostener que una ley vulnere reglas constitucionales en el caso concreto, pues lo que la ley reprime son conductas antijurídicas, y no se trata de una creación arbitraria, sino que ha llegado a ser derecho positivo, dado que la sociedad, a través de su modo democrático de expresarse, ha querido proteger ciertos objetos, valores o intereses frente a conductas que se han estimado lesivas de los mismos.

Agrega que lo alegado es una problemática relacionada con el efecto intertemporal de reglas prohibitivas, es decir, conductas antijurídicas.



El análisis de los efectos de la ley en el tiempo debe partir de la distinción entre dos criterios cronológicos de determinación de efectos. Un primer criterio está dado por la relación que existe entre el tiempo de vigencia de la ley y el tiempo en que acaece el hecho al que se aplica la ley. En este caso, la ley tiene como proyección su aplicación transcurridos seis meses después de su vigencia.

Hay actividad de una ley cuando ella rige hechos que acaecen durante su vigencia. La extractividad de la ley puede darse de dos modos. Hay retroactividad cuando una ley rige un hecho acaecido con anterioridad a su entrada en vigor. Por su parte, hay ultractividad, cuando se la aplica a un hecho acaecido con posterioridad a su derogación. Todos los razonamientos, en relación con las reglas aplicables en relación a los efectos temporales de la Ley N°20.134, evidencian que la inaplicabilidad de sus preceptos es una discusión aparente, pues se trata, en definitiva, de un planteamiento de ultractividad de la ley, pues se pretende la aplicación de una nueva regla a hechos acaecidos con anterioridad a su vigencia.

Solicitud de audiencia pública, presentaciones e informes en derecho

Por resolución de Pleno de 18 de junio de 2020, a fojas 690, se rechazó la solicitud que rola a fojas 685, de la H. Diputada señora Camila Rojas Valderrama, de decretar audiencias públicas en la causa.

A fojas 713, con fecha 19 de junio de 2020, fueron acompañados por un grupo de pescadores artesanales de las Regiones de Valparaíso, Maule y Biobío, informes en derecho evacuados por Santiago Montt Oyarzún y Matías Guilloff Titium.

A fojas 1062, con fecha 21 de junio de 2020, un grupo de Honorables Diputadas y Diputados de la República hacen presente consideraciones sobre el conflicto constitucional sometido al conocimiento del Tribunal, y acompañan, en calidad de *amicus curiae*, informe en derecho evacuado por Luis Cuello Peña y Lillo, y Danitza Pérez Cáceres y Javiera Toro Cáceres.

A fojas 1087, con fecha 22 de junio de 2020, un Grupo de Honorables Senadoras y Senadores de la República, a través de un escrito presentado por la H. Senadora señora Ximena Rincón González, señalan diversas consideraciones respecto del conflicto constitucional de autos.

A fojas 1121 el H. Senado de la República acompaña documentación respecto de la tramitación del proyecto de ley Boletín N° 9489-21.

A fojas 1272, el día 24 de junio de 2020, fueron traídos los autos en relación.

A fojas 1327, en presentación de 8 de julio de 2020, la requirente acompaña informe económico evacuado por Jorge Catepillán Tessi.

A fojas 1366, con fecha 9 de julio de 2020, el Sindicato Interempresas de Trabajadores Oficiales de Naves Especiales y Regionales, el Sindicato Interempresas



de Trabajadores Tripulantes de Arrastre, Descargadores, Rederos y Cuidadores de Naves Especiales de la Provincia de Concepción, el Sindicato Interempresas de Trabajadores Tripulantes de Naves Sardineras de la Provincia de Concepción, y el Sindicato Interempresas de Trabajadores Oficiales de Máquina de la Marina Mercante Nacional y de Naves de Pesca de Chile, hacen presente consideraciones respecto del conflicto constitucional, y acompañan informe denominado “Condiciones de Trabajo en el Sector Pesquero”.

Vista de la causa y acuerdo

En Sesión de Pleno de 9 de julio de 2020, se verificó la vista de la causa, oyéndose la relación pública y los siguientes alegatos:

- Por la parte requirente, del abogado Luis Cordero Vega.
- Por la Subsecretaría de Pesca y Acuicultura, del abogado Luis Orellana Peña.
- Por la H. Cámara de Diputadas y Diputados, del abogado Reynaldo Núñez Estrada.
- Por Manuel Pérez Fabia y otros (armadores artesanales autorizados para capturar jibia en las Regiones de Valparaíso, El Maule y Biobío), del abogado Carlos Cáceres Burgos.
- Por el H. Senado de la República, del abogado Enrique Aldunate Esquivel.

Se adoptó acuerdo con fecha 23 de julio de 2020, conforme fue certificado por el relator de la causa.

Y CONSIDERANDO:

I. ACERCA DEL CONFLICTO CONSTITUCIONAL PLANTEADO

PRIMERO: En su presentación, la requirente, Sociedad Pesquera LANDES S.A., plantea que, en la gestión judicial pendiente, consistente en un recurso de protección seguido ante la Corte de Apelaciones de Valparaíso (rol 42027-2019) y cuya sentencia fuera apelada para ante la Corte Suprema, resulta inconstitucional la aplicación del inciso tercero del artículo 5º del Decreto Supremo N° 430, de 1992, del entonces Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N° 19.982, de 1989 y sus modificaciones, Ley General de Pesca y Acuicultura (LGPA), incorporado por la Ley N° 21.134, de 16 de febrero de 2019, precepto que dispone:

*“La especie *Dosidicus gigas* o jibia sólo podrá ser extraída utilizando potera o línea de mano como aparejo de pesca. Se prohíbe cualquier otro tipo de arte 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 de los productos derivados de éstas.”

SEGUNDO: La requirente es un armador pesquero industrial que cuenta con dos autorizaciones, emitidas en 2013 y 2015, para operar las naves de su propiedad “Don Enrique” y “SUMAR I” y extraer el recurso hidrobiológico jibia a través del método de arrastre.

Como el precepto de la Ley N° 21.134 estableció que tal recurso solo puede ser capturado con potera o línea de mano, la Subsecretaría de Pesca y Acuicultura, mediante los certificados de transferencia Nos. 932 y 933, ambos de 11 de septiembre de 2019, hizo presente a la requirente que la pesca o explotación que realice en las naves mencionadas respecto de la jibia debía dar cumplimiento a la regulación contenida en la referida ley, bajo sanción de que, de no reiniciar sus actividades pesqueras extractivas dentro de plazo, las autorizaciones serían caducadas.

La requirente solicitó una aclaración a la mencionada Subsecretaría en relación al alcance que tienen las autorizaciones de pesca de las cuales es titular y la normativa actualmente aplicable, así como su vigencia y la oportunidad en la que podría hacerse efectiva su caducidad. La autoridad requerida, mediante resolución exenta N° 3.651, de 29 de noviembre de 2019, expuso que Pesquera Landes se encuentra impedida de emplear sus autorizaciones de pesca industrial tratándose de las naves “Don Enrique” y “SUMAR I” para capturar el recurso jibia en los términos y por los medios que esas autorizaciones se lo permiten, por cuanto el nuevo inciso tercero del artículo 5° de la LGPA, introducido por la Ley N° 21.134, prohíbe en términos absolutos la captura de la jibia que se realice por cualquier aparejo o arte de pesca que no sea la potera o la línea de mano.

Contra la mencionada resolución exenta la requirente presentó la ya referida acción de protección, aduciendo que dicho acto administrativo es ilegal, por infringir las disposiciones relativas al régimen jurídico de las autorizaciones de pesca, y arbitrario, por carecer de adecuada motivación, vulnerando de este modo los numerales 21 y 24 del artículo 19 de la Constitución.

Con fecha 14 de abril de 2020, la Corte de Apelaciones de Valparaíso rechazó el recurso de protección, por estimar que lo pedido excedía su competencia, por cuanto a través del libelo se le solicitaba reinterpretar una norma legal con el objeto de conseguir la autorización para capturar el recurso jibia mediante pesca de arrastre, lo cual escapa a la naturaleza de la acción cautelar establecida en el artículo 20 de la Carta Fundamental. En contra de dicha sentencia, la requirente dedujo recurso de apelación para ante la Corte Suprema, el cual está pendiente de ser concedido por la Corte de Apelaciones de Valparaíso.

TERCERO: En su presentación ante este Tribunal, la sociedad requirente esgrime que la aplicación *in actum* del precepto legal en el caso concreto resta eficacia al contenido habilitatorio de las autorizaciones de pesca vigentes y de las que es titular



Pesquera Landes, lo cual infringe tanto su derecho a desarrollar cualquier actividad económica como el de propiedad, garantizados por los numerales 21 y 24 del artículo 19 de la Constitución Política de la República, respectivamente, los cuales son además afectados en su esencia, por lo que también infringe el derecho asegurado en el artículo 19 N° 26 del texto constitucional.

CUARTO: Respecto a la afectación a su derecho a desarrollar cualquier actividad económica, sostiene que la disposición objetada le impide ejecutar la que realiza según la autorización de que dispone, la cual se encuentra amparada por el ordenamiento jurídico. Al efecto argumenta que la pesca con potera, único arte de pesca con que puede explotarse el recurso jibia según el precepto impugnado, la realizan, por necesidad técnica y económica, barcos industriales con fábrica o factoría (que son aquellos que procesan a bordo los recursos que extraen). No obstante, explica que tales barcos se encuentran impedidos por ley de operar en Chile tanto en el mar territorial como en la zona económica exclusiva. Por otra parte, sostiene que la pesca industrial con potera es económicamente inviable, ya que su rendimiento de captura es muy bajo (entre 10 y 15 toneladas de jibia diaria) versus las 50 a 100 toneladas que pueden llegar a capturarse con la pesca de arrastre. De modo que, en la práctica, la aplicación del precepto legal objetado le impide ejecutar la actividad autorizada por la autoridad competente.

En cuanto a la vulneración de su derecho de propiedad, la requirente explica que las autorizaciones de pesca se asemejan más bien a una concesión, tanto por la limitación que imponen al número de beneficiarios que realizan la actividad como por la discrecionalidad para su otorgamiento. Sostiene al efecto que la pescadería de jibia es una de aquellas actividades en las que se ha fijado una cuota anual de captura, en la que media fraccionamiento, y que se encuentra asimilada al régimen de plena explotación, por lo que se han suspendido tanto las inscripciones en el RPA (Registro Pesquero Artesanal) como el ingreso de cualquier nueva nave perteneciente a armadores industriales. Explica que las autorizaciones de pesca que le facultan para explotar la jibia constituyen un derecho incorporal, por la utilidad que representan, sobre el cual la requirente tiene una especie de propiedad y, por tanto, el impedimento que ha resultado de la aplicación del precepto legal impugnado la priva del uso y goce que de ellas emanan. Agrega que tales autorizaciones son otorgadas de manera indefinida, conforme a la normativa vigente y, por tanto, la regulación sobreviniente no puede despojarla de sus derechos adquiridos, pues se trata de una situación jurídica consolidada, desde que la Ley N° 21.134 no dispuso expresamente la retroactividad de la nueva regulación.

Por último, en relación al artículo 19 N° 26 de la Carta Fundamental, la requirente alega que la aplicación del nuevo precepto legal afecta los derechos fundamentales antes mencionados en su esencia, porque la limitación que impone a los derechos a la libre iniciativa económica y al de propiedad no se encuentra amparada en ninguna de las causales que la Constitución establece. Al respecto la requirente denuncia una



vulneración al principio de proporcionalidad, ya que, si bien la medida es adecuada para el fin que se propuso el legislador con ella (presunta conservación del recurso jibia), no es necesaria, pues existen múltiples medidas de administración jurídicas y materiales más inocuas; tampoco es proporcional en sentido estricto, ya que afecta en forma demasiado intensa la actividad económica y la propiedad de la requirente, sin que exista ninguna fórmula para atenuar sus gravosos efectos, de modo que las limitaciones que resultan de la aplicación de la disposición legal cuestionada no son armónicas con la seguridad jurídica.

QUINTO: Al examinar si la aplicación del precepto legal que cuestiona el requerimiento infringe la Constitución Política en el caso concreto constituido por la gestión judicial pendiente, resulta necesario que esta sentencia formule algunas precisiones previas vinculadas a antecedentes doctrinarios y principios que le servirán como pautas interpretativas para fundamentar las conclusiones a que arriba.

Con tal propósito se expondrán en los siguientes capítulos de esta sentencia, las siguientes materias: I) Dominio público sobre el mar y potestades sobre los recursos hidrobiológicos; II) Deber del Estado de preservar la naturaleza como directriz constitucional sobre el legislador; III) Necesidad de Conservar los recursos hidrobiológicos y libertad de pesca; IV) Características de la Jibia. Estado de Explotación y forma de extracción en Chile; V) Antecedentes de la historia de la ley N° 21.134; VI) Las autorizaciones de pesca; y, en fin, VII) Resolución del conflicto constitucional sometido a la decisión de esta Judicatura.

II. DOMINIO PÚBLICO MARINO Y POTESTADES SOBRE LOS RECURSOS HIDROBIOLÓGICOS

SEXTO: La regla general es la de la propiedad privada sobre los bienes y, por lo tanto, la posibilidad de que éstos sean apropiados. La excepción son los bienes públicos, por cuanto ellos no son apropiables ni disponibles, debiendo la autoridad preocuparse de que cumplan con el fin público a que están destinados. Por lo tanto, los bienes públicos que son naturales o necesarios -como los ríos, las playas y el mar- deben ajustarse a las reglas que establezca una ley general, la cual puede facultar a la autoridad para imponer limitaciones para su uso y aprovechamiento para que satisfagan el interés público comprometido.

Siguiendo al Código Civil francés -que, a su vez, sigue el concepto de derecho de propiedad sobre los bienes públicos-, el artículo 585 de nuestro código del ramo dispone: “Las cosas que la naturaleza ha hecho *comunes a todos los hombres*, como la alta mar, no son susceptibles de dominio, y ninguna nación, corporación o individuo tiene derecho de apropiárselas. Su uso y goce son determinados entre individuos de una nación por las leyes de ésta, y entre distintas naciones por el derecho internacional” (en Título II, “Del Dominio” del Libro Segundo “De los bienes, y de su dominio, posesión, uso y goce”).



Luego, al tratar “De los bienes nacionales”, en el Título III de tal Libro, los define como “aquellos cuyo dominio pertenece a la nación toda”, distinguiendo entre *bienes nacionales de uso público o bienes públicos* “si además su uso pertenece a todos los habitantes de la nación, como el de calles, plazas, puentes y caminos, el mar adyacente y sus playas” y *bienes del Estado o bienes fiscales*, cuando “su uso no pertenece generalmente a los habitantes” (art. 589).

A tales bienes se refiere también la primera oración del numeral 23 del art. 19 de la Carta Fundamental, en cuanto 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**”. De este modo la Constitución, recogiendo las categorías del Código Civil con ligeras modificaciones, reconoce que ciertos bienes no son apropiables por los particulares, siendo la regla general la libre apropiabilidad en materia de adquisición de bienes.

SÉPTIMO: Ahora bien, entre los bienes cuyo dominio pertenece a la Nación toda y que son inapropiables se encuentra el mar adyacente, según lo que ha establecido el Código Civil al considerarlo un bien nacional de uso público (art. 589).

Si bien el uso del mar adyacente pertenece a todos los habitantes del país, se trata también de uno de aquellos bienes que “[e]stán naturalmente fuera del comercio, por su propio destino” (Ferro V., Arturo (2010). *Derecho Constitucional Económico*. Tomo II. Ediciones UC. p. 238).

OCTAVO: En la comprensión de la relación que tiene Chile con el mar adyacente a las costas cabe recordar la Primera Conferencia sobre Conservación y Explotación de las Riquezas Marítimas del Pacífico Sur, celebrada en Santiago el 18 de agosto de 1952 entre Chile, Perú y Ecuador, que proclamó una zona marítima de 200 millas y la jurisdicción y soberanía exclusiva sobre su mar, suelo y subsuelo y que fuera aprobada por decreto N° 432, de 1954, del Ministerio de Relaciones Exteriores. La preocupación internacional en torno a la determinación de los derechos marítimos de los Estados condujo luego a la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982, ratificada por Chile en 1997, que distingue cuatro espacios territoriales diversos.

En la zona contigua -esto es, la franja de mar adyacente que se extiende hasta veinticuatro millas marítimas contadas desde las líneas de base, sobrepasando los límites del mar territorial- el Estado ejerce competencias determinadas, lo que se traduce en su extensión a un ámbito de 12 millas marítimas más allá del fin del mar territorial. En la zona económica exclusiva, esto es la franja de mar adyacente que se extiende hasta las doscientas millas marítimas contadas desde las líneas de base, sobrepasando los límites del mar territorial y de la zona contigua, el Estado ribereño tiene: a) derechos de soberanía para los fines de exploración y explotación, conservación y administración de los recursos naturales, tanto vivos como no vivos, en las aguas suprayacentes al lecho y del lecho y el subsuelo del mar, y con respecto a otras actividades con miras a la exploración y explotación económicas de la zona, tal



como la producción de energía derivada del agua, de las corrientes y de los vientos; b) jurisdicción con respecto a: i) el establecimiento y la utilización de islas artificiales, instalaciones y estructuras; ii) la investigación científica marina; iii) la protección y preservación del medio marino; c) otros derechos y deberes previstos en esta Convención (artículo 56). Y, finalmente, la plataforma continental que comprende el lecho y el subsuelo de las áreas submarinas que se extienden más allá de su mar territorial hasta el borde exterior del margen continental o hasta una distancia de 200 millas marinas desde las líneas de base. El Estado puede explorar y explotar los recursos naturales que en dicho espacio se encuentren.

Si bien, como ya recordamos, Chile ratificó la mencionada Convención solo en 1997, nuestro país decidió con anterioridad a ello, y unilateralmente, recoger en su derecho interno algunos de sus aspectos esenciales en la ley N° 18.565, de 23 de octubre de 1986. Tal cuerpo legal, reemplazando los arts. 593, 596 y 611 del Código Civil, estableció que el dominio público marino comprende: a) el mar territorial, conformado por el mar adyacente hasta la distancia de 12 millas marinas medidas desde las líneas de base; b) a zona contigua, hasta la distancia de 24 millas marinas medidas desde las líneas de base (art. 593) y c) la zona económica exclusiva, en donde el Estado ejerce “derechos de soberanía para explorar, explotar, conservar y administrar los recursos naturales vivos y no vivos de las aguas suprayacentes al lecho, del lecho y el subsuelo del mar, y para desarrollar cualesquiera otras actividades con miras a la exploración y explotación económica de esa zona” y, asimismo, “derechos de soberanía exclusivos sobre la plataforma continental para los fines de la conservación, exploración y explotación de sus recursos naturales” (art. 596).

NOVENO: Ahora bien, a la especie natural viva que se halla en el mar adyacente sobre el cual el Estado ejerce soberanía se le denomina “hidrobiológica”, consistiendo ésta en una “especie de organismo en cualquier fase de su desarrollo, que tenga en el agua su medio normal o más frecuente de vida” (art. 2° N° 17 de la LGPA). Tales especies se encuentran conformadas por los peces, moluscos, crustáceos, equinodermos, algas, corales, reptiles, mamíferos y aves (Portal de Subpesca: <http://www.subpesca.cl/portal/615/w3-propertyname-510.html>), poseyendo la calidad de “recursos hidrobiológicos” si tales especies “son “susceptibles de ser aprovechadas por el hombre” (art. 2° N° 36 de la LGPA).

Según lo que dispone el art. 1° A de la Ley General de Pesca (LGP), como emanación de la soberanía que ejerce el Estado de Chile, se le reconoce “el derecho de regular la exploración, explotación, conservación y administración de los recursos hidrobiológicos y sus ecosistemas existentes en todos los espacios marítimos” ya mencionados”, lo cual le permite “autorizar la exploración y explotación de los antes mencionados recursos hidrobiológicos existentes en los espacios referidos, sujeto a las disposiciones de esta ley”.



Como explica entonces Jessica Fuentes, “[l]a potestad del Estado para la regulación de la actividad pesquera en el mar territorial se ejerce de la misma forma que lo hace en el espacio terrestre” y, al reconocer la Convención sobre Derecho del Mar derechos de soberanía sobre los recursos naturales vivos de las aguas subyacentes al lecho y del lecho y subsuelo del mar, “[p]or fuera del mar territorial donde se reconoce al Estado jurisdicción plena, son reconocidos por el derecho internacional las potestades públicas de administración y conservación de los recursos hidrobiológicos a que se refiere la autorización de pesca” (Fuentes Olmos, Jessica (2012), “Las autorizaciones de pesca y el derecho de propiedad”. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* XXXVIII, p. 552).

III. DEBER ESTATAL DE PRESERVAR LA NATURALEZA COMO DIRECTRIZ CONSTITUCIONAL SOBRE EL LEGISLADOR

DÉCIMO: En relación a los recursos naturales -como son los de carácter hidrobiológico- cabe tener en cuenta la teoría conocida como la Tragedia de los Comunes, expuesta por Garrett Hardin (basándose en el economista William Forster Lloyd), quien sostiene: *“Imagine un pastizal abierto para todos. Es de esperarse que cada pastor intentará mantener en los recursos comunes tantas cabezas de ganado como le sea posible. Este arreglo puede funcionar razonablemente bien por siglos gracias a que las guerras tribales, la caza furtiva y las enfermedades mantendrán los números tanto de hombres como de animales por debajo de la capacidad de carga de las tierras. Finalmente, sin embargo, llega el día de ajustar cuentas, es decir, el día en que se vuelve realidad la largamente soñada meta de estabilidad social. En este punto, la lógica inherente a los recursos comunes inmisericordemente genera una tragedia. Como un ser racional, cada pastor busca maximizar su ganancia. (...) Y ahí está la tragedia. Cada hombre está encerrado en un sistema que lo impulsa a incrementar su ganado ilimitadamente, en un mundo limitado. La ruina es el destino hacia el cual corren todos los hombres, cada uno buscando su mejor provecho en un mundo que cree en la libertad de los recursos comunes. La libertad de los recursos comunes resulta la ruina para todos.”* (“The Tragedy of Commons”. *Science* v. 162 (1968) pp. 1243-1248. Traducción de Horacio Bonfil Sánchez. *Gaceta Ecológica*, núm. 37, Instituto Nacional de Ecología, México, 1995. Recuperado de: <https://www.arschile.cl/moodledata/2/Mod4/TragediaComunes.pdf>). Como concluye al respecto el profesor Raúl Campusano, *“[t]odo aquello que es común y sin propietario será necesariamente sobreexplotado y nadie lo cuidará”* (Campusano Droguett, R. (2018). “Derecho de Propiedad y Medio Ambiente”. Henríquez M. y Rajevic E. (coord.) *Derecho de Propiedad*. Enfoques de Derecho Público. Ed. Der. p. 51).

DÉCIMO PRIMERO: La tragedia de los comunes conduce a que el legislador se vea en la necesidad de proteger los recursos naturales con el objeto de permitir su desarrollo sustentable.



Ello cobra especial importancia en la actividad pesquera extractiva, la cual “tiene por objeto capturar, cazar, segar o recolectar recursos hidrobiológicos” (art. 2 N° 1 de la LGP). Consecuentemente, el art. 1° B de la Ley General de Pesca establece que su objetivo “es la conservación y el uso sustentable de los recursos hidrobiológicos, mediante la aplicación del enfoque precautorio, de un enfoque ecosistémico en la regulación pesquera y la salvaguarda de los ecosistemas marinos en que existan esos recursos”.

No puede olvidarse al efecto que, dentro de las exigencias del bien común- definido en el inciso cuarto del art. 1° de la Constitución como el fin del Estado- deben tomarse en cuenta, en su unidad, la diversidad de los valores que lo integran y a los que el constituyente le atribuye importancia a lo largo de las normas del texto constitucional. Entre ellos, por cierto, se encuentra la conservación del patrimonio ambiental a que se refiere el inciso segundo del N° 24 del artículo 19, y el deber del Estado de velar para que el derecho a un medio ambiente libre de contaminación no sea afectado y de “tutelar la preservación de la naturaleza” (art. 19 N° 8).

DÉCIMO SEGUNDO: El referido deber estatal de tutelar la preservación de la naturaleza apunta “[a] la necesidad de cuidar que la naturaleza no sea agotada, destruida o menoscabada, salvo en lo que resulte inevitable” (Cea, José Luis. Derecho Constitucional Chileno. Derechos, deberes y garantías. Tomo II. p. 333). Por su parte, el legislador a través de la Ley N° 19.300, sobre Bases Generales del Medio Ambiente, interpretó tal obligación como “el conjunto de políticas, planes, programas, normas y acciones destinadas a asegurar la mantención de las condiciones que hacen posible la evolución y el desarrollo de las especies y de los ecosistemas del país” (artículo 1°, letra p).

Esta obligación del Estado tiene muy distinto rango de densidad normativa, dependiendo de la naturaleza del mandato. Si la regla de tutelar la preservación de la naturaleza posee mayor concreción, ésta será más susceptible de ser controlada y de evidenciar cómo el legislador ha satisfecho ciertos criterios. Por tanto, habrá que recordar que, si el fin se encuentra en el mandato constitucional y elegir los medios es resorte del legislador, verificar cómo esos medios contribuyen al fin, obliga al juez constitucional a vincular ambas prescripciones desde la norma del artículo 19 N° 8 inciso primero de la Constitución.

Asimismo, la obligación constitucional se traduce en un título objetivo de intervención estatal. Se trata de la *dimensión “[t]utelar de los poderes públicos sobre todos los recursos naturales, con independencia de su régimen de propiedad, con el fin de asegurar el valor ambiental que la sociedad aprecia en ellos y permitir su disfrute colectivo”* (Francisco Delgado Piqueras (1993). “Régimen jurídico del derecho constitucional al medio ambiente”. *Revista Española de Derecho Constitucional*. Año 13. 1993, p. 64).

Para Liliana Galdámez, el deber estatal de tutelar la preservación de la naturaleza “[c]ontribuye a establecer una protección reforzada del medio ambiente y conlleva la consagración del principio preventivo” (Galdámez, Liliana (2017). “Medio ambiente, Constitución y Tratados en Chile”. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 50 (148):



113-144. p. 124). En tal sentido, se trata de un bien jurídico objetivo, que conduce a una protección conservacionista de determinados patrimonios naturales, a la tutela de intereses difusos y a que, por su finalidad propia, implica proteger una titularidad nueva: la de las futuras generaciones.

DÉCIMO TERCERO: Por su parte, la jurisprudencia nacional ha vinculado los principios de desarrollo sustentable y precautorio a la referida garantía del numeral 8º del artículo 19 de la Constitución (Moraga, Pilar (2015). “Los principios del derecho ambiental según la jurisprudencia nacional”. *Colecciones Jurídicas de la Corte Suprema (Informes Académicos)*. Disponible en: http://decs.pjud.cl/Documentos/Academicos/Jurisprudencia_Principios_Derecho_Ambiental_Pilar_Moraga.pdf).

El concepto de desarrollo sustentable se encuentra recogido expresamente en la Ley Nº 19.300 y ha sido definido como “el proceso de mejoramiento sostenido y equitativo de la calidad de vida de las personas, fundado en medidas apropiadas de conservación y protección del medio ambiente, de manera de no comprometer las expectativas de las generaciones futuras” (artículo 2º, letra g). Tratándose de recursos naturales renovables ha de primar un criterio mixto que compatibilice su disposición a tasas de explotación inferiores a las de su regeneración.

Mientras tanto, el Principio 15 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo de las Naciones Unidas, de junio de 1992, describe el principio precautorio en los siguientes términos: “Con el fin de proteger el medio ambiente, los Estados deberán aplicar ampliamente el criterio de precaución conforme a sus capacidades. Cuando haya peligro de daño grave e irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente”.

El respeto al principio precautorio implica entonces que las amenazas al medio ambiente no requieren ser establecidas con certidumbre (Sunstein Cass R., *Worst-case scenarios*. Harvard University Press. Cambridge. Massachusetts. 2007. pp. 2, 124 y 184). Tampoco se requiere una evidencia científica irrefutable que establezca daños. En tal sentido, es clave considerar que el principio precautorio sugiere regulaciones que construyan el margen de seguridad dentro de todo el proceso decisorio. Por tanto, no se necesita esperar daños irreversibles para instar por la aplicación de una alta aproximación precautoria (Sunstein. ob. cit. p. 2).

DÉCIMO CUARTO: Por otra parte, la Constitución, en su artículo 19 numeral 8º, señala, en su inciso segundo, que “la ley podrá establecer restricciones específicas al ejercicio de determinados derechos o libertades para proteger el medio ambiente”.

Las restricciones a que alude la norma corresponden, más bien, a “limitaciones”, por cuanto éstas buscan fijar “[e]l alcance o extensión del contenido normativo del derecho fundamental negando o impidiendo el amparo del derecho a ciertas hipótesis o ámbitos donde



no se autoriza su proyección, en virtud de la potestad habilitante que ha otorgado el constituyente” (Fuentes Olmos, Jessica (2018). *El derecho de propiedad*. Ediciones Der. p. 321).

La autorización que expresamente formula el constituyente al legislador para imponer límites a un derecho fundamental da cuenta del especial interés que tiene el constituyente respecto de la conservación del patrimonio ambiental. La profesora Liliana Galdámez explica al efecto que “[e]l legislador, el juez y todos los poderes del Estado, ante una eventual tensión entre otros derechos y el medio ambiente, no sólo pueden, sino que deben restringirlos, si eso garantiza la protección de este último. Es una solución que, prima facie, se resuelve en favor del medio ambiente. Por eso sostengo que la cuestión ambiental goza de una especial y reforzada protección en la Constitución” (Galdámez, Liliana (2017). ob. cit., p. 129).

IV. CONSERVACIÓN DE LOS RECURSOS HIDROBIOLÓGICOS Y LIBERTAD DE PESCA EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO

DÉCIMO QUINTO: En relación a la forma en que la institucionalidad chilena ha regulado la libertad de pesca, cabe tener presente que durante las primeras etapas de nuestra vida independiente la pesca de los recursos marinos tenía carácter puramente artesanal y se practicaba por las poblaciones ribereñas de la costa, con instrumentos primitivos de poca eficiencia y alcance. No obstante, ya un Senado Consulto, dictado en 1819, basándose en las Siete Partidas, consagraba las obligaciones de los dueños de los predios ribereños en favor de quienes realizaban labores de pesca en sus costas.

Más adelante, los artículos 606 y 607 del Código Civil consagraron que la caza y la pesca son formas de ocupación, por las cuales se adquiere el dominio de las cosas que pertenecen a nadie (*res nullius*) y cuya adquisición no es prohibida por las leyes chilenas o por el Derecho Internacional. Cabe anotar al respecto que, según explican los profesores Arturo Alessandri y Manuel Somarriva, “[e]n la legislación chilena, sólo las cosas muebles pueden ser de nadie”, (Curso de Derecho Civil (1957). Tomo II. 2° edición. Ed. Nascimento- p. 95), como son las especies hidrobiológicas.

Además, según la letra primitiva del artículo 611 del mismo Código, se podía pescar libremente en los mares, pero en el mar territorial sólo podían hacerlo los chilenos y los extranjeros domiciliados.

Cuando se fortalece el régimen local, a través de la Ley de Municipalidades de 1891, se entrega a dichos órganos la atribución de reglamentar la pesca y la caza (art. 26). La ley N° 4.601, de 1929 -que se preocupa exclusivamente de la caza terrestre y marítima- consagró, en su artículo 16, la obligación de pedir permiso para efectuarla. El DFL N° 34 de 1931 vino a contemplar, en un cuerpo normativo orgánico, las reglas relativas a la pesca y, durante su vigencia, se dictan los decretos leyes N° 1.626, de 21 de diciembre de 1976, que crea la Subsecretaría de Pesca dependiente del Ministerio



de Economía, Fomento y Reconstrucción, y N° 2.442, de 29 de diciembre de 1978, que crea el Servicio Nacional de Pesca con su dirección y Consejo Nacional de Pesca.

Como consecuencia de los compromisos internacionales asumidos por Chile en la materia y de que ya se dio cuenta, a través de la ley N° 18.565, de 23 de octubre de 1986, se reemplaza el art. 611 del Código Civil, para establecer: “La caza marítima y la pesca se regularán por las disposiciones de este Código y, preferentemente, por la legislación especial que rija al efecto”. Posteriormente, con fecha 21 de enero de 1992, se publica la ley N° 18.892, Ley General de Pesca y Acuicultura, cuerpo normativo que, junto a sus diversas modificaciones, se encuentra contenido actualmente en el Decreto 430, del Ministerio de Economía, cuyo actual art. 9 ha sido impugnado en estos autos constitucionales.

DÉCIMO SEXTO: Ahora bien, si las especies que se hallan en el mar son *res nullius*, esto es, carecen de dueño y pueden ser adquiridas mediante la ocupación, la doctrina ha definido la pesca como “[l]a actividad mediante la cual opera jurídicamente el modo de adquirir el dominio, ocupación, sobre los recursos hidrobiológicos, entendiéndose por tales, todos aquellos que viven en el medio acuático con prescindencia de la actividad hombre” (Fuentes Olmos, Jessica (2012). “Las autorizaciones de pesca y el derecho de propiedad”. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* N° 38, p. 551). La pesca -como dice Luis Claro Solar- cumple con los tres requisitos que deben concurrir para que la ocupación se realice “[q]ue se efectúe la aprehensión de la cosa; que la cosa sea susceptible de ser apropiada, y que exista el ánimo de adquirir la propiedad de la cosa en el aprehensor” (Luis Claro Solar (1932). *Derecho Civil*. Tomo Séptimo. Imprenta Cervantes. p. 12).

Al tener acceso físico al recurso hidrobiológico, como el pescador lo adquiere a través de su ocupación, tal título sólo puede proyectarse si tal modo de adquirir el dominio es legal, es decir, si se ajusta al régimen general de pesca vigente, según lo que expresa el ya mencionado artículo 611 del Código Civil y la primera oración del inciso segundo del numeral 24 del mismo artículo 19 de la Constitución Política: “sólo la ley puede establecer el modo de adquirir la propiedad”, sino también conforme a lo que dispone el inciso segundo del numeral 23 del artículo 19 de la Carta Fundamental: “Una ley de quórum calificado y cuando así lo exija el interés nacional puede establecer limitaciones o requisitos para la adquisición de algunos bienes”.

Entre tales bienes se encuentran las especies hidrobiológicas, cuya adquisición está regulada por la Ley General de Pesca. Dicha ley establece limitaciones en cuanto a la cantidad y tipo de recursos que pueden ser extraídos y a su forma de extracción, además de imponer requisitos a quienes se dedican a la actividad de pesca artesanal o industrial, por cuanto deben encontrarse inscritos en el Registro Nacional correspondiente y contar con la debida autorización administrativa. Tales limitaciones buscan la “conservación” de tales recursos, es decir, como dice la propia LGPA, el “uso presente y futuro, racional, eficaz y eficiente de los recursos naturales



y su ambiente” (numeral 13 del art. 2°), aplicando el legislador al efecto especialmente los ya referidos principios de desarrollo sustentable y precautorio.

DÉCIMO SÉPTIMO: En relación con lo anteriormente afirmado, esta Magistratura ha señalado que las disposiciones de la LGPA forman parte de un sistema que se relaciona directamente con el libre acceso a la propiedad, asegurado en el artículo 19, N° 23, de la Carta Fundamental (STC Rol N° 115, c. 25 y 26) y en el Código Civil, que concibe a la pesca como una especie de ocupación, que permite apropiarse de aquellos animales bravíos o salvajes que, como los peces y demás recursos hidrobiológicos, viven naturalmente libres e independientes del hombre, con arreglo a “la legislación especial que rija al efecto” (STC Rol N° 2386, c. 25 y 26).

Es decir, el derecho a la propiedad asegurado por el constituyente no recae directamente sobre los recursos marinos, ya que el ejercicio de tal derecho está subordinado, en materia de pesca, al régimen que determine la ley. El precepto constitucional entonces no crea, por sí solo, un beneficio sobre los recursos hidrobiológicos, puesto que, si el legislador está autorizado por el N° 23 del mismo artículo 19 a disponer el régimen de adquisición de los bienes, el derecho a la propiedad se precisa en el de adquirirlos de acuerdo con las bases consagradas por el mismo legislador.

Con el derecho “a la propiedad” de los recursos hidrobiológicos sucede algo semejante a lo que ocurre con otras garantías constitucionales en las que no basta su mero reconocimiento por la Carta Fundamental para crear un derecho subjetivo. Ello sucede, por ejemplo, con el derecho a la defensa jurídica “en la forma que señale la ley” o con la “admisión” a todas las funciones y empleos públicos que se asegura si se reúnen “los requisitos que impongan la Constitución y las leyes” (art. 19 N° 17). Así, la libertad para adquirir el dominio de las especies marinas está del mismo modo asegurada sobre la base de la vigencia de las demás disposiciones constitucionales destinadas a establecer el ordenamiento jurídico regulador, dentro del cual pueden precisarse y singularizarse derechos subjetivos en favor de determinadas personas.

DÉCIMO OCTAVO: Entonces si tanto la Carta Fundamental como el Código Civil permiten al legislador consagrar un régimen de pesca, las personas naturales o jurídicas sólo pueden ejercer la actividad pesquera extractiva si se ajustan a la ley y el órgano administrativo los autoriza. Ello confirma que no existe una relación jurídica directa entre las personas que quienes ejerzan dicha actividad económica y los bienes mismos que constituyen la riqueza que se encuentra en el mar.

Al respecto cabe tener presente que según el numeral 21 del artículo 19 de la Constitución, que asegura a todas las personas el derecho a desarrollar cualquier actividad económica, tales actividades deben realizarlas “*respetando las normas legales que la regulen*”.

DÉCIMO NOVENO: Ahora bien, si, según el artículo 19 N° 8 de la Carta Fundamental, el legislador puede imponer restricciones específicas al ejercicio de



determinados derechos para proteger el medio ambiente, la propia naturaleza del recurso hidrobiológico lo sitúa dentro de los deberes de protección del legislador para lograr su desarrollo sustentable.

Cabe comprender al efecto que la pesca y las pesquerías, desde la economía, son una fuente de recursos económicos y, desde el medio ambiente, son un objeto que debe preservarse en la búsqueda de equilibrios de sustentabilidad del desarrollo y de protección de las especies y ecosistemas del país. En tal sentido, es indudable que la rentabilidad económica de la explotación de estos recursos aparece necesariamente supeditada a que la utilización del recurso pueda hacerse sin menoscabo de las necesidades de futuras generaciones.

VIGÉSIMO: Especial importancia adquiere en esta materia la ya citada Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, que contiene las reglas materiales que configuran el deber estatal de preservación del recurso marino y otorgan el título habilitante al Estado para cumplir dicho deber, tanto de conservación como de uso de los recursos vivos en el mar (arts. 61 y 62). Para garantizar tales obligaciones internacionales, el Estado ha de ajustarse al principio precautorio a través de un enfoque ecosistémico.

El principio precautorio implica que las amenazas al medio ambiente no necesitan ser establecidas con certidumbre. Tampoco se requiere una evidencia científica irrefutable que establezca daños. En tal sentido, es clave considerar que el principio precautorio sugiere regulaciones que construyan el margen de seguridad dentro de todo el proceso decisorio. Por tanto, no se necesita esperar daños irreversibles para instar por la aplicación de una alta aproximación precautoria (Sunstein Cass R., *Worst-case scenarios*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 2007, p. 2, 124 y 184).

El referido principio precautorio resulta entonces clave para el diseño de las políticas públicas orientadas a la protección del medio marino a través de la conservación y un adecuado uso de los recursos hidrobiológicos. Para ello resulta necesario establecer un mismo tipo de criterio aplicable en materia medioambiental, lo cual se traduce en la necesidad de fijar un estándar cualitativo y cuantitativo para realizar dicha preservación. Por lo tanto, determinar un método de fijación del estándar y proceder a cuantificarlo, en este caso, científicamente, importa garantizar que el nivel de protección es el debido y suficiente.

Replicando lo que señala sobre el principio precautorio el art. 3 (2) letra a) de la “Convención sobre la Conservación y Ordenamiento de los Recursos Pesqueros en alta mar en el océano Pacífico Sur”, el art. 1° C de la Ley General de Pesca establece en su letra b) que, al momento de aplicar en la administración y conservación de los recursos hidrobiológicos y la protección de sus ecosistemas el principio precautorio, “i) Se deberá ser más cauteloso en la administración y conservación de los recursos cuando la información científica sea incierta, no confiable o incompleta, y ii) No se deberá utilizar la falta de información científica suficiente, no confiable o incompleta,



como motivo para posponer o no adoptar medidas de conservación y administración". Por otra parte, la misma ley, recogiendo el enfoque ecosistémico, señala que para la conservación y ordenamiento de los recursos pesqueros y la protección de sus ecosistemas, se debe considerar la interrelación de las especies predominantes en un área determinada (letra c); administrar los recursos pesqueros en forma transparente, responsable e inclusiva; considerar el impacto de la pesca en las especies asociadas o dependientes y la preservación del medio ambiente (letra f); procurar evitar o eliminar la sobreexplotación y la capacidad de pesca excesiva (letra g). Es en el ejercicio de las facultades estatales de conservación, que la propia LGPA impone una serie de requisitos y limitaciones a la actividad pesquera ejercida por los particulares.

VIGÉSIMO PRIMERO: De este modo, la conservación de los recursos marinos obliga al legislador a establecer las bases para que la autoridad correspondiente determine el estado de situación de las pesquerías en el país conforme a su grado de explotación con el fin de lograr un uso sustentable de éstas y así asegurar su conservación y aprovechamiento por las generaciones futuras.

Para los efectos de su regulación, la LGPA distingue entre la actividad de la pesca artesanal de la industrial. La primera es ejercida en forma personal, directa y habitual generalmente por personas naturales, no obstante que también pueden realizarla excepcionalmente personas jurídicas que sean armadores artesanales -propietarios de hasta dos embarcaciones artesanales- y organizaciones de pescadores artesanales, todos los cuales únicamente requieren inscribirse en un registro especial que lleva el Servicio Nacional de Pesca, aplicándoseles a ellos, en principio, un régimen de acceso de libertad de pesca, estableciéndose un área reservada para la pesca artesanal, sin perjuicio de la posibilidad de suspender transitoriamente la inscripción en el referido registro en el caso de especies que hayan llegado a un estado de plena explotación y algunas restricciones adicionales respecto de ciertos recursos (art. 2 N° 28 y art. 50 de la LGPA y demás reglas contempladas en su Título IV). Por su parte, a la pesca industrial se aplican cuatro regímenes: general, de plena explotación, de pesquería en recuperación y en desarrollo incipiente; para el acceso a los dos primeros los armadores industriales deben contar con autorizaciones de pesca, mientras en los dos últimos requieren permisos extraordinarios de pesca.

La ley establece además medidas de administración como son la veda, la prohibición de captura, la fijación de cuotas de captura, lo que dependerá de la situación en que se encuentren las pesquerías, es decir, si se encuentran subexplotadas, en plena explotación, sobreexplotadas y agotadas o colapsadas (art. 2º, numeral 59, incorporado a la Ley General de Pesca y Acuicultura por la ley N° 20.651). Esas medidas rigen de forma independiente al régimen de acceso a los recursos contemplados en la propia ley.

Previa consulta a un Comité Científico Técnico, la Subsecretaria de Pesca debe informar al Ministerio de Economía acerca de la situación de las pesquerías en cada



área de pesca del país. Con tal información, mediante decreto supremo fundado, tal Ministerio puede establecer una o más prohibiciones (como, por ejemplo, prohibición de capturas temporales o permanentes o vedas por especies) o medidas de administración de cada uno de recursos hidrobiológicos, entre las cuales se encuentra los regímenes de acceso y la determinación de cuotas anuales de captura por especie en un área determinada o cuotas globales de captura (art. 3° de la LGPA).

Aplicando la normativa pertinente, este año Subpesca informó que “[d]el total de 27 pesquerías con sus Puntos Biológicos de Referencia informados, 1 se encuentra subexplotada, 8 en plena explotación, 13 sobreexplotadas y 5 agotadas o colapsadas”, agregando que “en cuanto a las 17 pesquerías restantes no disponen de PBR formalizados al encontrarse con el acceso cerrado transitoriamente. Estas pesquerías se encuentran en Estado de Plena Explotación.” Por lo tanto, y tomando las definiciones del mencionado numeral 59 del artículo 2° de la LGPA, actualmente la mayoría de los recursos hidrobiológicos está siendo explotado en o cerca del rendimiento máximo posible, trece pesquerías se encuentran en un estado que no es sustentable en el largo plazo y con riesgo de agotarse y colapsar y cinco ya no tienen capacidad de ser sustentable.

VIGÉSIMO SEGUNDO: En la sentencia Rol N° 4074, este Tribunal Constitucional se refirió a la finalidad de la Ley General de Pesca, en los siguientes términos: “[q]ue tanto la finalidad de la Ley General de Pesca como las restricciones que impone a los particulares están determinadas por razones constitucionalmente legítimas y plenamente admisibles. En efecto su objetivo se ajusta a las exigencias generales del bien común, definido en el inciso cuarto del artículo 1° de la Constitución; a la obligación que pesa sobre el Estado de tutelar la preservación de la naturaleza, comprendida dentro del precepto que asegura a todas las personas el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación (art. 19 N° 8); a la libertad para adquirir el dominio de toda clase de bienes que son susceptibles de apropiación (artículo 19 N° 23, inciso primero) y a la exigencia de que una ley de quórum calificado, y cuando lo exija el interés nacional, puede imponer condiciones o requisitos para la adquisición del dominio de algunos bienes (inciso segundo) como ocurre justamente con los recursos hidrobiológicos a que se refiere la Ley de Pesca, en razón de que su explotación excesiva puede poner en peligro su preservación; a lo dispuesto por el art. 19 N° 21 de la Constitución, disposición que asegura a todas las personas el derecho a desarrollar cualquier actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional “respetando las normas legales que la regulen”, lo cual ha llevado a la Ley de Pesca a imponer ciertos límites a la actividad de transformación y comercialización de los recursos hidrobiológicos y, en especial, a los que se encuentran en veda con el objeto de lograr su conservación e impedir su sobre explotación” (c. 3°).

Asimismo, se ha señalado que “es posible verificar que el legislador ha sentado especial énfasis en el ámbito de la sustentabilidad de los recursos hidrobiológicos, el acceso a la actividad pesquera industrial y artesanal, así como para la investigación y



fiscalización” (STC 8168, c. 3º) y que las normas de la LGPA “no son sino concreción y desarrollo legislativo de lo dispuesto por la Constitución en el artículo 19, a propósito del deber de proteger el medio ambiente consagrado en las normas ya aludidas, sea a propósito de los límites del derecho de propiedad o bien a propósito del derecho a un medio ambiente libre de contaminación. En este sentido, el medio ambiente, definido como “*el sistema global constituido por elementos naturales y artificiales de naturaleza física, química o biológica, socioculturales y sus interacciones, en permanente modificación por la acción humana o natural y que rige y condiciona la existencia y desarrollo de la vida en sus múltiples manifestaciones*” (art. 2 de la citada Ley N° 20.300), no puede ser comprendido como un objeto singular y de interés privado, sino que es eminentemente comunitario o colectivo, además de ser su protección un interés constitucional y un deber para el Estado” (STC Rol N° 8168, c. 34º).

V. CARACTERÍSTICAS DE LA JIBIA. ESTADO DE EXPLOTACIÓN Y FORMA DE SU EXTRACCIÓN EN CHILE

VIGÉSIMO TERCERO: El precepto impugnado en estos autos constitucionales dispone que “*la especie *Dosidicus gigas* o jibia sólo podrá ser extraída utilizando potera o línea de mano como aparejo de pesca*”, por lo que cabe ahora examinar las características de esta pesquería en particular y de su estado de situación en Chile, a efectos de comprender las razones que tuvo el legislador para regular en forma especial su forma de extracción.

VIGÉSIMO CUARTO: La jibia o calamar rojo, de nombre científico *Dosidicus gigas*, es un molusco cefalópodo, cuyo tamaño máximo puede alcanzar de 115 a 150 cm de longitud, pudiendo llegar a pesar entre 30 y 50 kgs. y su longevidad no supera los 2 años. No existe mucho conocimiento científico en Chile acerca de su comportamiento y características, desde que se trata de una especie altamente migratoria, observándose que su mayor o menor existencia a lo largo de las costas depende de los cambios que se produzcan en el medio ambiente marino vinculados a la existencia de la llamada corriente del Niño o a la de la Niña. Por otra parte, es una especie depredadora de recursos pelágicos como la anchoveta, anchoa, sardina, jurel, merluza, formando parte de la fauna acompañante de tales peces. Los principales países de destino de exportación de la jibia son Corea del Sur, España, China, Japón y Taiwán.

La jibia es una pesquería relativamente nueva en Chile, ya que antes se le consideraba una verdadera plaga por su carácter depredador, desarrollándose principalmente a partir del año 2000 a la fecha. Así, y a contar del 2001, comenzó un explosivo aumento en los desembarques, alcanzando en 2005 y 2006 los mayores valores, con 296.954 y 250.989 toneladas respectivamente, siendo el sector artesanal el que aportó con más del 95% de su extracción. Este incremento generó preocupación sobre su efecto en el desempeño de las principales pesquerías nacionales y posibles repercusiones en los niveles de biomasa de sus stocks. En este escenario comenzó a



desarrollarse una importante actividad comercial, intensificándose la extracción del recurso a partir de 2004 en el sector de pesca artesanal y de 2010 en el industrial.

VIGÉSIMO QUINTO: El panorama antes descrito comenzó a cambiar en estos últimos años debido a una baja disponibilidad de la jibia y a una alta dispersión del recurso en nuestras costas, lo que se ha reflejado en la caída de los rendimientos de pesca.

Ello condujo a que, en 2012, mediante el Decreto Exento N° 190, y aplicando un marco precautorio de explotación hasta que se alcanzara un mayor conocimiento científico acerca del comportamiento y características de la jibia, se estableció una cuota de captura anual de 180.000 toneladas, fraccionada en un 80 % para el sector de pesca artesanal y un 20% para el sector industrial hasta alcanzar un mayor conocimiento científico de la especie. Ese mismo año, por Resolución Exenta N° 752/12, se suspendió la inscripción en el Registro Pesquero Artesanal entre la XV y XII regiones, por haber alcanzado el “estado de plena explotación”, lo cual supone que “su punto biológico está en o cerca de su rendimiento máximo sostenible” (art. 2 N° 59 LGPA), lo cual implica que es una pesquería con acceso restringido a nuevos agentes extractivos. Tal suspensión fue prorrogada hasta el año 2024 (Res. Ex N° 3974/19), fijándose la cuota anual de captura de la jibia para este 2020 en 200.000 toneladas, al señalar los informes del Comité Científico Técnico que “el estatus del recurso jibia es indeterminado, sin perjuicio que los indicadores relevantes de la pesquería han mostrado una importante tendencia negativa los últimos años” (Acta de Sesión N° 5 -2019 CCT-RDZCS), disminuyendo en 2019 los desembarques totales a nivel nacional en un 60,28% respecto del año anterior, debido a una baja en la disponibilidad de este recurso para la actividad pesquera artesanal.

En ese contexto, la SPRFMO (South Pacific Regional Fisheries Management Organisation – Organización Regional de Pesca del Pacífico Sur), a través de la MCO (Medida de Conservación y Ordenamiento) N° 18-2020, señaló este año que se encuentra “[p]reocupada por la incertidumbre sobre el estado de las poblaciones y la tasa de explotación de la jibia”, por lo que, “[t]eniendo en mente el compromiso de aplicar el enfoque precautorio y tomar decisiones en base a la mejor información técnica y científica disponible, tal como se señala en el artículo 3 de la Convención (del Derecho sobre el Mar de la ONU)” decidió establecer una serie de medidas de monitoreo y recopilación de datos acerca de esta especie.

VIGÉSIMO SEXTO: La jibia puede extraerse mediante diversos artes y aparejos de pesca. Así puede emplearse al efecto una “red de arrastre”, que es un “arte de pesca” – o sea, un sistema o artificio de pesca preparado para la captura de recursos hidrobiológicos, formado principalmente con paños de redes (art. 2 N° 9 LGPA)- consistente en una gran red de forma cónica, como un embudo, la cual es arrastrada por una embarcación con el fin de interceptar a su paso cardúmenes de la especie que se quiere extraer. Asimismo, puede extraerse mediante el aparejo de pesca -es decir, por un 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 (art. 2 N° 5 LGPA)-denominado “potera”, formado por una pieza de plomo cuya parte inferior está constituida por un número considerable de anzuelos, sin puntas de flechas, que se coloca en el extremo de la línea de mano o cuerda que se lanza al mar.

Siendo la jibia una especie que se ubica en el mar a media agua, sube hacia la superficie cuando se emplea la potera porque éste aprovecha la curiosidad de los cefalópodos por los estímulos visuales que ese aparejo de pesca genera. En efecto, ello ocurre debido a que “[l]a atracción de la especie objetivo hacia las poteras se realiza mediante la iluminación de la embarcación durante la noche, y está basada tanto en el fototropismo positivo de la Jibia, como en su voracidad hacia todo lo que se mueve. Entre las ventajas de este aparejo de pesca están la efectividad en la captura, alta selectividad hacia el tamaño del calamar, captura individual que ofrece un producto de gran calidad y ausencia de capturas incidentales de otras especies o daños al ecosistema” (Markaida, (2001), “Biología del Calamar gigante *Dosidicus gigas* Orbigny, 1835 (Cephalopoda: ommastrephidae) en el Golfo de California”, México., disponible en <http://bcn.cl/1r8xh> (junio de 2015), citado por Leonardo Arancibia Jeraldo en “El aparejo de pesca potera y la captura de la jibia”. *Asesoría Técnica Parlamentaria*, de 27 de diciembre de 2017. Biblioteca del Congreso Nacional. p. 3).

En las embarcaciones artesanales la pesca por potera puede efectuarse con línea de mano -utilizando para su captura sólo la fuerza física del pescador, como ocurre en Chile- o con poteras automáticas, que trabajan con dos o tres líneas de mano poseyendo cada línea entre 8 y 25 poteras. En embarcaciones industriales la pesca con potera se realiza en otros países -como en Perú, por ejemplo- mediante barcos provistos de máquinas automáticas con poteras y lámparas. (Arancibia Jeraldo, L. ob. cit., pp. 4 a 6).

La FAO, por su parte, explica que el arte de pesca ideal es que sea altamente selectivo de las tallas y especies objeto de la pesca, efectivo y orientado hacia la calidad, concluyendo que, de acuerdo a una escala del 1 (no favorable) al 10 (favorable) con respecto a distintos factores relacionados con el ecosistema, el arte de pesca línea de mano se sitúa en 7,3, mientras que el de arrastre pelágico, en 6,3 (Cochrane, K. L. (2005). *Guía del administrador pesquero: medidas de ordenación y su aplicación*. FAO, Roma. Disponible en: <http://www.fao.org/3/y3427s/y3427s00.htm>). El Doctor en Biología, Eduardo Tarifeño, pronunciándose sobre los mencionados métodos de pesca, sostiene que: “Desde el punto de vista de la sustentabilidad de la pesquería, la línea de mano, es altamente selectiva y con bajo impacto en la mortalidad por pesca del recurso; pero requiere un alto esfuerzo físico del pescador y, por lo tanto, es de baja productividad. Por su parte, la pesca industrial mediante redes de arrastre de media agua, no sobre el fondo marino, dado que las jibias no son recursos bentónicos, es muy productiva, dado que se puede pescar toneladas de jibias en pocas horas de arrastre, pero este arte tiene una baja selectividad, dado que la red puede captar también otros



recursos pesqueros demersales y, por lo tanto, tiene un fuerte impacto en la mortalidad por pesca de este recurso. Pero, desde el punto de la productividad, la pesca de arrastre es mucho más efectiva y permite enfrentar la alta demanda internacional por este recurso.”(<https://www.diarioconcepcion.cl/economia-ynegocios/2019/01/26/eduardo-tarifeno-preocupa-que-la-subpesca-no-consulte-al-comite-cientifico-por-el-tema-jibia.html>).

VI. ANTECEDENTES DE LA HISTORIA DE LA LEY N° 21.134

VIGÉSIMO SÉPTIMO: La ley N° 21.134, que incorporó el inciso tercero al art. 5 de la LGPA impugnado en estos autos, tuvo una larga tramitación y su origen se encuentra en moción presentada por los diputados Daniel Núñez y Víctor Torres en 2014.

En la exposición de motivos acompañada al proyecto se explica que la pesca de la jibia es “[u]na alternativa o tabla de salvación para enfrentar la crisis que afecta al 48% de las principales pesquerías nacionales (Subpesca 2014), siendo durante estos últimos años los pescadores artesanales los que principalmente han capturado este recurso hidrobiológico”; que la pesca artesanal es “[e]l 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”; que “[e]l 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.”

El debate producido en las Cámaras durante la tramitación del proyecto de ley fue extenso y en él participaron diversos especialistas, instituciones públicas, personas y organizaciones civiles.

Al legislar se tuvo presente, entre otros antecedentes, el informe de 2015 del programa Monterey Bay Aquarium’s Seafood Watch sobre la pesquería de jibia en Chile y en Perú. En tal trabajo se indica que, “[p]ese a la ausencia de información sobre niveles de descarte e información de captura incidental, se considera que la pesca con poteras (con o sin luces), que corresponde al sistema de pesca más utilizado en la pesca artesanal chilena y peruana, es altamente selectivo para este recurso, siendo el arte menos selectivo la pesca de arrastre” (Arancibia Jeldres, L. ob. cit., p. 8).

La gran mayoría de los diputados integrantes de la Comisión de Pesca y Acuicultura de la Cámara de Diputados (11 a favor y 2 en contra), según da cuenta su



Primer Informe de 14 de mayo de 2018, comparando los sistemas de pesca, arrastre y potera, concluyó que, “[d]esde el punto de vista del impacto ambiental marino y la pesca incidental no existe mayor diferencia analizando solo las características del recurso; sin embargo, desde el prisma de la selectividad y estructura de tallas, la pesca de arrastre no discrimina respecto del tamaño de la talla, ni tampoco hay referencia en torno a la densidad, lo que resulta pernicioso”; en cuanto a la experiencia internacional “[l]os países que capturan Jibia son Chile, Perú, México, Nicaragua, China, Japón y Corea. De ellos, según cifras aportadas por estudios científicos chinos, Chile se encuentra en tercer lugar después de Perú y China, capturando en algunos casos hasta el 20% de la captura mundial, por ende, no se puede decir que nuestro país se encuentra en alguna situación de desmedro frente a una posible determinación de cuota por parte de la Organización Regional de Ordenación Pesquera del Pacífico Sur (ORP). Respecto de los artes de pesca utilizados, Japón, China y Corea siempre han capturado con potera, Perú casi no tiene flota industrial para Jibia y la artesanal utiliza potera, y México utiliza potera para ambas flotas”; “[l]os precios del recurso en Perú son mucho más altos, y ello porque se captura con línea de mano, y porque existe un mayor desarrollo de productos y una proporción mucho mayor de productos elaborados para consumo humano final. En cuanto al desempleo, se ha dicho que tendrá grandes efectos el cambio de arte de pesca, sin embargo, se pudo observar que durante el primer semestre del año recién pasado, de las 23 empresas que más exportaron jibia, la mayoría de ellas fueron abastecidas por la pesca artesanal, por lo que sería infundado el temor a generar desempleo” (p. 38).

En el Segundo Trámite Constitucional ante el Senado, durante la discusión en sala la Senadora Ximena Rincón, sistematizando las razones para legislar, sostuvo que “[l]a ciencia establece que la pesca de arrastre no discrimina respecto del tamaño de la jibia, arrastrando tanto a las adultas como a las de talla mínima, mientras que la potera o línea de mano siempre logra mayor selectividad. En cuanto a la calidad del recurso capturado, la potera y la línea de mano permiten extraer jibia más íntegra, sin desgarros o notorias memas físicas y, por ende, de mayor calidad. El arrastre y el cerco, en cambio, capturan gran cantidad de recursos, que se despedazan al chocar y aplastarse entre sí.”

VIGÉSIMO OCTAVO: Por lo dicho, el legislador de la ley 21.134, aplicando el ya explicado principio precautorio que informa la legislación de la pesca, consideró que en la extracción de la jibia con potera o línea de mano existe una mayor selectividad y garantía de sustentabilidad del recurso que si ésta se captura por el medio del arrastre, por lo que resultaba conveniente establecer en el texto de la ley la obligatoriedad de que la captura de tal recurso hidrobiológico se efectuara del modo que el artículo 5° dispone.



VII. LAS AUTORIZACIONES DE PESCA

VIGÉSIMO NOVENO: Ahora bien, la incorporación de un nuevo inciso al artículo 5° de la LGPA constituye un cambio en la regulación de la actividad pesquera, referido específicamente al aparejo y arte de captura de la jibia, por cuanto impone una nueva condición para el debido ejercicio de las autorizaciones de pesca de que sean titulares los armadores industriales respecto específicamente al acceso a tal recurso.

TRIGÉSIMO: Para comprender el alcance que tiene un nuevo marco regulatorio sobre las autorizaciones resulta esclarecedor analizar las características y naturaleza que ellas tienen.

Al efecto cabe tener presente que, en doctrina, se distinguen los actos administrativos creadores de derechos de los que habilitan para el ejercicio de derechos.

Recogiendo esas categorías, este Tribunal Constitucional se ha pronunciado sobre las diferencias que existen entre las autorizaciones y otros actos administrativos. Así, en sentencia rol N° 467, sostuvo que “[l]a autorización presenta serias diferencias respecto de otras instituciones, como es el caso de la concesión. Esta última importa un acto esencialmente creador de derechos, mientras que la autorización permite el ejercicio de un derecho pre existente. En otras palabras, las autorizaciones no hacen sino remover el límite, la barrera, el obstáculo jurídico que impedía el ejercicio del derecho preexistente” (Ariel González Vergara, *La Concesión*, acto administrativo creador de derechos, p.34). De este modo, la autorización a diferencia de lo que ocurre con la concesión, “no confiere ningún derecho *ex novo* al administrado, sino que limita a remover los obstáculos para el ejercicio de alguno, los que ya estaban en su patrimonio (Fernando Garrido Falla, *Tratado de Derecho Administrativo*, p.176). Se trata de un “derecho preexistente que la ley otorga al particular en forma de autorizaciones, licencias o permisos, cuyo ejercicio se halla restringido porque puede afectar la tranquilidad, la seguridad o la salubridad públicas, y por ello para dicho otorgamiento deben satisfacerse distintos requisitos que permitan al particular el ejercicio de aquel derecho previo en su interés personal, pero sin descuidar el interés colectivo o general. Es un interés personal condicionado. Por lo general está vinculada la autorización, licencia o permiso al ejercicio del poder de policía. De allí su distinción con la concesión, que es contractual y que no reconoce un derecho previo del particular, sino que le otorga o delega solo en función de la relación contractual, que es la que lo crea” (José Canasi, *Derecho administrativo*, Tomo II, p. 260)” (c. 41°).

Por su parte, y sin perjuicio de lo anterior, para Alejandro Vergara Blanco la diferencia fundamental entre concesión y autorización estriba en “[e]l dato de la existencia de una prohibición general previa que actúa sobre las actividades que se consideran como propias de los particulares (que sería el campo de la técnica autorizatoria); y la intervención a través de una previa *publicatio* o reserva formal del sector a los entes públicos



(que sería el campo de la técnica concesional)” (Alejandro Vergara (2018). *Derecho Administrativo Económico*. Thomson Reuters. p. 51).

TRIGÉSIMO PRIMERO: Con respecto específicamente a la autorización de pesca que requieren los armadores industriales para ejercer la actividad pesquera extractiva, recogiendo cual es la naturaleza de la autorización administrativa, la doctrina ha sostenido que ella consiste en “[u]n acto administrativo que no crea un derecho o facultad para el individuo sino que actúa levantando un obstáculo que existía para el ejercicio de una libertad o derecho que ya es reconocido por el ordenamiento jurídico, pero para el cual el propio ordenamiento ha previsto la necesidad de ejercer un control previo. Esto se funda en lo señalado en el capítulo III (de la LGPA), en cuanto la autorización de pesca se basa en el establecimiento de un requisito necesario para el ejercicio de la libertad de adquirir el dominio de los recursos hidrobiológicos” (Fuentes, J., ob. cit., p. 557).

Recogiendo esas características la LGPA -según lo que disponen sus arts. 2 N° 10 y 15- establece que mediante la autorización de pesca se faculta a una persona, por tiempo indefinido, para realizar actividades pesqueras extractivas con una determinada nave, sobre las especies y áreas que en ella se indique, conforme a la normativa vigente. Además, las autorizaciones de pesca generan diversos efectos según el régimen de acceso a la pesca industrial en el que se ejercen; en el caso particular de la jibia, ella se encuentra, desde el año 2012, en régimen de plena explotación.

VIII. RESOLUCION DEL CONFLICTO DE CONSTITUCIONALIDAD SOMETIDO A LA DECISIÓN DE ESTA MAGISTRATURA

TRIGÉSIMO SEGUNDO: Teniendo presente los antecedentes y argumentaciones que ya se han dado a conocer en esta sentencia, cabe ahora examinar el requerimiento de inaplicabilidad deducido por Pesquera Landes S.A. a fin de que esta Magistratura decida si la aplicación del inciso tercero del artículo 5 de la LGPA en el recurso de protección, que constituye la gestión judicial pendiente, vulnera o no los derechos constitucionales que la requirente aduce como infringidos.

a) Sobre la infracción al Derecho de Propiedad

TRIGÉSIMO TERCERO: En su requerimiento Pesquera Landes aduce que las autorizaciones de pesca que la facultan para explotar la jibia son constitutivas de derechos, por cuanto le habilitan para ejercer una actividad cuyo acceso, en los hechos, no se encuentra abierto a la generalidad de las personas. Según reclama, el impedimento que establece la ley de extraer la jibia sólo mediante potera o línea de mano afecta entonces su derecho de propiedad sobre tales títulos habilitantes y las prerrogativas de uso y goce que de ellos emanan, en cuanto le autorizan para explotar la pesquería de la jibia mediante el método de captura de arrastre. Indica así que la



regulación sobreviniente que entró en vigencia en 2019, al disponer hacia el pasado, afecta los derechos adquiridos de Pesquera Landes constitutivos de un derecho real de explotación de la jibia a través de determinado arte de pesca.

TRIGÉSIMO CUARTO: Pues bien, este Tribunal Constitucional en diversas oportunidades ha fallado que no existe derecho de propiedad sobre normas y que el legislador puede imponer variaciones normativas para responder a nuevas realidades (STC Roles nos. 1361, cc. 63 y 64; 1986, c. 30°, 2069, c. 30°, entre otras), precisando que en las condiciones de ejercicio de un derecho “[n]o puede existir ningún derecho adquirido, ni menos, un supuesto derecho a la “estabilidad” o “inmutabilidad” pues ellas tienen carácter normativo; son, por lo mismo, indisponible para los particulares” (STC Rol N° 1361, c. 64°). En cuanto a la regulación del ejercicio del derecho a desarrollar actividades económicas, ha expresado que “[d]e hecho, no es menos significativo que la Constitución utilice el presente subjuntivo plural detrás de la expresión normas legales que la “regulen” (artículo 19, numeral 21° de la Constitución). Plural porque se trata de una obligación heterónoma, subjuntiva porque dice relación con algo, esto es, con la actividad económica y presente por cuanto da cuenta de las normas legales vigentes en un momento determinado, las que se proyectan siempre en modo actual” (STC 3208, c. 30°).

Por el contrario, de admitirse que exista propiedad sobre las normas, esa conclusión aparejaría graves consecuencias para la democracia, pues significa, en palabras de García de Enterría, que “resultaría, simplemente imposible legislar”. Este autor explica que “[s]i se pretendiese imponer a éste [el Legislador] el límite de que no pueda afectar, en términos absolutos, a la situación económica de los ciudadanos que son los destinatarios de sus decisiones (...), se estaría consagrando un sistema en el que resultaría, simplemente, imposible legislar. La Legislación quedaría limitada al plano puramente interno del aparato público, porque el principio de la incolumidad plena y absoluta de las situaciones patrimoniales de los ciudadanos impediría en términos puede decirse que absolutos, proscibiría de hecho, cualquier cambio normativo, por mínimo que fuese, destinado a regular las relaciones sociales (...) Con ese aparentemente simple cambio técnico se habría transformado, en su totalidad, el sistema político entero sobre el que están instalados todos los Estados occidentales desde los orígenes mismos del constitucionalismo, una vez superado el sistema del Antiguo Régimen de petrificación del orden social, que estaba basado precisamente en la patrimonialización absoluta de las situaciones jurídicas adquiridas” (García de Enterría, E. (2005). La responsabilidad patrimonial del Estado legislador en el derecho español. Madrid: Civitas, pp. 153-154). Es por ello que, como dice Héctor Santaella, “[l]a vertiente defensiva del derecho de propiedad no puede significar el desconocimiento de la potestad que asiste al legislador para modificar la legislación de un determinado sector de la vida económica (propiedad rural, minas, alquileres, propiedad horizontal, propiedad intelectual, rutas de transporte, etc.) a futuro. En otras palabras, la tutela de los derechos de propiedad no puede conllevar la petrificación del Derecho de propiedad. Las fuertes consideraciones de interés general que puedan servir de sustento a una reforma normativa en un determinado tiempo, lo mismo que elementales consideraciones del principio democrático,



imponen que así sea” (Santaella Quintero, H. (2019). La propiedad privada constitucional: una teoría. Madrid. Marcial Pons, p. 118).

La introducción a la LGPA de la regla que impugna la requirente corresponde, por lo tanto, a un asunto de política pública. El legislador democrático ha optado por consagrar en el orden legal la necesidad de que se emplee un determinado arte de pesca para capturar la especie jibia, lo cual genera consecuencias no solo en el ámbito medio ambiental, sino también económico, dado que la nueva regulación tiene efectos en el mercado de la jibia.

De considerarse entonces que sobre el régimen legal los beneficiarios poseen derechos adquiridos, el legislador se vería impedido de adaptarlo a los cambios sociales y económicos que se suceden con el paso del tiempo, así como de innovar el ordenamiento legal según las demandas de la ciudadanía. Tampoco podría hacerlo en materia ambiental, ordenamiento que se caracteriza porque las reglas jurídicas y el marco regulatorio que lo establezca deben tener flexibilidad para adecuarse a nuevos escenarios que, por su naturaleza, son cambiantes con el fin de cumplir con el deber que la Constitución impone al Estado de preservar la naturaleza.

TRIGÉSIMO QUINTO: Lo que decimos con mayor razón sucede en relación a las reformas legislativas que incidan en autorizaciones administrativas en general y, de pesca, en particular.

En cuanto a las primeras, en sentencia Rol N° 467, este Tribunal sostuvo “que no cabe admitir el razonamiento de la requirente en cuanto a que su representada sería titular de una suerte de “derecho adquirido” sobre la actividad, desde el momento que la legislación no la ha privado del ejercicio de la misma, si no que ha establecido la forma en que puede efectuarse la actividad de muellaje -en un esquema monooperador, bajo un sistema de licitación-, la que ciertamente puede ser realizada por la propia peticionaria, que conserva su calidad de habilitada, tanto que según consta de autos tendría en la actualidad el carácter de una empresa subcontratista (c. 36°)” y “que sostener lo contrario importaría la pretensión por parte del titular de una autorización habilitante (ciertamente no convencional o contractual) de un verdadero “derecho de propiedad” sobre toda la legislación, de modo que se incorporaría al patrimonio de cualquier entidad la totalidad de la normativa vigente al momento de iniciar una actividad económica, la que se petrificaría y sólo podría modificarse previa expropiación, argumentación que no admite en principio justificación constitucional en atención a la naturaleza del título de la requirente.” (c. 37°)

Por lo anterior, las autorizaciones otorgadas en forma previa a una nueva regulación no pueden ejercerse de acuerdo al régimen jurídico que existía en la fecha de su otorgamiento, sino de acuerdo al que exista al momento en que se ejerza la actividad de que se trate, con todos los cambios y ajustes que haya experimentado. En tal sentido cabe recordar la sentencia rol N° 15-82 de esta Magistratura -haciendo suyas las conclusiones de un informe de la Comisión de Constitución del Senado de



1956- sostuvo que las leyes de carácter administrativo y de orden público, según sea el caso, “rigen *in actum*, porque en esta materia como lo reconoce la doctrina y la jurisprudencia, no hay derechos adquiridos” (c. 4°).

TRIGÉSIMO SEXTO: Sin perjuicio de que la determinación de cuál es la ley que debe aplicarse en el tiempo constituye un problema de mera legalidad, que no le corresponde a esta Magistratura resolver sino a los jueces del fondo, para desvirtuar las afirmaciones de la requirente, cabe tener en cuenta que, como ha dicho este Tribunal, “las normas legales que regulan una actividad son las normas legales vigentes, pues no existe este derecho a congelar tal regulación para privilegiar actividades económicas. La empresa requirente puede continuar con su giro, e incluso obtener ganancias, solo que bajo condiciones distintas” (STC Rol N° 3250).

Recogiendo lo que decimos, el artículo 15 de la Ley General de Pesca y Acuicultura, al referirse a las solicitudes de autorización de pesca industrial, en su inciso tercero dispone: “La autorización de pesca habilitará a la nave para realizar actividades pesqueras extractivas, sobre las especies y áreas que en ellas se indiquen, por tiempo indefinido, conforme con la normativa vigente”.

Como lo que mueve a la ley de pesca es proteger el entorno marino y los recursos que viven en él, cumpliendo así con el deber del Estado de tutelar la preservación de la naturaleza y proteger el medio ambiente contemplado en el art. 19 N° 8 de la Carta Fundamental, las reglas que se apliquen sobre la materia -particularmente aquí sobre el uso de determinados artes o aparejos de pesca- rigen *in actum*. Se busca así, aplicando tanto el enfoque precautorio como el ecosistémico, que se salvaguarden oportunamente los recursos hidrobiológicos.

Lo que afirmamos ha sido recogido por la jurisprudencia de los tribunales de justicia. Así, en sentencia confirmada por la Corte Suprema la Corte de Apelaciones de Valparaíso sostuvo: “Que, todavía más en esta materia y como modo de proteger el entorno marino, debe tenerse en especial consideración que restricciones posteriores en cuanto al empleo de artes o aparejos de pesca, hechas por la autoridad del ramo y que afectan a autorizaciones dadas con anterioridad a empresas pesqueras para utilizar distintas artes o aparejos de pesca, como es el caso de la recurrente Pesquera Bío-Bío S.A., autorizada para capturar especies que indica utilizando red de cerco y red de arrastre, se aplican de inmediato, por cuanto el espíritu general de la legislación es que el ejercicio de los derechos se rigen siempre por la norma jurídica posterior -*in actum*-” (recurso de protección en causa 697-2000).

Por lo tanto, como la ley N° 21.134 entró en vigencia, conforme lo que dispuso su artículo transitorio, el 17 de agosto de 2019, el ejercicio de las actividades pesqueras extractivas, tanto para la flota industrial como artesanal, quedó sometida, a partir de tal fecha, a la nueva medida de administración a que se refiere el precepto legal impugnado, por lo cual la única forma lícita de capturar el recurso jibia es a través de la potera o línea de mano, aunque las autorizaciones otorgadas a los armadores industriales consignaran otras artes o aparejos de pesca.



TRIGÉSIMO SÉPTIMO: Ahora bien, como toda autorización administrativa, la de pesca no otorga nuevos derechos sino sólo permite levantar un obstáculo para el ejercicio de un derecho, en este caso, la libertad de apropiación de los recursos hidrobiológicos a que se refiera la respectiva autorización, por lo cual no constituye un bien incorporal respecto de los cuales el titular de ese acto administrativo ejerza el derecho de propiedad que la Constitución asegura a todas las personas en el artículo 19 N° 24, sino únicamente resulta un acto habilitante para ejercer la actividad pesquera para un armador y naves determinados.

Coincidentemente Jessica Fuentes explica al efecto que la referida autorización *“[n]o otorga nuevos derechos, sino que permite el ejercicio de una libertad constitucional: la libre apropiación de los recursos hidrobiológicos, por lo cual el carácter patrimonial no se encuentra en la autorización de pesca sino en el resultado de la actividad de pesca que se concreta en la ocupación de los recursos hidrobiológicos. En otras palabras, de la libre apropiación de los recursos hidrobiológicos todos somos titulares por mandato constitucional (artículo 19 N° 23 C.Pol.) y el hecho que hoy algunos tengan autorización y que no cualquiera pueda hacer ejercicio de esta libertad constitucional viene dada por un cierre de acceso declarado en forma separada al régimen de plena explotación, lo que se ha traducido en el traslado, desde el Estado al particular, de la decisión de quien puede ingresar a la actividad pesquera, lo que se constituye no como un derecho otorgado por el ordenamiento jurídico sino como un privilegio que surge como efecto colateral al cierre de acceso necesario para la conservación de los recursos”* (Fuentes, J. ob. cit., pp. 569-570).

Por su parte, Santiago Montt explica que las autorizaciones son precarias frente al futuro legislador, incluso cuando inciden en pesquerías declaradas en plena explotación, cerradas y sujetas a una cuota global de captura, como ocurre con la jibia. Al respecto señala que *“[E]l valor económico de la autorización de pesca en el régimen de plena explotación no está respaldado jurídicamente por la creación de titularidades o derechos subjetivos. La acumulación legal-administrativa de restricciones, limitaciones y prohibiciones que impide a nuevas firmas entrar en la industria pesquera extractiva -fundado en la protección del medio ambiente y en la racionalidad de la industria- no crea derechos en favor de los titulares de las autorizaciones. El valor económico que toma la autorización de pesca en un contexto normativo semejante es el mero reflejo de la prohibición que afecta a los competidores potenciales de la firma. Las rentas económicas que se siguen de prohibiciones que operan como barreras de entrada no dan derechos adquiridos en ausencia de un texto legal expreso. De modo que, la autorización de pesca en régimen de plena explotación, con pesquería cerrada y cuota global de captura, es un interés que debe ser calificado de **privilegio fáctico**: se trata de un mero epejismo de una prohibición correlativa que inhibe a los competidores, pero en ningún caso de una “propiedad susceptible de ser expropiada”* (Montt Oyarzún, S. (2010). Informe en derecho: “Expropiaciones directas y derregulatorias y reforma regulatoria pesquera. Centro de Regulación y Competencia. Facultad de Derecho. Universidad de Chile, pp. 25 y 26).



Si las autorizaciones de pesca sólo habilitan para ejercer las libertades constitucionales garantizadas en el artículo 19 N°s 21 y 23, no puede entonces constituir un freno a las facultades del Congreso de establecer restricciones, limitaciones y regulaciones a las mismas.

TRIGÉSIMO OCTAVO: Al poseer las autorizaciones de pesca las ya mencionadas características, es posible modificar las condiciones establecidas en la respectiva habilitación si cambian las normas que indican los términos bajo los cuales se otorgan. Tales normas habrán de fundarse en una variación del estado de conservación del recurso hidrobiológico a que se refieran, siendo entonces en ese sentido instrumentos de carácter flexible.

Si bien la autorización se encuentra vinculada al armador industrial, a determinada nave y a las unidades de pesquería sobre las cuales puede operar, es posible, por lo tanto, por ejemplo, modificar el área en donde se puede realizar las actividades extractivas autorizadas o las artes o aparejos de pesca que se deben utilizar.

La adaptabilidad de las autorizaciones se pone de manifiesto en la sustitución del régimen general de acceso a una pesquería por el de plena explotación, por cuanto, desde que ello sucede, la pesquería queda cerrada al acceso a nuevos armadores, pudiendo explotarla sólo aquellos que contaban con autorizaciones vigentes al momento del cierre, quienes están facultados para transferirlas junto a la nave a la que se encuentra asociada, aumentando así su valor (art. 23 y 24). Para facilitar dicha transferencia, a petición del beneficiario de la autorización, la ley señala que la autoridad deberá otorgarle un certificado que indique su titular, las características de la nave con que se ejerce la autorización y las pesquerías sobre las cuales recae, poseyendo dicho certificado duración indefinida, siempre que se mantenga el régimen de plena explotación y que no se vea afectada por causales de caducidad (art. 23 . Mientras tanto, un cambio desde el régimen de acceso de plena explotación al de recuperación implica el término de la autorización de pesca, por cuanto, como señala la LGPA, “expirarán por el solo ministerio de la ley todas las autorizaciones de pesca relativas a esas unidades de pesquería” (art. 39 inciso segundo) y, consecuentemente, su carácter transferible.

Por lo tanto, siendo la autorización de pesca un acto que no crea derechos, sino que remueve un obstáculo con el fin de poder adquirir recursos vivos que el Estado está obligado a proteger (art. 19 N° 8 de nuestra Carta Fundamental) y respecto de los cuales éste ejerce facultades de administración y conservación, la autorización de que goza Pesquera Landes se mantendrá vigente siempre que se ajuste a las reglas que imponga la autoridad administrativa y la ley. Ello es consecuencia, como dice Jessica Fuentes, de que, si bien los artículos 2° N° 10 y 15 inciso tercero de la LGPA disponen que las autorizaciones de pesca facultan para realizar actividades pesqueras extractivas por tiempo indefinido, “[e]l carácter de indefinido debe ser interpretado en su



sentido natural y obvio: no tiene fecha definida de término, lo que no significa que sea perpetua” (Fuentes Olmos, J. (2012), ob. cit., p. 566).

TRIGÉSIMO NOVENO: Por otra parte, la autorización de pesca de que es titular Pesquera Landes no le garantiza la existencia de la jibia, como dispone el artículo 31 de la LGPA, ya que, al tratarse de un recurso vivo y por ser *res nullius*, su disponibilidad en el mar y su acceso dependen de un sinnúmero de variables, entre las que se encuentra no sólo factores naturales sino de su nivel de explotación.

Por último, tampoco está en entredicho la propiedad que tiene la requirente sobre las naves, sobre las utilidades que haya obtenido con anterioridad a la entrada en vigencia de la ley o, incluso, sobre las autorizaciones de que es titular.

CUADRAGÉSIMO: Por lo dicho, la introducción a la LGPA de la regla que impugna la requirente corresponde a un asunto de política pública. El legislador democrático ha optado por consagrar en el orden legal la necesidad de que se emplee un determinado arte de pesca para capturar la especie jibia, lo cual genera consecuencias no solo en el ámbito medio ambiental, sino también económico, dado que la nueva regulación tiene efectos en el mercado de la jibia.

Sin embargo, ellas son consideraciones que exceden la competencia del Tribunal Constitucional, dado que el legislador está habilitado constitucionalmente para ello.

CUADRAGÉSIMO PRIMERO: Cabe rechazar asimismo todos los argumentos que desarrolla la requirente relacionados con que las limitaciones y obligaciones que impone no se justificarían en la función social del dominio ya que constituirían una verdadera privación de los atributos esenciales del dominio (fs. 31 y 32). En efecto, como ya se ha explicado, al no verse afectados derechos adquiridos de Pesquera Landes por el precepto que reprocha y, por lo tanto, el derecho de propiedad asegurado en el art. 19 N° 24, no cabe más que desechar tal impugnación.

CUADRAGÉSIMO SEGUNDO: Por lo que ya se ha sostenido, este Tribunal ha llegado a la convicción de que la norma cuestionada no afecta el derecho de propiedad del Pesquera Landes. El legislador, dentro de sus potestades, puede regular la extracción de un recurso en aras del aprovechamiento sustentable de los recursos pesqueros, con el fin de salvaguardar la actividad económica y preservarlo para las futuras generaciones. Debido a lo anterior, es que se regula la extracción de la jibia, teniendo en consideración el enfoque precautorio y ecosistémico a los que el Estado de Chile tiene la obligación de ajustarse cumpliendo con el deber de tutelar la preservación de la naturaleza que le impone el artículo 19 N° 8 de la Carta Fundamental y los Tratados Internacionales que ha suscrito.

b) Sobre la infracción al derecho a desarrollar actividades económicas



CUADRAGÉSIMO TERCERO: El requerimiento reclama además que la aplicación del precepto legal, en el caso concreto, vulnera el derecho de Pesquera Landes a desarrollar la actividad económica que le asegura el numeral 21 del artículo 19 constitucional, por cuanto “la aplicación que Subpesca ha hecho de la prohibición de la pesca de arrastre, como consecuencia de la entrada en vigor de la ley N° 21.134, hace jurídica y económicamente inviable la operación de las actividades extractivas respecto de una entidad que cuenta con autorizaciones de pesca previamente otorgadas, y para cuya realización nuestra representada realizó ingentes inversiones que hoy son, sin más, simplemente desconocidas por la RE 3651” (fs. 22).

CUADRAGÉSIMO CUARTO: Ahora bien, como ha señalado esta Magistratura, el derecho a desarrollar cualquier actividad económica implica que toda persona, sea ésta persona natural o jurídica, tiene la facultad de iniciar y mantener con libertad cualquiera actividad lucrativa en las diversas esferas de la vida económica, garantizando, por consiguiente, la norma constitucional, entre otras actividades, la realización de actividades productivas, de servicios y de comercialización de todo tipo de bienes, bajo dos grandes condiciones: la primera, que la actividad a realizar no sea, considerada en sí misma, ilícita, y lo son sólo las que la propia Constitución menciona genéricamente, esto es, las contrarias a la moral, al orden público y a la seguridad nacional, y la segunda, que la actividad económica a realizar se ajuste a las normas legales que la regulen. (STC 280 c. 22, en el mismo sentido, STC 5353 c. 19, STC 5776 c. 19).

Junto a lo anterior, este Tribunal igualmente ha sostenido que la regulación legal prevista por el inciso primero del N° 21 del artículo 19 de la Constitución no puede llegar a “obstaculizar e impedir la ejecución de los actos lícitos amparados por el derecho a desarrollar cualquier actividad económica” (STC Rol N° 167, c. 14°); que el vocablo regular a que alude el texto “se refiere a dictar normas que permitan el libre pero ordenado ejercicio de un derecho, sin impedirlo, prohibirlo, obstaculizarlo, ni hacer que su goce o disfrute resulte muy oneroso, azaroso o difícil. Lo anterior no constituye una interdicción para el legislador en orden a no imponer ningún tipo de carga o gravamen al desarrollo de cualquier actividad económica, sino su deber de hacerlo siempre con el propósito de posibilitar su recto desarrollo en armonía con otros derechos e intereses protegidos por la Constitución” (STC 146 c. 9, en el mismo sentido, STC 167 c. 14, STC 2643 c. 16, STC 2644 c. 16, STC 5353 c. 20, STC 5776 c. 20).

En tal sentido, se ha argumentado incluso que el legislador, cuando la Carta lo autoriza, puede llegar más allá de la mera regulación y restringir o limitar garantías constitucionales (Fermandois, Arturo (2001), “Derecho Constitucional Económico I: Garantías económicas, doctrina y jurisprudencia”, p. 140).

CUADRAGÉSIMO QUINTO: Ahora bien, la pesca es una forma de actividad económica que se realiza mediante la captura de recursos hidrobiológicos y que se halla resguardada por la garantía contemplada en el art. 19 N° 21 de la Carta Fundamental.



Como el libre desarrollo de la pesca puede poner en peligro la conservación de tales recursos, como ya ha señalado esta Magistratura en la sentencia Rol N° 2386, es la propia Carta Fundamental la que, al regular la libertad para adquirir el dominio de toda clase de bienes en el artículo 19 N° 23, en su inciso segundo dispone que la ley puede establecer “limitaciones o requisitos para la adquisición del dominio de algunos bienes”, como es el caso de aquellas pesquerías que, encontrándose en las áreas marítimas respecto de las cuales el Estado tiene soberanía y ejerce jurisdicción, se encuentran bajo régimen de plena explotación” (STC Rol 2386, c. 16°), por lo que el Estado cuenta con potestades para ordenar y administrar la explotación de la riqueza hidrobiológica “en aras a la conservación y aprovechamiento sustentable de los recursos pesqueros, amén de salvaguardar la actividad económica extractiva y preservarla para las futuras generaciones, dando así plena eficacia al derecho consagrado en el artículo 19, N° 21, de la Carta Fundamental cuyo límite se encuentra, precisamente, en las normas legales que regulan la respectiva actividad económica” (c. 17).

Asimismo, este Tribunal señaló que “es posible verificar que el legislador ha sentado especial énfasis en el ámbito de la sustentabilidad de los recursos hidrobiológicos, el acceso a la actividad pesquera industrial y artesanal, así como para la investigación y fiscalización” (STC 8168, c. 3°) y que las normas de la LGPA “no son sino concreción y desarrollo legislativo de lo dispuesto por la Constitución en el artículo 19, a propósito del deber de proteger el medio ambiente consagrado en las normas ya aludidas, sea a propósito de los límites del derecho de propiedad o bien a propósito del derecho a un medio ambiente libre de contaminación. En este sentido, el medio ambiente definido como “el sistema global constituido por elementos naturales y artificiales de naturaleza física, química o biológica, socioculturales y sus interacciones, en permanente modificación por la acción humana o natural y que rige y condiciona la existencia y desarrollo de la vida en sus múltiples manifestaciones” (art. 2 de la citada Ley N° 20.300) no puede ser comprendido como un objeto singular y de interés privado, sino que es eminentemente comunitario o colectivo, además de ser su protección un interés constitucional y un deber para el Estado” (STC N° 8168, c. 34°).

Por su parte, la doctrina ha explicado que la actividad económica pesquera, “[e]s una actividad económica que, al basarse en la captura de los recursos hidrobiológicos, supone un riesgo para la conservación de los mismos, ya que por el ejercicio de la libertad de pesca podría llegarse a una situación de sobreexplotación y la consiguiente desaparición de los recursos pesqueros (...) En consecuencia, en virtud del artículo 19 N° 21 C.Pol., por la necesidad de asegurar la conservación de los recursos hidrobiológicos y la sustentabilidad de la actividad pesquera, se emitió la LGPA. que establece los requisitos para acceder a la actividad y las limitaciones a que se encuentra sometida (...) Las limitaciones, en tanto, estarán dadas fundamentalmente por el ejercicio de las facultades estatales de conservación (como establecimiento de vedas, fijación de cuotas de captura, etc.) y de administración de las pesquerías (régimen de acceso y de asignación de cuotas) que en virtud de esta ley se atribuye



*al Estado, no por ejercer ninguna especie de dominio sobre dichos recursos, sino por la necesidad de asegurar su conservación, fundándose así la potencial intervención estatal en la actividad pesquera ejercida por los particulares.” (Fuentes, Jessica (2012), “Las autorizaciones de pesca y el derecho de propiedad”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XXXVIII, pp. 552-553).*

Se trata en definitiva, por lo tanto -como dice el profesor Matías Guillof, en Informe en Derecho acompañado a estos autos constitucionales- de que la regulación de la actividad pesquera permita la convivencia de cuatro derechos constitucionales: [e]l derecho a desarrollar una actividad económica lícita (porque la pesca industrial y artesanal permiten obtener una ganancia económica), en el derecho de propiedad privada (porque en la actividad pesquera interviene un modo de adquirir el dominio preciso, que es la ocupación), en la libertad para adquirir toda clase de bienes (porque para que pueda desarrollarse, la citada actividad necesariamente requiere que sea posible adquirir esos recursos) y en el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación (porque el ejercicio de la pesca tiene efectos en la sustentabilidad de los recursos hidrobiológicos)” (fs. 803).

CUADRAGÉSIMO SEXTO: Ahora bien, para fundar la infracción al derecho consagrado en el numeral 21 del artículo 19 de la Carta Fundamental, la requirente explica que de los antecedentes científicos que tuvo a la vista el Congreso Nacional respecto de los efectos que producen en el medio marino la captura de la jibia tanto por arrastre como por potera, se concluye que ambos métodos producen poco impacto ecológico, por lo que la medida establecida en la ley era innecesaria. Asimismo, considera que la norma resulta irracional y desproporcionada, ya que su aplicación *in actum* torna imposible la ejecución de su actividad ya que, por una parte, la pesca con potera resulta económicamente inviable porque su rendimiento de captura (esto es, la cantidad de jibia que es posible capturar) es bajísimo, y que, por otra parte, no es factible adaptar un barco de arrastre a uno de potera.

CUADRAGÉSIMO SÉPTIMO: Sobre este punto resulta necesario tener presente que aun cuando, como ya dijimos, los armadores industriales que son titulares de una autorización de pesca no gozan de derechos adquiridos, igualmente la ley que regule el ejercicio del derecho a la actividad económica pesquera debe ser proporcional. Ello supone que el fin perseguido sea idóneo, las medidas necesarias y debe existir proporcionalidad en sentido estricto entre las medidas y los fines.

CUADRAGÉSIMO OCTAVO: En cuanto a la racionalidad e idoneidad del fin perseguido, debe tenerse presente que la regulación del medio empleado para capturar la jibia persigue su desarrollo sustentable, lo cual, a su vez, dice relación con el deber del Estado de tutelar la preservación de la naturaleza contemplado en el art. 19 N° 8 de la Carta Fundamental. Si el requisito que impuso la ley N° 21.134 para adquirir el dominio de tal recurso busca su conservación y sustentabilidad, la limitación encuentra su fundamento en una exigencia de interés nacional, ajustándose



así a lo que dispone el inciso segundo del art. 19 N° 23 constitucional, lo cual explica que el legislador confiriera a la ley carácter de quórum calificado.

Como ya se dio cuenta, durante la tramitación de la ley se escuchó a diversas instituciones públicas, organizaciones ciudadanas y expertos y hubo un alto consenso en cuanto a la idoneidad de la medida adoptada para alcanzar el fin perseguido, por cuanto el arte de pesca de la línea de mano y aparejo potera es altamente selectivo en las tallas y especies que son objeto de la pesca y orientado a la calidad de la jibia extraída, mientras la pesca por arrastre de la jibia no reúne esas características al capturar fauna acompañante, no seleccionar por tamaño, peso y permitir el desgarro de la especie.

Ahora bien, al restringir el método de captura de la jibia sólo a través de los aparejos y artes de pesca a que se refiere la norma, el legislador aplicó el principio o enfoque precautorio, que es el guía toda la legislación de pesca, la cual, a su vez, se ajusta a lo que al efecto dispone la Convención del Derecho del Mar. Conforme a tal principio -como ya se expuso- no se requiere una certeza científica absoluta acerca del daño que puede producir una amenaza al medio ambiente marino para adoptar una decisión de carácter político -en este caso una ley- por lo que basta que ella se funde en indicios acerca de la existencia de un posible daño, como ocurre respecto de la explotación de jibia en Chile.

CUADRAGÉSIMO NOVENO: Por otra parte, entre las medidas que podría haber adoptado para conseguir el fin perseguido, el legislador eligió una que, por una parte, permite a los armadores industriales seguir empleando el medio de arrastre para capturar otras especies en las que tengan una cuota de participación más alta y, por otra, estableció un cambio regulatorio que no resulta abrupto y radical, de manera que no ha sido sorpresivo y permitió una transición para adaptarse a las nuevas exigencias legales. Es decir, el legislador escogió, entre los diversos medios alternativos restrictivos, aquel que permite seguir ejerciendo su derecho a desarrollar la actividad económica pesquera.

Es así como la propia ley N° 21.134 incluyó un artículo transitorio que establece que entrará en vigencia seis meses desde su publicación, con el fin de permitir a los armadores industriales adaptar sus naves y aparejos de pesca al nuevo requisito. Según da cuenta la historia de la ley, como su tramitación tardó alrededor de cinco años y, por tanto, se ha dado el tiempo suficiente a quienes emplean la red de arrastre, sea de fondo o de media agua, como arte o aparejo de pesca, para comenzar a cambiarla por la potera o línea de mano, el legislador consideró razonable establecer un plazo adicional de seis meses para su desde su publicación para efectuar las adecuaciones necesarias para ajustarse a la nueva regla (pp. 93-94).

De este modo la requirente ha tenido la posibilidad de modificar el arrastre por potera, existiendo incluso la posibilidad de adaptar las naves para emplear la potera en forma mecanizada, aparejo que usan otros países que explotan asimismo la jibia y



que también han debido cambiar su forma de pesca, como ha sucedido con México y Perú.

QUINCUAGÉSIMO: Para determinar si la medida restrictiva de imponer la potera como aparejo de pesca a los armadores industriales titulares de una autorización de pesca para capturar la jibia por medio de arrastre, como es el caso de Pesquera Landes, resulta proporcional, cabe comparar los efectos positivos de la realización del fin con los efectos negativos causados por la restricción al derecho a fundamental de que se trata, para determinar si la relación entre el beneficio y la restricción resulta adecuada.

De los antecedentes que tuvo en vista el legislador, con la finalidad de proteger la sustentabilidad del recurso natural jibia, concluyó que resultaba necesario ocupar un aparejo y arte de pesca que considerara la selectividad de dicha especie y el impacto que produce la forma de captura en el medio marino, de manera de extraer sólo las que cumplan con ciertos pesos mínimos y permitiendo extraerla sin desgarros o notorias mermas físicas, sin que además ello afecte a la fauna acompañante de este recurso que es depredador de especies pelágicas. Por lo que ya se ha sostenido, tal selectividad se logra sólo empleando la potera o línea de mano y no mediante el uso de la red de arrastre. Sin embargo, aunque la medida restrictiva que promueve el fin perseguido por el legislador impide al requirente seguir empleando el método de arrastre para capturar la jibia, ella no le inhibe para seguir ejerciendo su actividad económica extractiva y la libre apropiabilidad del recurso, por lo que resulta del todo proporcional.

Sobre la infracción a la esencia de los derechos que se estiman vulnerados

QUINCUAGÉSIMO PRIMERO: Si la regulación no impide ni habilita del todo al requirente para ejercer su actividad pesquera al permitirle continuar desarrollando sus labores extractivas de la jibia en la medida que se ajuste a lo dispuesto en la ley, no se afecten en su esencia los derechos constitucionales que considera infringidos.

En efecto, desde la óptica del derecho a desarrollar cualquiera actividad económica, la requirente no se ve impedida de ejercerla por cuanto podrá seguir desarrollándola con la misma nave -la que podrá sustituir por otra de iguales características-, sobre la misma especie y cuota asignada y en las mismas áreas descritas en la autorización, por tiempo indefinido y, atendido el régimen de acceso de plena explotación, podrá transferir esa autorización.

Por otra parte, aun desde la óptica del derecho de propiedad, el cambio regulatorio no afecta en la esencia tal derecho, puesto que, por una parte, el titular puede ejercer plenamente la facultad de disposición, transfiriendo la autorización, así como explotar la misma, desarrollando la actividad pesquera autorizada.



Por lo tanto, al no haberse privado a Pesquera Landes de la facultad consustancial a la autorización -la posibilidad de ejercer la actividad de pesca- ni habersele impuesto exigencias irrealizables, en tanto basta la utilización de los aparejos de pesca permitidos, el precepto del art. 5° inciso 3° de la LGPA no vulnera el numeral 26 del artículo 19 de la Carta Fundamental.

c) Otras alegaciones de la requirente

QUINCUAGÉSIMO SEGUNDO: La requirente alegó también en estrados que, como existe una norma especial en la LGPA (art. 4° letra b), en virtud de la cual pueden rectificarse los artes de pesca autorizados, requiriendo para ello de una resolución fundada de la Subsecretaría de Pesca con comunicación al Comité Científico, al establecer la norma impugnada una medida específica y acotada aplicable sólo a una determinada especie hidrobiológica, tal materia no debió ser regulada por ley, ya que ésta posee alcance general.

Pues bien, si, como ya se ha dicho, las autorizaciones de pesca no confieren derechos adquiridos, sino que quedan sujetas, al momento de su otorgamiento, a las prohibiciones, limitaciones o medidas de administración de los recursos que se dicten sobre la materia, tales medidas pueden establecerse por la misma autoridad administrativa, ya que ésta puede fijar “las dimensiones y características de las artes y los aparejos de pesca” (art. 4 letra b). Sin embargo, nada obsta a que tales limitaciones sean impuestas por una ley y no por un acto administrativo, por cuanto ello responde a una decisión soberana del legislador.

Al efecto cabe tener presente que este Tribunal Constitucional, reconociendo la esfera de autonomía que cabe reconocer al legislador, ha expresado que ésta “comprende, básicamente, el conjunto de apreciaciones de conveniencia y oportunidad política que lo llevan a la adopción de una u otra fórmula normativa” (STC Roles Nos. 1219, c. 10° y 1295, c. 28°), sin que le competa emitir un juicio de mérito técnico o político sobre la ley (STC Rol N° 141, c. 26°, 465 c. 22°, 1838 c. 36°, 2487 c. 15°, entre otras), por cuanto esta Magistratura “no legisla ni administra, ni entra a calificar la bondad de las disposiciones legales o administrativas sometidas a su control. Sólo debe resolver si dichos actos se ajustan o no a los preceptos constitucionales. De una parte, debe velar por que la ley o el decreto no vulneren los límites constitucionales y, de otra, no puede inmiscuirse en la esencia del ejercicio de la función pública que le corresponde al Congreso Nacional, al Presidente de la República o a los otros tribunales de la organización de justicia, y sólo cuando el Parlamento exceda su ámbito de competencia, infringiendo los márgenes contemplados en la Constitución, o violente el proceso de formación de la ley, el Tribunal Constitucional puede intervenir para reparar los vicios de inconstitucionalidad en que éste haya incurrido” (STC Rol N° 517 c. 12°). Es por ello que este Tribunal no puede incorporar “a los fundamentos de sus resoluciones cualquier elemento de ese carácter” (STC Rol N° 231, c. 7° y rol N° 242 c. 3°), debiendo



“prescindir de cualquier consideración o raciocinio factual” (STC Rol N° 325, c. 38). Tampoco está facultado para cuestionar “la precisión, completitud y eficiencia de la ley”, ya que no puede sustituir “el juicio propio del legislador ni juzgar la sabiduría o mérito de los instrumentos que emplea” (STC N° 1295, c. 2). Como el Tribunal Constitucional sólo ejerce un control de juridicidad o jurídico, vinculado a la constitucionalidad de los preceptos legales, y no un control político o de las “cuestiones políticas”, porque esto último es facultad privativa del órgano legislativo, ha de respetar el principio del “*judicial restraint*” –es decir, de la auto limitación judicial- o también llamado de la “*deferencia razonada*” o de la “*corrección funcional*”, el cual –según Pérez Luño– “[o]bliga al intérprete a respetar el marco de distribución de funciones estatales consagrado por la Constitución” (Pérez Luño, Antonio E. (2010). Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución. Madrid. Ed. Tecnos, 10° ed., p. 283), para así no desvirtuar la distribución de funciones y el equilibrio entre los poderes del Estado diseñado por la Constitución.

Por otra parte, el hecho de que el inciso 3° del art. 5 de la LGPA regule la forma de captura de un determinado recurso hidrobiológico no obsta a la generalidad y abstracción de la ley, por cuanto dicha regla se aplica a todos los que se encuentren en la situación que ella describe, es decir, tanto a quienes se dediquen a la actividad extractiva, ya sean pescadores artesanales o armadores industriales.

d) Defectos formales de que adolece la acción

QUINCUAGÉSIMO TERCERO: Sin perjuicio de lo anteriormente expuesto, esta judicatura constitucional ha razonado con anterioridad que, si bien una de sus salas puede dar por cumplido el requisito de admisibilidad, el pleno de este Tribunal puede formular un rechazo formal acerca de la procedencia de un requerimiento como resultado del examen que le compete realizar (STC Roles 2.693, 2.881, 3.146, 5.192, entre otras);

QUINCUAGÉSIMO CUARTO: Como ya se ha dicho en esta sentencia, el conflicto sometido al conocimiento y resolución de esta Magistratura se vincula esencialmente con el reproche que se formula en contra de la interpretación que le ha dado la Subsecretaría de Pesca a la ley en relación a los efectos que produce ésta en el tiempo, lo que sitúa el problema en el ámbito de mera legalidad y no con en uno de corte constitucional capaz de iniciar un contradictorio de tal naturaleza. Así también se ha resuelto por esta Magistratura con anterioridad: “Se está en presencia de un problema en que se discrepa del sentido y alcance que ha efectuado un ente administrativo como la Subsecretaría de Pesca y Acuicultura, respecto del espectro normativo de una disposición, y los efectos que dicho ejercicio interpretativo trae aparejados para el requirente de inaplicabilidad” (Inadmisibilidad STC 8728).

Lo anterior se deduce de las alegaciones que el actor formula a fs. 11: “la aplicación que Subpesca ha hecho de la prohibición de arte de pesca que consagra el nuevo



artículo 5º inciso tercero de la LGPA resulta ilegítima atendida su retroactividad”, para luego resaltar que “la regulación sobreviniente (la que entrara en vigor en 2019) disponga hacia el pasado y afecte, con ello, los derechos adquiridos de Pesquera Landes” (fs. 27), para alegar así acerca de la forma en que ha aplicado la ley, constituyendo ello un problema de interpretación legal que no corresponde a este Tribunal decidir sino a la judicatura ordinaria.

QUINCUAGÉSIMO QUINTO: Ese mismo problema es el que fundamenta el recurso de protección que constituye la gestión pendiente.

Ha sido entendido por la Corte de Apelaciones de Valparaíso, en sentencia que fuera apelada ante la Corte Suprema, cuando señala: *“Que, a través de la presente acción cautelar se pretende que esta Corte reinterprete el alcance de una norma legal contenida en el artículo único de la Ley N° 21.134, con el objeto de conseguir autorización para capturar el recurso jibia mediante pesca de arrastre, lo que fue restringido por la norma en comento.”* (fs. 314 y 315). Agrega *“Que, desde esta perspectiva, la acción cautelar, deducida a folio 1, se aparte de la finalidad que conforme al artículo 20 de la Constitución corresponde a esta Corte, toda vez que se limita a reaccionar contra una situación de acto anormal que en forme evidente amenace o vulnere una de las garantías constitucionales protegidas por este arbitrio, no encontrándose prevista dentro de esta finalidad, la interpretación de normas legales, reglamentarias o contractuales.”*

La declaración de inaplicabilidad solicitada por el requirente no puede tener entonces el efecto que se atribuye en el libelo, pues la gestión pendiente recae en un recurso de protección, que *“ha sido concebido por el Constituyente como una acción cautelar de los derechos que la Carta Fundamental reconoce y asegura”* (1557 c.30), *“el que envuelve un enjuiciamiento de la constitucionalidad del acto u omisión reprochado”* (1266 c.6) encontrándose fuera de su objeto la determinación del alcance e interpretación de una norma legal, como lo resolvió la propia Corte de Valparaíso al conocer del asunto, ya que ello es resorte de los jueces del fondo, por lo que la Corte Suprema no podrá dar aplicación idónea a la norma impugnada.

QUINCUAGÉSIMO SEXTO: Por todas las consideraciones ya expuestas, se rechaza el requerimiento de autos.

Y TENIENDO PRESENTE lo preceptuado en el artículo 93, incisos primero, N° 6°, y decimoprimer, y en las demás disposiciones citadas y pertinentes de la Constitución Política de la República y de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional,



SE RESUELVE:

- I. QUE SE **RECHAZA** EL REQUERIMIENTO DEDUCIDO A LO PRINCIPAL DE FOJAS 1. OFÍCIESE.
- II. **ÁLCESE** LA SUSPENSIÓN DEL PROCEDIMIENTO DECRETADA EN AUTOS. OFÍCIESE.
- III. QUE NO SE CONDENAN EN COSTAS A LA PARTE REQUIRENTE POR ESTIMARSE QUE TUVO MOTIVO PLAUSIBLE PARA LITIGAR.

DISIDENCIA

Acordada con el voto en contra de los Ministros señores CRISTIÁN LETELIER AGUILAR y MIGUEL ÁNGEL FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, quienes estuvieron por **acoger** el requerimiento, en atención a las siguientes consideraciones:

1°. Que, la requirente plantea que la aplicación del artículo 5° inciso tercero, en virtud del cual, a partir de la entrada en vigencia de la Ley N° 21.134, en 2019, sólo puede extraer la especie *dosidicus gigas* o jibia utilizando potera o línea de mano resulta, en su aplicación en la gestión pendiente, contraria al artículo 19 N° 21° inciso primero de la Constitución porque, al imponer dicha exigencia a las autorizaciones de pesca de que es titular, "(...) en los hechos se ha obstaculizado la ejecución de una actividad que se encuentra amparada por el Derecho" (fs. 18 de estos autos constitucionales), vulnerando con ello el artículo 19 N° 26° de la Carta Fundamental;

I. DELIMITACIÓN DEL CONFLICTO CONSTITUCIONAL

2°. Que, para estos Ministros disidentes, la cuestión sometida a conocimiento de esta Magistratura, atendido el carácter concreto en que se desenvuelve el requerimiento de inaplicabilidad, no versa sobre la competencia del legislador para regular la actividad pesquera ni tiene por finalidad evaluar la decisión adoptada por el legislador el año 2019, en cuanto a restringir -como aparejo de pesca para extraer la jibia- sólo a la potera o línea de mano, desde que ninguno de esos asuntos tampoco ha sido cuestionado por las partes;

3°. Que, asimismo, ha quedado claro durante la tramitación de esta acción constitucional que la Ley N° 21.134 rige *in actum*, a partir de su entrada en vigencia seis meses después de la publicación en el Diario Oficial, conforme a su artículo transitorio, esto es, desde el 16 de agosto de 2019 y, por ello, la requirente ya no puede, bajo sanción de multa, extraer jibia con un aparejo distinto del único que permite la ley;



4°. Que, en cambio, la cuestión a dilucidar -propia de la inaplicabilidad- es si, en el caso concreto que se debate en la gestión pendiente, aplicar la limitación impuesta por el artículo 5° inciso tercero obstaculiza más allá de lo razonable o derechamente impide el desarrollo de la actividad económica por parte del requirente, confirmándose la apreciación según la cual “(...) *la doctrina chilena es pacífica en entender la necesidad de regulación del mercado. Las discrepancias se presentan en la intensidad de la regulación y el tipo de normas que pueden regular la actividad económica*” (José Luis Guerrero Becar: *La Constitución Económica Chilena*, Santiago, Ediciones DER, 2018, p. p. 239);

5°. Que, además, examinaremos si el precepto legal resulta también contrario a la Constitución en relación con la igualdad de trato en materia económica, conforme a lo previsto en el artículo 88 de nuestra Ley Orgánica Constitucional;

II. ALCANCE DE LA POTESTAD REGULADORA CONFORME A NUESTRA JURISPRUDENCIA

6°. Que, en cuanto al derecho a desarrollar actividades económicas, estimamos útil enmarcar nuestra decisión, en este caso, en los parámetros que se extraen de la jurisprudencia de esta Magistratura, tanto en general como en el ámbito de la Ley General de Pesca y Acuicultura, especialmente teniendo presente que el artículo 19 N° 21° inciso primero de la Constitución “(...) *no es sino expresión del reconocimiento de la primacía de la persona humana y de su libre iniciativa para emprender y así realizar la plenitud de sus virtualidades para su propio bien y el de sus semejantes, colaborando en la promoción del bien común. Se trata, pues, de un derecho de fundamental importancia para los individuos, al permitir desarrollar tanto el espíritu de iniciativa como la subjetividad creadora de cada una de las personas*” (c. 41, Rol N° 226);

1. Jurisprudencia General

7°. Que, ya en el Rol N° 146, en 1992, esta Magistratura planteó “(...) *que sujetar una actividad a una regulación significa establecer la forma o normas conforme a las cuales debe realizarse, pero en caso alguno puede ser que bajo el pretexto de regular se llegue a impedir el ejercicio de una actividad*” (c. 9°), por lo que, más recientemente, en el Rol N° 5.776, en 2019, precisamos que la regulación legal “(...) *no puede llegar a obstaculizar e impedir la ejecución de los actos lícitos amparados por el derecho a desarrollar cualquier actividad económica. Es nítido que la Constitución quiere fomentar o promover la iniciativa privada, objetivo que sería irrealizable si el legislador estuviera facultado para dictar normas entrabantes. Esto porque regular “se refiere a dictar normas que permitan el libre pero ordenado ejercicio de un derecho, sin impedirlo, prohibirlo, obstaculizarlo, ni hacer que su goce o disfrute resulte muy oneroso, azaroso o difícil. Lo anterior no constituye una interdicción para el legislador en orden a no imponer ningún tipo de carga o gravamen al desarrollo de cualquier actividad económica, sino su deber de hacerlo siempre con el propósito de posibilitar*



su recto desarrollo en armonía con otros derechos e intereses protegidos por la Constitución. (STC Rol 146-92 c. 9)” (c. 20°):

Por ello, tal y como ya lo anticipábamos en el Rol N° 480, en 2006, “(...) todo precepto que establece un deber para quien ejerce el derecho a desarrollar una actividad económica, sujeta ese ejercicio a una regulación, toda vez que el sujeto que desarrolle la actividad no será libre para ejercerla del modo que le plazca, sino que deberá hacerlo del modo en que ella ha quedado regulada (...)” (c. 8°);

8°. Que, más específicamente dicho, en 2008, en el Rol N° 980, esta Magistratura expuso que “(...) el aludido derecho no está concebido, naturalmente, en términos absolutos, sino que el propio constituyente se encargó de advertir que el libre emprendimiento de actividades económicas está supeditado a la observancia de las normas legales que regulen la respectiva actividad (...). Además porque (...) el legislador no ha procedido de manera caprichosa ni injustificada, sino que lo ha hecho con estricto apego a la naturaleza particular del contrato celebrado entre aquél y el consumidor, inspirado además por criterios de justicia en la regulación de una relación entre partes desiguales” (c. 13°);

9°. Que, en fin, en el Rol N° 2.644, en 2015, agregamos que “(...) la regulación legal autorizada por el inciso primero del N° 21 del artículo 19 de la Constitución concierne a modalidades o maneras que permiten su ejercicio en armonía con los restantes derechos e intereses garantidos y tutelados por el Texto Fundamental. Así lo ha sostenido este Tribunal en su sentencia Rol N° 207/95: “La regulación legal de toda actividad económica y las modificaciones que se introduzcan en el futuro, deben necesariamente armonizarse con el marco fundamental y obligatorio consagrado en la Constitución y, consiguientemente, respetar y conciliarse en forma precisa y atenta con los derechos que la misma Constitución asegura a todas las personas” (c. 69°).

En virtud de lo dicho, el legislador, en uso de su poder regulatorio de actividades económicas, debe someterse al principio de subsidiariedad y al propio contenido del derecho del artículo 19, N° 21°, y respetar los restantes derechos o garantías que pueden ser afectados por las disposiciones creadas” (c. 13°);

10°. Que, en consecuencia, de nuestra jurisprudencia es posible desprender los siguientes parámetros que tendremos en consideración para examinar la inaplicabilidad que se nos ha pedido en estos autos:

- En primer lugar, que *regular* una actividad económica significa establecer la forma, modalidad, manera o normas conforme a las cuales debe realizarse, por lo que el sujeto que la desarrolla no es libre para ejercerla del modo que le parezca, por cuanto el aludido derecho no está concebido en términos absolutos, sino que se encuentra supeditado a la observancia de las normas legales que regulen la respectiva actividad.
- En segundo lugar, ello no impide al legislador imponer cargas o gravámenes;
- Sin embargo, en tercer lugar, la potestad legislativa:



- No puede ejercerse de manera caprichosa ni injustificada, sino inspirado por criterios de justicia; y
 - Tiene que someterse al principio de subsidiariedad, al propio contenido del derecho asegurado en el artículo 19 N° 21°, con el propósito de posibilitar su recto ejercicio en armonía con otros derechos e intereses protegidos por la Constitución.
- Por ello, la potestad para regular no puede ser pretexto para, en definitiva, obstaculizar o impedir el desarrollo de una actividad económica que es lícita o hacer que su goce o disfrute resulte muy oneroso, azaroso o difícil;

2. Jurisprudencia en relación con la Ley General de Pesca y Acuicultura

11°. Que, en este ámbito más específico de las actividades económicas, es interesante insertar aquí el considerando 17° del Rol N° 2.386, a propósito de un requerimiento parlamentario que objetaba que el proyecto de ley impugnado otorgara a los llamados “armadores históricos” un nuevo trato jurídico sustancialmente igual al que precedentemente los regía y que les confería la opción para preservar íntegramente ese mismo régimen previo, sin adherir al nuevo que el proyecto aprobaba, pues allí declaramos “[q]ue, bien es verdad, entonces, que el Estado cuenta con potestades para ordenar y administrar la explotación de esa riqueza hidrobiológica, por manera que la ley ha podido modular esos requisitos limitados de ingreso a tal actividad, de la manera como se ha señalado (...)”;

12°. Que, por último, si bien no se examinó la preceptiva que se impugnaba (de orden de procesal) desde el punto de vista del derecho a desarrollar actividades económicas, es igualmente conveniente recordar aquí el considerando 3° del Rol N° 4.074, al tenor del cual “(...) tanto la finalidad de la Ley General de Pesca como las restricciones que impone a los particulares están determinadas por razones constitucionalmente legítimas y plenamente admisibles.

(...) a lo dispuesto por el art. 19 N° 21 de la Constitución, disposición que asegura a todas las personas el derecho a desarrollar cualquier actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional “respetando las normas legales que la regulen”, lo cual ha llevado a la Ley de Pesca a imponer ciertos límites a la actividad de transformación y comercialización de los recursos hidrobiológicos y, en especial, a los que se encuentran en veda con el objeto de lograr su conservación e impedir su sobre explotación” (En el mismo sentido, c. 7°, Rol N° 8.168);

13°. Que, en suma, revisando estos dos pronunciamientos a la luz de los razonamientos antes transcritos, es posible concluir que, también tratándose de la regulación contenida en la Ley General de Pesca y Acuicultura, imperan los mismos parámetros ya referidos, en cuanto al sentido y alcance de la potestad conferida por la Constitución al legislador para regular actividades económicas, como lo plantea el



Informe en Derecho, agregado a estos autos, de Danitza Pérez Cáceres, Javiera Toro Cáceres y Luis Cuello Peña y Lillo, a fs. 1.068-1.073;

3. Ejemplos de Aplicación de los Parámetros

14°. Que, para mostrar concretamente cómo hemos comprendido los parámetros referidos, puede recordarse que esta Magistratura ha resuelto que una norma tributaria que incrementaba el impuesto al tabaco, “(...) *no ha impedido de manera alguna el pleno ejercicio de las actividades económicas de las empresas del giro, lo que constituye un hecho público y notorio el que deriva además de la falta de productos que los sustituyan (...)*” (c. 23°, Rol N° 280); que el precepto legal que autorizó implementar, mediante licitación pública, un esquema monooperador en los frentes de atraque concesionados existentes a la fecha de publicación de la Ley N° 19.542 “(...) *no se encuentra en contradicción con el inciso primero del artículo 19 N° 21 de la Constitución Política de la República, desde el momento que el ejercicio de la actividad económica de muellaje -que entre otras es realizada precisamente por la empresa requirente en calidad de subcontratista, según consta en autos, la que conserva su condición de empresa habilitada- se encuentra regulada expresamente en una norma legal, que señala la forma en que debe efectuarse la misma, de modo de facilitar la libre concurrencia de los diversos entes privados interesados en realizarla, estableciéndose suficientes y adecuados mecanismos para cautelar la libre competencia*” (c. 31°, Rol N° 467); y que, por su sola regulación, las obligaciones que impone el artículo 12 de la Ley de Monumentos Nacionales al propietario del inmueble no afectan el derecho a desarrollar cualquiera actividad económica (c. 30°, Rol N° 3.086).

Asimismo, esta Magistratura decidió que la norma que buscaba prohibir la utilización de sistemas de medición de audiencia en línea, comúnmente conocido como *people meter on line*, “(...) *importa una supresión de la demanda por un servicio, lo que indudablemente amaga la actividad económica de las empresas proveedoras de ese servicio de medición, sin que se divise -conforme a lo analizado- razón moral, de orden público o de seguridad nacional que amerite una tal prohibición legal*” (c. 22°, Rol N° 2.358); y que la limitación legal consistente en que debe respetarse la aplicación de lo establecido en el artículo 116 de la Ley General de Urbanismo y Construcciones sólo en lo referente a los anteproyectos aprobados y los permisos otorgados por la Dirección de Obras Municipales, tratándose de la ejecución de un proyecto que establece un centro comercial, vulneraba el derecho a desarrollar la actividad económica por la requirente “(...) *porque impedirle esa actividad significaría desconocer y afectar el contenido del derecho mismo, de manera que a toda legislación le está vedado aquello, particularmente a la disposición legal objetada, más aún si la DOM de La Serena ha otorgado las autorizaciones pertinentes respecto a la edificación de la obra a que se refiere la acción de inaplicabilidad*” (c. 23°, Rol N° 4.901);



III. APLICACIÓN AL CASO CONCRETO

15°. Que, teniendo en consideración los criterios jurisprudenciales que hemos resumido, conforme a las circunstancias del caso concreto de que da cuenta la gestión pendiente, estuvimos por acoger el requerimiento de inaplicabilidad deducido a fs. 1, por cuanto la aplicación a la requirente de la exigencia contenida en el artículo 5° inciso tercero de la Ley General de Pesca y Acuicultura, en cuanto a que sólo puede extraer la especie *dosidicus gigas* o jibia utilizando potera o línea de mano, sin poder emplear la captura por medio del arrastre en los navíos *Don Enrique* y *Surmar I*, como se encontraba autorizada antes de dicha ley, lesiona, en primer lugar, el derecho a desarrollar la actividad económica lícita que la Constitución le asegura;

1. Consideración Previa

16°. Que, en este sentido, cabe descartar, sin embargo, que el precepto legal impugnado *prohíba* el desarrollo de la actividad pesquera sobre la jibia, por lo que no procede aplicar aquí el criterio empleado por esta Magistratura, por ejemplo, en el Rol N° 2.358, a propósito del denominado *people meter on line*, ya que dicha actividad subsiste, incluso, pudiendo ser llevada a cabo por la requirente bajo las nuevas condiciones dispuestas por el legislador, a partir de la entrada en vigencia de la Ley N° 21.134, el 16 de agosto de 2019, conforme al procedimiento previsto en los artículos 14 y siguientes de la Ley General de Pesca y Acuicultura;

17°. Que, por el contrario, lo que ha hecho el legislador es limitar los aparejos que se pueden utilizar para la pesca de la jibia y lo ha hecho con argumentos que aparecen revestidos de justificación y razonabilidad, como hemos exigido en nuestra jurisprudencia precedente, con la finalidad, según en ella misma lo hemos declarado, de conservación y aprovechamiento sustentable de los recursos pesqueros, amén de salvaguardar la actividad económica extractiva y preservarla para las futuras generaciones, conforme a la obligación que pesa sobre el Estado de tutelar la preservación de la naturaleza, tal y como lo expone la sentencia acordada por nuestros colegas de la mayoría. Sin embargo, estimamos que no es esto lo que debemos revisar en esta oportunidad, sino si dicha limitación lesiona, en el caso concreto, el derecho de la requirente a desarrollar la actividad económica consistente en la pesca de la jibia, porque la aplicación del artículo 5° inciso tercero de la Ley N° 21.134 torna inviable su prosecución;

18°. Que, antes de sostener nuestra conclusión en la materia, cabe dejar sentado que, indudablemente, el derecho asegurado en el numeral 21° del artículo 19 constitucional no incluye una especie de derecho o siquiera mera expectativa a que la actividad económica lícita que se lleva a cabo produzca utilidades, puesto que -más aún- “[a]ctividad económica no equivale necesariamente a actividad realizada con “ánimo de lucro”. Es un concepto más extenso (...). En este sentido, la garantía del artículo 19 N° 21° protege la producción de bienes y servicios tanto de quienes persiguen una ganancia personal



como de quienes no pretenden, como meta última de su actividad económica, el lucro individual” (Julio Alvear Téllez: *Libertad Económica, Libre Competencia y Derecho del Consumidor*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, p. 61).

Pero lo que sí garantiza ese derecho fundamental, como lo hemos asentado en nuestra jurisprudencia, es que la regulación legislativa no puede constituir “(...) en sí una medida en extremo dañosa, que afecta en su esencia la garantía constitucional de la libertad económica que la Carta Fundamental asegura al requirente, el que no puede continuar con el correcto ejercicio de su actividad (...)” (c. 39°, Rol N° 3.770);

19°. Que, desde esta perspectiva, “(...) el legislador no puede reclamar legítimamente haber recibido de la Constitución un poder omnímoto para actuar, apelando a su sola voluntad soberana, únicamente podrá dictar la ley reguladora en caso de insuficiencia del derecho, esto es cuando exista un fundamento necesariamente empírico, objetivo y pertinente que sustente, en la práctica, la necesidad de afianzarlo (...)” (Iván Aróstica Maldonado: *Derecho Administrativo Económico*, Santiago, Andros Impresores, 2001, p. 82);

2. Acreditación en Sede de Inaplicabilidad

20°. Que, atendido el planteamiento de inconstitucionalidad en que incurriría la aplicación del artículo 5° inciso tercero impugnado, porque sería jurídica y económicamente inviable continuar desarrollando la actividad económica lícita que la Constitución asegura, este requerimiento de inaplicabilidad plantea la cuestión compleja de evaluar los antecedentes que allegan las partes para sostener fácticamente su requerimiento, pues, de no considerarlos, se termina, inevitablemente, efectuando un control abstracto que conducirá al rechazo del requerimiento de fs. 1, ya que las consideraciones de esta naturaleza, tales como la competencia del legislador en la materia, la licitud de la finalidad perseguida o la proporcionalidad en abstracto de la medida adoptada, en el contexto completo de la industria, ni siquiera han sido objetadas desde esa perspectiva por la requirente.

Ciertamente, es un asunto complejo, en este caso, porque esta Magistratura, en sede de inaplicabilidad, evalúa la constitucionalidad de un precepto legal sin determinar cuestiones de hecho vinculadas con su aplicación. Es más, reiteradamente sostenemos que las materias probatorias corresponden a la esfera de competencia del Juez del Fondo, sin que quepa al Tribunal Constitucional dirimir las (por ejemplo, c. 25°, Rol N° 7.318);

21°. Que, más aún, la Constitución, en su artículo 93 inciso primero N° 6°, y nuestra Ley Orgánica Constitucional en el párrafo dedicado a las cuestiones de inaplicabilidad, no han contemplado un término probatorio ni su regulación, puesto que la atribución que allí se confiere a esta Magistratura supone efectuar un cotejo jurídico, entre el precepto legal objetado y la Carta Fundamental.



Empero, al mismo tiempo, la disposición constitucional descarta, en esta materia, un contraste puramente abstracto, pues el inciso decimoprimer de aquel numeral 6° exige, entre otras condiciones, que se verifique la existencia de una gestión pendiente ante un tribunal ordinario o especial y que la aplicación del precepto legal impugnado pueda resultar decisiva en la resolución de ese asunto;

22°. Que, en este sentido, lo usual es que los hechos, que configuran la gestión pendiente, se encuentren alegados en ella y que, en el curso del procedimiento respectivo, se acrediten o se controvierta su prueba, conforme a la regulación prevista en el respectivo procedimiento, de tal manera que forman parte de las circunstancias del caso concreto, las cuales constituyen consideraciones dadas a esta Magistratura, con mayor o menor determinación o certeza, en dicha gestión;

23°. Que, sin embargo, en esta oportunidad, la alegación de inconstitucionalidad que el requirente atribuye al precepto legal contenido en el artículo 5° inciso tercero de la Ley General de Pesca y Acuicultura le impone el deber procesal de aportar antecedentes que justifiquen su argumentación ante esta Magistratura, amén que no resulta irrelevante recordar aquí el artículo 3° inciso segundo de nuestra Ley Orgánica, en virtud del cual, reclamada nuestra intervención en forma legal y en asuntos de su competencia, este Tribunal no puede excusarse de ejercer su autoridad ni aun por falta de ley que resuelva el asunto sometido a su decisión;

24°. Que, a partir de esa premisa legal ineludible para esta Magistratura, resulta lógico que el artículo 80 exija que el requerimiento de inaplicabilidad contenga *“(...) una exposición clara de los hechos y fundamentos en que se apoya y de cómo ellos producen como resultado la infracción constitucional (...)”*, pues, a diferencia de lo que en su época sostenía la Corte Suprema, en cuanto a que la inaplicabilidad se trataba de un recurso *“(...) de naturaleza abstracta y de puro derecho (...)”* (Fernando Saenger Gianoni y Guillermo Bruna Contreras: *Inaplicabilidad por Inconstitucionalidad*, Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 2006, p. 150), hoy se desenvuelve en el ámbito del control concreto que configura la gestión pendiente, de tal manera que *“(...) los litigantes no acompañaron antecedentes suficientes, no tenemos una ley orgánica que así lo señale, y no hay facultad legal específica para probar; en definitiva no hay posibilidades formales de agregar antecedentes probatorios. Pero en rigor ese es exactamente el ejercicio que le corresponde al Tribunal para que tenga sentido el artículo 93 número 6. Porque al afirmar que la esencia de un derecho está afectada o no lo está, es un razonamiento propio del control preventivo abstracto. Pero al afirmar, porqué la esencia, en este caso concreto, está afectada, y estoy hablando del derecho de propiedad o cualquier otro derecho, ello pertenece al control concreto, fundado en antecedentes precisos”* (Arturo Fernandois Vöhringer: *“Inaplicabilidad y Control Concreto del Tribunal Constitucional: Enjuiciando la Arbitrariedad en la Aplicación de la Ley”*, *Actualidad Jurídica* N° 17, Santiago, Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo, 2008, p. 13);



3. Antecedentes aportados por la Requirente

25°. Que, en orden a sostener el efecto inconstitucional que alega, la requirente ha planteado que ello se evidencia, fundamentalmente, con distintas opiniones vertidas durante la tramitación de la Ley N° 21.134 que introdujo el artículo 5° inciso tercero, con la posición inicial sostenida por la Subsecretaría de Pesca y con el *Informe Económico* que acompañó a fs. 1.330 de estos autos, elaborado por Jorge F. Catepillán Tessi;

26°. Que, el primer antecedente dice relación, especialmente, con la presentación que realizó el Director del Instituto de Investigación Pesquera, la cual también se encuentra agregada a fs. 1.300 de estos autos, quien sostuvo que “(...) desde el punto de vista de la estructura de las embarcaciones, se vuelve totalmente inviable una modificación de las embarcaciones pues, por la naturaleza del arte de pesca involucrado, se vuelven incompatibles. No se puede adaptar un buque que opera con redes de mediagua a un potero (...)” (Informe de la Comisión de Pesca, Acuicultura e Intereses Marítimos de la Cámara de Diputados, recaído en el proyecto de ley que modifica la Ley General de Pesca y Acuicultura, con el objeto de regular la captura de la jibia, 14 de mayo de 2018, p. 18, Boletín N° 9489-21);

27°. Que, el segundo antecedente se refiere al Oficio Ordinario N° 47, de 11 de enero de 2018, de la Subsecretaría de Pesca en que se expuso que la pesca industrial realizada mediante arrastre de mediagua no impacta el hábitat ni la estructura del fondo marino, es generalmente monoespecífica y su captura accesorias de especies (o *bycatch*) es baja para los estándares de un organismo técnico como el Instituto de Fomento Pesquero (fs. 1.297);

28°. Que, por último, el *Informe Económico* agregado a estos autos sostiene que presenta “(...) los argumentos económicos de por qué la Ley Nro. 21.134 obligaría a la empresa Landes a abandonar la pesca de jibia y el procesamiento de esta.”

Sin considerar que las características específicas del mar chileno, y el hecho de que se estaría ocupando un barco que no fue diseñado para la pesca con potera, los niveles de productividad de los barcos con esa tecnología son muy bajos como para justificar la conversión (...).

Dado lo anterior se concluye que el negocio de procesamiento tampoco sería económicamente viable, por lo que constituye también un efecto de la Ley Nro. 21.134 el cierre de las actividades de procesamiento en tierra asociadas a la jibia por parte de la empresa Landes (...)” (fs. 1.344).

29°. Que, a los antecedentes aportados por el requirente, cabe agregar que la Subsecretaría de Pesca sostuvo, en esta causa, que “(...) es posible a un armador operar con un arte o aparejo de pesca distinto al originalmente autorizado, mecanismo conforme al cual los armadores titulares de autorizaciones de pesca respecto al recurso jibia pueden dar cumplimiento a la Ley N° 21.134. Lo anterior, mediante la ampliación de actividades pesqueras extractivas, a fin de incluir la potera o línea de mano, o mediante la sustitución de



la nave por otra embarcación, que cuente con dicho aparejo" (fs. 1.029), lo cual, como ya hemos señalado, no está en discusión, sino si, a pesar de esa alternativa prevista por el legislador, la cual, incluso, ha sido adoptada por otros titulares de permisos en el rubro, se lesiona el derecho a desarrollar la actividad económica que la Constitución asegura a la requirente;

30°. Que, finalmente, en estrados, la misma Subsecretaría sostuvo, en relación con lo que denominó "las premisas fácticas" en que se sustenta la inaplicabilidad (que no es posible que una embarcación industrial opere con potera o línea de mano y que, de serlo, no es económicamente viable o rentable), que no es esta Magistratura la sede para acreditar hechos, sino que corresponde hacerlo ante el juez del fondo; que los informes aportados no cumplen con el estándar procesal de un peritaje; además, que fueron presentados con poca antelación a la vista de la causa, por lo que no le fue posible hacerse cargo de ellos, sin plantear, a nuestro entender, argumentos sustantivos en contra de los antecedentes allegados a este expediente por la requirente;

31°. Que, desde esta perspectiva, procede también recordar que, durante la tramitación de Ley N° 21.134, el Subsecretario de Pesca y Acuicultura recordó que dicho órgano "(...) tiene la atribución legal de regular los artes de pesca en cada una de las pesquerías, potestad general basada en consideraciones científicas, técnicas y tecnológicas que dependen de las variaciones en el tiempo que experimenta la actividad (...).

En cuanto al fondo, el señor Subsecretario manifestó que no es acertado que sea la ley la que determine cómo se pesca cada uno de los recursos pesqueros. Sostuvo que si hoy se determina por ley cuál debe ser el aparejo para capturar la jibia, no existiría inconveniente para que más tarde se pueda legislar sobre el arte o aparejo para capturar jurel, reineta, bacalao u otras pesquerías.

Estimó que legislar en esta materia no es prudente, en primer lugar, porque las decisiones sobre los artes de pesca deben tener un fundamento técnico, que obedezca a informes previos que den cuenta de la necesidad de adoptar esa decisión. Consideró que regular esto mediante una ley puede considerar el componente técnico, pero también puede incluir un componente netamente político.

En segundo lugar, planteó que la regulación de esta materia por ley genera una rigidez inconveniente, pues cada vez que se necesite modificar el arte de pesca se requerirá una modificación normativa de igual rango. En cambio, una decisión administrativa puede ser ajustada y modificada fácilmente, cuando sea necesario.

En tercer lugar, estimó que este precedente puede generar un efecto indeseado. Explicó que actualmente la cuota para la jibia es de 200.000 toneladas anuales y que el fraccionamiento asigna el 80% al sector artesanal y el 20% al industrial, de modo que la industria puede capturar hasta 40.000 toneladas y la actividad artesanal 160.000 toneladas anuales. Informó que el año 2017 no se logró capturar la totalidad de la cuota artesanal. Entonces, es razonable deducir que si actualmente, con el arte y el aparejo de pesca que utiliza el sector artesanal



(cerco y potera), no se logra capturar las 160.000 toneladas de cuota anual, con uno solo se capturará menos” (Informe de la Comisión de Intereses Marítimos, Pesca y Acuicultura del Senado, recaído en el proyecto de ley, en segundo trámite constitucional, que modifica la Ley General de Pesca y Acuicultura, con el objeto de regular la captura de la jibia, 24 de septiembre de 2018, pp. 8 y 9-10, Boletín N° 9.489-21);

4. Conclusión

32°. Que, teniendo en consideración los parámetros definidos por esta Magistratura en relación con el derecho a desarrollar actividades económicas y, en particular, con la competencia atribuida al legislador para regularlas, conforme a los antecedentes que obran en este expediente constitucional, estimamos que el artículo 5° inciso tercero impugnado lesiona ese derecho al hacer inviable o excesivamente oneroso que prosiga ejerciendo su actividad pesquera bajo la modalidad prevista en dicho precepto legal, en sus naves Don Enrique y Surmar I;

33°. Que, en efecto, “(...) se atenta contra la esencia del derecho no sólo cuando la limitación establecida o impuesta por la autoridad los desvirtúa hasta hacerlo irreconocible, sino también cuando ella implica subordinar su ejercicio al cumplimiento de requisitos que lo entran más allá de lo razonable, pues en este último caso se torna imposible satisfacer los intereses que con su consagración o reconocimiento se busca proteger (...)” (Paulino Varas Alfonso y Salvador Mohor Abuauad: “Acerca de la Esencia de los Derechos Constitucionales y de su Libre Ejercicio que Consagra el Artículo 19 N° 26 de la Constitución Política”, XVIII *Revista de Derecho* de la Universidad Católica de Valparaíso, 1997, pp. 164 y 166);

34°. Que, esta Magistratura, ya en el Rol N° 43, sostuvo 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” (c. 21°), precisando, en el Rol N° 280, que, para limitar un derecho de forma constitucionalmente admisible, sin impedir su libre ejercicio, tales limitaciones “(...) deben estar establecidas con parámetros incuestionables, esto es, razonables y justificadas” (c. 29°).

35°. Que, precisamente, sometiendo el asunto que se nos ha pedido resolver a los parámetros jurisprudenciales precedentemente analizados, observamos que la aplicación del precepto legal cuestionado, si bien no prohíbe el desarrollo de una actividad económica que es lícita (tanto que pueden seguir llevándola a cabo quienes lo hagan con potera o línea de mano), lejos de afianzar o promover ese derecho respecto de la requirente, al limitarlo, a través de la determinación del único aparejo que debe utilizarse, aduciendo finalidades que -como hemos dicho- son legítimas y que, conforme a lo que ha venido sucediendo en la industria, no ha causado daño a otras empresas que han podido adecuarse a la Ley N° 21.134, sí afecta a la accionante en esta causa, lo cual sólo puede ser reparado por medio del pronunciamiento de



inaplicabilidad con efecto nada más que en favor de ella y en la gestión pendiente que le sirve de base;

36°. Que, así las cosas, en el caso de la requirente, fundado en los antecedentes que hemos resumidos, los cuales son consistentes con el objetivo perseguido por la Ley N° 21.134, en orden a impedir, total y definitivamente, la pesca con cualquier otro método que no sea la potera o línea de mano, resulta entrabado su derecho a desarrollar esa actividad económica para la cual estaba autorizado antes que entrara en vigencia el referido cuerpo legal;

37°. Que, lo expuesto, en cualquier caso, no impide a la autoridad competente, conforme al artículo 4° letra b) de la Ley General de Pesca, fijar las dimensiones y características de las artes y los aparejos de pesca en toda área de pesca, independientemente del régimen de acceso a que se encuentre sometida, siempre que lo haga mediante resolución fundada, previa consulta al Consejo Zonal de Pesca que corresponda y comunicación previa al Comité Científico Técnico, ya que la determinación legislativa, contenida en el artículo impugnado, no ha dejado sin efecto aquel procedimiento administrativo ni se ha sometido a nuestro conocimiento la cuestión competencial que podría derivar de la decisión adoptada por la ley, como fue planteado por la Subsecretaría de Pesca con motivo del proyecto que prorrogaba la vigencia de la Ley N° 21.134, rechazado en general en primer trámite constitucional, por la Cámara de Diputados (Informe de la Comisión de Pesca, Acuicultura e Intereses Marítimos que prorroga la entrada en vigencia de la Ley N° 21.134, que modifica la Ley General de Pesca y Acuicultura, con el objeto de regular la captura de la jibia, 30 de junio de 2019, p. 6, Boletín N° 12.693);

IV. IGUALDAD ANTE LA LEY Y EL TRATO ECONÓMICO

38°. Que, en segundo lugar, esta disidencia, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 88 de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional de esta Magistratura, advirtió a los intervinientes en audiencia de la vista de la causa que pudiera ser que utilizara el precepto constitucional del artículo 19 en sus numerales 2° y 22°, el cual no venía incorporado, como fundamento de la acción de inaplicabilidad, por lo que se les solicitó referirse a dicha norma constitucional, lo que así se hizo.

Más aún, considerando que “(...) no se debe olvidar que la libertad de empresa tiene una estrecha relación con el principio de igualdad, ya que la Constitución consagra la igualdad entre todas las personas, sean éstas personas física o jurídicas, nacionales o extranjeras, para el desarrollo de cualquier actividad económica, respetando el marco jurídico limitativo y regulatorio establecido en la Constitución y las leyes” (Christian Viera Álvarez: *Libre Iniciativa Económica y Estado Social*, Santiago, Thomson Reuters, 2013, p. 255);

1. La Igualdad de Oportunidades en la Vida Nacional



39°. Que, el artículo 1° constitucional contiene los valores y principios básicos que informan a toda la Carta Fundamental, constituyendo mandatos esenciales obligatorios, atendido la fuerza normativa que ella tiene, como lo prescribe su artículo 6°. Uno de esos valores, es el derecho que tiene toda persona a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional, lo que comprende, ciertamente, a las personas jurídicas, y que en concepto preciso significa igualdad en el acceso a algo o igualdad en el punto de partida. Mientras la primera, consiste en establecer la posibilidad de acceder equitativamente a derechos o beneficios a todas las personas que se encuentre en una misma condición, la igualdad en el punto de partida dice relación con que los aspirantes tengan inicialmente las mismas probabilidades de obtener una condición determinada (Diez Picazo, Luis, Sistema de Derechos Fundamentales);

40°. Que, la referida isonomía implica otorgar las mismas posibilidades a todos los habitantes de la República en su desarrollo material y espiritual, y que en materia económica se concreta en un tratamiento igualitario respecto de las reglas que rigen en los distintos sectores productivos o de servicios del país. Esta forma ideal sentenciada en el texto constitucional se manifiesta específicamente, en el principio de igualdad ante la ley, que ordena tratar como iguales a quienes están en una misma situación y en forma diversa a aquellos que se encuentren en realidades distintas. La jurisprudencia de este Tribunal Constitucional acerca del referido principio es profusa;

2. En Chile no hay Persona ni Grupo Privilegiados

41°. Que, el Código Político en vigor expresa, en su artículo 19 N° 2 que “En Chile no hay persona ni grupo privilegiados”.

Sobre este mandato constitucional, la sentencia recaída en la causa rol N°2386, en su disidencia, realiza una síntesis histórica precisa acerca del precepto fundamental, uno de sus considerandos afirma que *“la fórmula constitucional que se analiza, parte señalando que “en Chile...”. Con ello se destaca que es en todas sus zonas geográficas, en su territorio, en su mar, en sus espacios aéreos; abarcando todas sus regiones, sus provincias, sus municipios, cualquiera sea el sector o actividad que se lleve a cabo. En ninguna parte, en ningún rincón, puede haber privilegios.*

Enseguida, la Constitución agrega que “no hay” ni persona ni grupo privilegiado. Es el mandato del texto. Es un mandato prohibitivo, pues impide que haya privilegios. Con el verbo en presente, se le da carácter atemporal, en el sentido que no hubo ni habrá, ni existe en el presente. No se pueden invocar, por tanto, privilegios históricos. También es un mandato para que siempre, de manera permanente, el Estado debe velar por esta obligación. Por lo mismo, debe ponerles término apenas se constaten” (STC Rol N° 2386 voto disidente c.4);



42°. Que, la ley N° 21.134 al regular la actividad de la pesca extractiva de la jibia, faculta sólo a efectuarla a través del uso de potera o línea de mano como aparejo de pesca, modalidad bajo la cual opera, únicamente, la pesca artesanal, cambiándose el régimen jurídico extractivo del producto mencionado, afectándose la actividad pesquera del sector industrial

Al respecto, la historia del precepto legal impugnado en estos autos constitucionales, denota con especial claridad, la voluntad del legislador de favorecer a una parte del sector pesquero. Así la moción parlamentaria que le dio origen señala, como fundamento que *“La Pesca Artesanal constituye el principal motor social y productivo del sector pesquero, jugando a su vez, un papel relevante en el abastecimiento del mercado interno...”*. Agregando que *“La pesca de pequeña escala proporciona la mayor cantidad de puestos de trabajo del sector pesquero”* (Historia de la Ley N°21.134, Biblioteca del Congreso Nacional, p.3);

43°. Que, en el caso concreto, la requirente tiene una autorización de la Subsecretaría de Pesca y Acuicultura, de fecha 21 de diciembre de 2015, para realizar actividades extractivas con la nave *“Don Enrique”*, pudiendo pescar jibia, en el área marítima que en el acto administrativo se especifica, bajo la modalidad de arrastre, lo cual -en los hechos- se le impide por aplicación de lo dispuesto en el precepto legal censurado;

44°. Que, la imposición dispuesta por la ley N°21.134, en cuanto dispone que la jibia sea extraída sólo mediante la potera o línea de mano, vulnera lo establecido en el artículo 19 N°2 constitucional, en cuanto consagra un privilegio en favor de un grupo del sector pesquero, lo que la Carta Fundamental prohíbe absolutamente, por lo que la norma jurídica objetada produce consecuencias contrarias a la Constitución, en el caso considerado;

3. Infracción al Artículo 19 N° 22° de la Constitución

45°. Que, el artículo 19 N°22 constitucional prohíbe la discriminación arbitraria en el trato que deben dar el Estado y sus organismos en materia económica, constituyendo este precepto constitucional una especificación del principio de igualdad ante la ley, consagrado en el numeral segundo del mismo artículo. Al respecto, esta Magistratura Constitucional ha establecido que el mencionado principio consiste en que las normas jurídicas deben ser iguales para todas las personas que se encuentran en las mismas circunstancias, y consecuentemente diversas para aquellas que están en situaciones diferentes (En este sentido STC Roles N°7181, c.24; 7203, c.28; 1254, c.6; 811, c.18, entre otras);

46°. Que, la igualdad de trato constituye la principal expresión del principio de igualdad ante la ley, por eso es por lo que, la desigualdad de tratamiento entre



personas que están en la misma posición sólo encontrará aceptación, desde la perspectiva constitucional, si dicha regulación normativa tiene una justificación razonable. Lo contrario origina realidades en que impera la discriminación arbitraria, lo que la norma constitucional prohíbe, en materia económica específicamente;

47°. Que, el precepto fundamental referido, opera como limitante del legislador en sus facultades de generar normas legales. No es que el legislador tenga una prohibición absoluta de efectuar diferenciaciones; lo que impide este principio es que las reglas legales al realizar distinciones, ellas no sean justificadas, en términos razonables. Resulta atingente citar la doctrina del Tribunal Constitucional de España sobre la materia, que manifiesta que “resulta indispensable que exista una justificación objetiva y razonable de acuerdo con criterios y juicios de valor generalmente aceptados cuya exigencia debe aplicarse en relación con la finalidad y efectos de la medida considerada” (STCE 75/1983);

48°. Que, el test de constitucionalidad efectuado al precepto legal censurado se dirige al juicio de razonabilidad, y dentro de ello a la constatación de una norma consagratoria de una diferenciación discriminatoria porque, lo que prohíbe la Constitución es la discriminación arbitraria en el trato del Estado a los particulares, en materia económica. Y sometida la ley N° 21.134, conocida como “La ley de la Jibia” al reseñado juicio de razonabilidad, de su texto y origen, se divisan aspectos que incurren en la prohibición constitucional establecida en el artículo 19 N°22 de la Constitución;

49°. Que, el precepto legal impugnado señala que la jibia sólo podrá ser extraída utilizando potera o línea de mano como aparejo de pesca, prohibiendo cualquier otro medio o aparejo de pesca. Quien infrinja esta prohibición, se le impondrá la sanción de multa de 500 unidades tributarias mensuales y el comiso de las especies. De manera que toda persona que, en sus actividades extractivas de pesca, autorizado para hacerlo con arrastre, esto es, extrayendo los peces del mar mediante el uso de una red, se les impide hacerlo. Es la situación de la parte requirente, que, teniendo autorización administrativa para pescar jibia, mediante arrastre, desde el año 2015, ahora la norma jurídica objetada se lo prohíbe;

50°. Que, la imposición del modelo de pesca establecido por el precepto legal cuestionado, como único para extraer la jibia, fractura el principio por el cual es la autoridad de pesca, la que fija las dimensiones y características de las artes y aparejos de pesca (art.4, Ley N°18.892), como lo manifiesta el Subsecretario de Pesca, al concurrir a la Comisión de Pesca de la Cámara de Diputados, lo cual constituye un indicio de voluntarismo, por parte del legislador de consagrar la regla limitativa, a costa de no respetar las atribuciones de la Subsecretaría de Pesca y el Comité Científico Técnico, sobre la materia, establecidos en la ley citada;



51°. Que, es un hecho público y notorio la controversia pública entre el sector de pescadores artesanales y el sector pesquero industrial respecto de la norma jurídica cuya tramitación suscitó posiciones disímiles, que no corresponde a esta Magistratura referirse a ellos, no obstante constituir un elemento para discernir acerca de la razonabilidad del precepto legal cuestionado por el requerimiento. En este sentido, se advierte que la Subsecretaría de Pesca y su Comité Científico Técnico, en el marco de sus competencias, no encontraron justificación para prohibir la pesca de la jibia por arrastre. Criterio que manifestaron en la sede legislativa las veces que fueron requeridos por esa instancia para manifestar su opinión técnica;

52°.Que, la democracia constitucional encuentra su asidero en el principio de separación de los poderes del Estado y estos órganos respeten las garantías constitucionales; es más como expresa la doctrina constitucional, la actividad legislativa se encuentra limitada dichas garantías y por la justificación racional de la norma jurídica que emana del mismo;

53°. Que, lo decidido por el legislador constituye una política pública, plasmada en una ley, que carece de una justificación razonable para conferir un trato preferente a una parte de un sector productivo, respecto de la pesca de un producto específico, lo que hace que se configure, respecto de otra parte del mismo sector, un trato discriminatorio en forma injustificado, trato que afecta directamente a la requirente de autos, por lo que la disposición legal objetada, además de ser injustificada vulnera derechos constitucionales como los reseñados resulta, por lo que ella es contraria a la Constitución, en el caso considerado, por vulnerar el mandato establecido en su artículo 19 N°22, y por consiguiente, la acción de inaplicabilidad deducida debe acogerse.

54°. Que, por todo lo razonado precedentemente, estos disidentes nos pronunciamos por acoger el requerimiento de inaplicabilidad deducido en estos autos constitucionales.

PREVENCIONES

El Ministro Sr. IVÁN ARÓSTICA MALDONADO votó por rechazar el requerimiento, basado en los siguientes argumentos:

1º) Que, contrariamente a lo planteado por el requirente, la cuestión de autos no se vincula con el derecho a desarrollar una actividad económica lícita, asegurado en el N° 21 del artículo 19 constitucional, ni con el derecho de propiedad garantido en el N° 24 del mismo artículo 19, sino que dice relación directa e inmediata con el artículo 19 N° 23, de la Carta Fundamental, tal como este Tribunal explicara en su STC Rol N° 2386.



Esto es así porque la aplicación que se ha dado en la especie a la Ley de Pesca, no implica afectar el derecho del requirente para continuar ejerciendo su quehacer comercial, desde que la nueva normativa contra la que se alza no tiene por objeto regular ad intra dicha actividad, sino que modular los efectos externos que ella produce;

2º) Que si bien la autorización de que se trata se rige por la ley al momento de su emisión, asimismo debe gobernarse por la ley sobreviniente, de manera que el titular se encuentra en la obligación de adaptar su actividad a las nuevas leyes. En este caso, se hace excepción al artículo 22 de la Ley Sobre el Efecto Retroactivo de las Leyes, aplicable también a los actos unilaterales.

El artículo 15, inciso tercero de la Ley de Pesca se refiere al momento de la captura, esto está ratificado en el Reglamento para Realizar Actividades Pesqueras, anterior a la emisión de la Ley de Pesca, el cual señala que “las personas autorizadas para realizar actividades pesqueras tendrán las siguientes obligaciones [...] a) cumplir con las disposiciones legales y reglamentarias sobre Pesca [...] y las que se establezcan relacionadas con la materia” (artículo 19, del DS 175 de 20.5.1980, del Ministerio de Economía fomento y reconstrucción).

Así debe entenderse, desde que el Código Civil concibe la pesca como una especie de ocupación (artículos 606, 607, 608, 611 y 622), que permite apropiarse de aquellos animales bravíos o salvajes que, como los peces y demás recursos hidrobiológicos, viven naturalmente libres e independientes del hombre, con arreglo a “la legislación especial que rija al efecto” (STC 2386, considerando 16º);

3º) Que, el deber de adaptarse no implica la imposibilidad de impugnar la nueva ley. Siendo esto así, este preveniente entiende que la ley tiene motivos justificados que la exime de arbitrariedad, pues no hizo más que consolidar los derechos adquiridos como beneficio de los pescadores artesanales.

En síntesis, para analizar casos como esta inaplicabilidad hay que analizar: 1. Si la ley tiene competencia para regular la materia, 2. Si esa ley afecta actos o contratos en curso y, 3. Si la nueva ley es razonable y se ajusta a la Constitución. En este caso la Ley de Pesca responde positivamente a estas tres interrogantes.

El Ministro señor JUAN JOSÉ ROMERO GUZMÁN rechaza el requerimiento de autos teniendo especialmente en consideración lo siguiente:

1º. Se impugna ante este Tribunal un precepto legal curioso (de características algo inéditas) y que, dado el entorno político-institucional en que se ha visto envuelto el sector industrial pesquero, bien podría generar suspicacias respecto de su razonabilidad y, en definitiva, de su constitucionalidad.



2°. De la sola lectura de los cinco incisos del artículo 5º de la Ley General de Pesca y Acuicultura es posible advertir que aquel introducido en virtud de una moción parlamentaria es de una especificidad poco armónica con las restantes.

3°. El requerimiento desarrolla un planteamiento serio, el cual, sin embargo, no permite constatar de manera concluyente que se está en presencia de una infracción a derechos constitucionales.

4°. En términos generales, el escollo fundamental para arribar a una verificación positiva de los vicios alegados estriba en la consideración conjunta de los siguientes factores: (i) la jibia es una pesquería sobre la cual existe un aún limitado conocimiento científico; (ii) el cambio regulatorio no es, jurídicamente, de una gran magnitud; (iii) el sistema regulatorio pesquero está estructurado de manera multifacética y dinámica; y (iv) la actividad económica iniciada y desarrollada por la requirente se efectuó, además, en un escenario de alto riesgo regulatorio o, dicho de otra manera, en uno con un bajo grado de imprevisibilidad sobre la eventualidad de cambios regulatorios concretos que pudieran tener consecuencias económicas adversas.

5°. El hecho de que la jibia sea una pesquería sobre la cual todavía existe un limitado conocimiento científico, en especial comparado con otras, la hace más susceptible a tratamientos regulatorios diferenciados y, al mismo tiempo, a una mayor dificultad para demostrar la carencia de razonabilidad de las medidas impuestas.

6°. El cambio regulatorio que da origen al reproche constitucional consiste, básicamente, en una alteración del procedimiento en virtud del cual se ha adoptado una medida referida al tipo de aparejo permitido para la extracción de una especie pesquera, la cual ya se encontraba contemplada en la regulación previa sobre la materia. Lo inédito es que se haya decidido sustituir el procedimiento técnico-administrativo dirigido a evaluar la pertinencia de dicho tipo de medida por una valoración llevada a cabo en un procedimiento propio de toda tramitación legislativa. En estricto rigor, no se está en presencia de un cambio regulatorio de gran magnitud. Que se haya hecho por vía legislativa y respecto de un ámbito o situación singular y no general, es -ciertamente- muy poco común. Sin embargo, y más allá de que puedan existir dudas respecto de si se está o no ante una modificación óptima desde el punto de vista de una buena política pública, la tramitación legislativa da cuenta de una deliberación de cierta profundidad y con una amplia participación. Los antecedentes que hemos tenido a la vista no son suficientes para afirmar que se está en presencia de una norma arbitraria o carente de razonabilidad.

7°. Una de las particularidades del marco regulatorio de la pesca radica en la variada gama de mecanismos e instrumentos regulatorios, en la aplicación concatenada de unos con otros y en la consagración interna de la posibilidad de variaciones en el estatus aplicable a la actividad según diversas circunstancias. El contar con una autorización de pesca es apenas el comienzo de una red de regulaciones esencialmente dinámicas. Estas características no facilitan la



constatación de una regulación legal expropiatoria o manifiestamente desproporcionada incompatible con el derecho de propiedad y con el derecho a desarrollar una actividad económica.

8°. Lo precedentemente expuesto también incide en el análisis del impacto económico para la parte requirente de la modificación legal objetada. La valoración que pueda hacerse sobre la existencia de legítimas expectativas y el grado de magnitud de los efectos económicos negativos de la medida regulatoria (los que no tiene sentido desconocer) no puede estar ajena al riesgo asumido al momento de desarrollar el negocio (de extracción y procesamiento). Una cierta inestabilidad regulatoria es una característica intrínseca al marco normativo en que se sustenta el sector (cuya racionalidad global no ha sido puesta en duda). La variabilidad del entorno acuático y el carácter integrado y diverso de la respuesta regulatoria a la misma que el marco legislativo prevé tiene, potencialmente, una alta repercusión económica en los actores del sector. Por ejemplo, el sólo régimen de entrada dependiente de los diversos y dinámicos regímenes de explotación existentes puede generar barreras de entrada favorables a la obtención de rentas económicas y, eventualmente, a un desvanecimiento relativo de las mismas, con independencia del mérito que pueda haber en el desempeño empresarial de los participantes.

9°. Como último comentario relacionado con las expectativas y el grado de previsibilidad de los cambios normativos, cabe tener presente el tiempo de duración en la tramitación del proyecto de ley y el período de vacancia legal establecido. La extensión de tiempo que se conceda para que los regulados puedan adaptarse a un cambio en la regulación que los rige podría disminuir los efectos económicos negativos que éstos conllevan. No obstante, no existen antecedentes que permitan evaluar, para uno u otro lado, el aspecto recién indicado.

10°. En definitiva, en esta discusión constitucional sobre “excesos”, llámese privación, arbitrariedad, manifiesta desproporción o afectación de la esencia (umbrales más allá de los cuales una regulación constitucionalmente tolerable se transformaría en una que no lo es), no es posible constatar la existencia de una infracción a los derechos constitucionales alegados.

El Ministro señor RODRIGO PICA FLORES previene que concurre a la presente sentencia teniendo además presente las siguientes consideraciones:

1°. Es necesario recordar que siendo la pesca una actividad económica amparada por el ejercicio de la libertad del numeral 21° del artículo 19 de la Constitución Política, para que el ejercicio de actividades económicas pueda ser calificado como legítimo debe ser respetuoso de las normas legales que regulen tal actividad. Además de ello, no puede omitirse que el numeral 8° del mismo artículo 19 alude al medio ambiente como objeto de protección constitucional, no solamente respecto del fenómeno de la contaminación, sino también al establecer como “*deber del*



Estado" el de "tutelar la preservación de la naturaleza", agregando una reserva específica y habilitante, en orden a que "La ley podrá establecer restricciones específicas al ejercicio de determinados derechos o libertades para proteger el medio ambiente", que se ve complementada en la propia constitución, en el numeral 24° del mismo artículo, al limitar el derecho de propiedad con la función social que se le asigna, la cual incluye "la conservación del patrimonio ambiental", lo cual exige respetar los delicados equilibrios de los ecosistemas del mar bajo su jurisdicción, cuestión que en materia de pesca conlleva necesariamente una extracción sustentable de recursos .

2°. A su vez, dicha extracción racional, controlada y sustentable de los recursos pesqueros es, además, un deber del Estado Chileno en función del derecho internacional público, con diversas fuentes convencionales y no convencionales de obligaciones generales y específicas en orden al resguardo de la sustentabilidad, la recuperación de las pesquerías, los métodos de pesca, la protección de especies y otras materias. A este respecto, es necesario mencionar, entre otras, las siguientes fuentes: Convención de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (suscrita por Chile el 10 de Diciembre de 1982, ratificada el 28 de Agosto de 1997 y publicada el 18 de noviembre de 1997), Código Internacional de Conducta para la Pesca Responsable (norma voluntaria) (Aprobada en 1995 por la FAO), Acuerdo para Promover el Cumplimiento de las Medidas Internacionales de Conservación y Ordenación por los Buques Pesqueros que pescan en Alta Mar (Aprobado mediante Resolución 15/93, de la FAO, el cual entró en vigor el 24 de abril de 2003, fecha en que el Director General recibió el 25° instrumento de aceptación), Acuerdo sobre la Aplicación de las Disposiciones de la Convención de las Naciones Unidas sobre Derecho del Mar (10 de Diciembre de 1982, relativas a la Conservación y Ordenación de las Poblaciones de Peces Transzonales y Altamente Migratorias o Acuerdo de Nueva York; ratificado mediante Decreto N° 31, promulgado el 08 de marzo del 2016 y publicado el 21 de septiembre del 2016), Comisión de Pesca Continental para América Latina (COPESCAL, creada en Roma en 1976 por la resolución 4/70 de la Septuagésima Sesión del Consejo de la FAO), Convención sobre la Diversidad Biológica (CBD, suscrita en la Conferencia de Río de Janeiro de 1992 y ratificada por Chile en 1994. Chile ratificó el Convenio sobre la Diversidad Biológica el 9 de septiembre de 1994, mediante Decreto Supremo N° 1.963 del Ministerio de Relaciones Exteriores, el que fue publicado en el Diario Oficial con fecha 6 de mayo de 1995.), Convención de Wellington sobre Prohibición de Pesca con Redes de Enmalle y Deriva de Gran Escala en el Pacífico Sur (Suscrita en Wellington el 20 de octubre de 1990 y ratificada por Chile el 1° de noviembre de 1991), El Protocolo II de la Convención sobre Prohibición de la Pesca con Redes de deriva y de gran escala en el Pacífico Sur (promulgado el 09 de diciembre de 1993 y publicado el 03 de marzo del año 1994), Convenio para la Protección del Medio Marino y la Zona Costera del Pacífico Sudeste, de 1981 (ratificado mediante Decreto N° 296, promulgado el 07 de abril de 1986 y publicado el 14 de junio de 1986).



3°. A su vez, debe tenerse como elemento de juicio el denominado principio preventivo en materia ambiental, el cuál puede sustentarse en los numerales 8° y 24° del artículo 19 de la Constitución Política, en la medida que en ellos se reconoce el medio ambiente como un objeto de conservación constitucional relevante y en el primero de ellos se habilita expresamente a establecer limitaciones específicas a otros derechos en función de la preservación del medio ambiente, para lo cual es ineludible tener presente la afectación de otras especies por la pesca de arrastre y la imposibilidad de diferenciar en la misma el calibre de los especímenes a extraer.

4°. A propósito del dicho preventivo, con base en la Declaración de Río, se dispone la prevención como un principio en materia ambiental, este principio lo anuncia como proceso de efectuar una evaluación de impacto ambiental, como instrumento nacional respecto a toda actividad que posiblemente produzca un impacto desfavorable, dañino e irreparable en el medio ambiente y la cual esté sujeta a la decisión de una autoridad nacional competente (Declaración de Río, Principio 17, en este sentido ver a Silva Hernández, Francisca, 2019, Principio de prevención y precautorio en materia ambiental. Revista Jurídica Derecho, 8(11), 92-106. Recuperado en 06 de octubre de 2020, de http://www.scielo.org.bo/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S241328102019000200006&lng=es&tlng=es).

5°. A su vez, en materia de medio ambiente no puede ser omitida en el análisis de esta materia la magnitud y posible irreversibilidad del daño al medio ambiente ocasionables por la explotación indiscriminada y desregulada de recursos marinos mediante la pesca de arrastre, para lo cual la diferenciación del método de extracción es relevante, lo cual lleva a que la regulación deba tender a evitar en primer término el daño y solamente en segundo a reparar, pues la idea es que el medio ambiente, en tanto fuente de recursos, sea protegido, lo que significa normar en orden a impedir el daño y la alteración de sus equilibrios, lo que lleva a que dentro de la funcionalidad del principio aludido esté que << permite anticiparse en las causas a la producción del daño ambiental.>> (en este sentido ver a OLIVARES GALLARDO, ALBERTO. (2016). LOS PRINCIPIOS AMBIENTALES EN LA ACTIVIDAD DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: (A PROPÓSITO DE LA SENTENCIA ROL N° 2684-2014). Estudios constitucionales, 14(2), 435-460. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002016000200014>). Tampoco puede preterirse que este principio se encuentra presente como una de las finalidades de la institucionalidad ambiental chilena, al ser aludido específicamente en el Mensaje de la Ley N° 19.300, sobre bases generales del medio ambiente.

6°. De igual forma, en concreción de los principios ya enunciados, el sistema chileno descansa en diversos instrumentos regulatorios esenciales para el control efectivo de la extracción, entre los cuales está la asignación de cuota por la autoridad (por medio de Decreto Supremo fundado, de acuerdo al artículo 3° letra c) de la Ley N° 18.892, General de Pesca y Acuicultura), la regulación de zonas y métodos de



extracción y la declaración de lo extraído en el desembarque (Decreto Supremo N°129/2013, del Ministerio de Economía, que Establece reglamento para la entrega de información), lo cual cumple varias funciones, todas referidas a un control de la extracción. En este sentido, por obvio que parezca, la extracción pesquera con fines económicos está precedida de autorizaciones o permisos, que además implican recursos específicos y cuotas, cuestiones que son previas al hecho de pescar, a lo cual se agregan normas del desarrollo de la extracción, entre las cuales se encuentra la regulación del método de pesca, cuya determinación no es baladí.

7°. Solamente a título ejemplar, tan claro es que el método de extracción incide en lo que hoy entendemos como sostenibilidad de la extracción, que desde la promulgación de la Ley de Pesca de 1907 y durante décadas, mucho antes de la dictación de la carta de 1980, el Estado Chileno ha actuado para prohibir la pesca con explosivos, y en particular utilizando dinamita (CAMUS GAYAN, Pablo y ARIAS, Mauricio. Pescadores artesanales y prácticas pesqueras a inicios del siglo XX. Entre el control estatal y la libertad de pesca. Estudios atacameños, 2020, N° 64, citado 2020-10-06, pp.109-125. Disponible en: https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-10432020000100109&lng=es&nrm=iso. ISSN 0718-1043. <http://dx.doi.org/10.22199/issn.0718-1043-2020-0006>.), el método más destructivo y predatorio del medio ambiente que pueda concebirse, debiendo considerarse que hasta el día de hoy es necesario controlar y fiscalizar al amparo de la normativa vigente para perseguir dicha práctica. A su vez, el DFL N° 34, del Ministerio de Fomento, de 1931, que legisla sobre la Industria Pesquera y sus Derivados reiterará dicha prohibición y agregará la proscripción del uso de métodos químicos arrojados al agua.

8°. Al día de hoy, es posible verificar que el legislador ha sentado especial énfasis en el ámbito de la sustentabilidad de los recursos hidrobiológicos, regulando para ello el acceso a la actividad pesquera industrial y artesanal, en el marco de objetivos constitucionalmente legítimos, así como también fomentando la investigación y verificando fiscalización. En virtud de aquello, la Ley N° 18.892 sobre pesca y acuicultura incorpora en su texto diversas regulaciones y prohibiciones, por lo que es plenamente coherente establecer normas sobre métodos de pesca, incluso para especies determinadas, debiendo recordarse que en su artículo 107 se contiene la prohibición de capturar, extraer, poseer, propagar, transportar y comercializar, tener, almacenar y transportar recursos hidrobiológicos con infracción de las normas que establece la Ley.

9°. Que, el artículo 108 de la Ley 18.892, establece sanciones al infractor que incurra en las acciones señaladas en el considerando precedente, medidas que podrán ir desde "(a) multas; (b) suspensión o caducidad del título del capitán o patrón; (c) clausura de los establecimientos comerciales o industriales; (d) Comiso de las artes y aparejos de pesca



con que se hubiere cometido la infracción y de los medios de transporte; (e) Comiso de las especies hidrobiológicas o de los productos derivados de éstas”, según corresponda.

10°. Que, conforme a lo dispuesto en el artículo 116 de la Ley N° 18.892, “A las infracciones de las normas de la presente ley y sus reglamentos, o de las medidas de administración pesquera adoptadas por la autoridad, que no tuvieran prevista una sanción especial se les aplicará una multa equivalente a una o dos veces el resultado de la multiplicación del valor de sanción de la especie afectada, vigente a la fecha de la denuncia, por cada tonelada o fracción de tonelada, de peso físico de los recursos hidrobiológicos objeto de la infracción, y el comiso de las especies hidrobiológicas (...) A las infracciones que no pudieren sancionarse conforme a lo dispuesto precedentemente se les aplicará una multa de 3 a 300 Unidades Tributarias mensuales (...)”.

11°. Conforme lo ha señalado con anterioridad esta Magistratura “(...) tanto la finalidad de la Ley General de Pesca como las restricciones que impone a los particulares están determinadas por razones constitucionalmente legítimas y plenamente admisibles.

En efecto su objetivo en el inciso cuarto del artículo 1° de la Constitución; a la obligación que pesa sobre el Estado de tutelar la preservación de la naturaleza, comprendida dentro del precepto que asegura a todas las personas el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación (art. 19 N° 8); a la libertad para adquirir el dominio de toda clase de bienes que son susceptibles de apropiación (art. 19 N° 23, inciso primero) y a la exigencia de que una ley de quórum calificado, y cuando lo exija el interés nacional, puede imponer condiciones o requisitos para la adquisición del dominio de algunos bienes (inciso segundo) como ocurre justamente con los recursos hidrobiológicos a que se refiere la Ley de Pesca, en razón de que su explotación excesiva puede poner en peligro su preservación; a lo dispuesto por el art. 19 N° 21 de la Constitución, disposición que asegura a todas las personas el derecho a desarrollar cualquier actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional “respetando las normas legales que la regulen”, lo cual ha llevado a la Ley de Pesca a imponer ciertos límites a la actividad de transformación y comercialización de los recursos hidrobiológicos y, en especial, a los que se encuentran en veda con el objeto de lograr su conservación e impedir su sobre explotación” (STC ROL 4074-2017, Considerando tercero). En efecto, causas de estas materias no deben ser vistas exclusivamente en la perspectiva de libertad de empresa, sino que también en perspectiva ambiental, en clave de sustentabilidad, explotación racional y cumplimiento de obligaciones de derecho internacional del mar, al amparo de la protección constitucional del medio ambiente, por la vía de regular la extracción sustentable de recursos. De tal forma, la normativa cuestionada no puede ser considerada arbitraria ni menos carente de razonabilidad legislativa ni menos carente de sustento en la Carta Fundamental, sobre todo teniendo presente que la funcionalidad que tiene la extracción de la jibia en relación a las otras especies de las cuales se alimenta en el mar chileno y en relación a los otros elementos del ordenamiento pesquero se encuentra suficiente ilustrada en la historia fidedigna de la normativa cuestionada.



Redactó la sentencia la Ministra señora MARÍA PÍA SILVA GALLINATO. La disidencia fue redactada por los Ministros señores CRISTIÁN LETELIER AGUILAR y MIGUEL ÁNGEL FERNÁNDEZ GONZÁLEZ. Las prevenciones, por sus respectivos autores.

Comuníquese, notifíquese, regístrese y archívese.

Rol N° 8614-20-INA

Pronunciada por el Excmo. Tribunal Constitucional, integrado por su Presidenta, Ministra señora MARÍA LUISA BRAHM BARRIL, y por sus Ministros señores IVÁN ARÓSTICA MALDONADO, GONZALO GARCÍA PINO, JUAN JOSÉ ROMERO GUZMÁN, CRISTIÁN LETELIER AGUILAR, NELSON POZO SILVA, JOSÉ IGNACIO VÁSQUEZ MÁRQUEZ, señora MARÍA PÍA SILVA GALLINATO, y señores MIGUEL ÁNGEL FERNÁNDEZ GONZÁLEZ y RODRIGO PICA FLORES.

Firma la señora Presidenta del Tribunal, y se certifica que los demás señora y señores Ministros concurren al acuerdo y fallo, pero no firman por no encontrarse en dependencias físicas de esta Magistratura, en cumplimiento de las medidas dispuestas ante la emergencia sanitaria existente en el país.

Autoriza la Secretaria del Tribunal Constitucional, señora María Angélica Barriga Meza.