

CONSTITUCIÓN & OCÉANOS

Obstáculos de la Constitución política de la República
para el avance de la protección de los océanos.
Análisis jurisprudencial y legislativo



CONSTITUCIÓN & OCÉANOS

Obstáculos de la Constitución Política de la República
para el avance de la protección de los océanos.
Análisis jurisprudencial y legislativo

CONSTITUCIÓN & OCÉANOS

Por medio del presente informe, Oceana atiende aquellos temas con directa afectación en el cuidado del medio ambiente, en particular, de los océanos, y que creemos deben ser considerados en la discusión preliminar a la redacción de una nueva carta magna para Chile.

Nuestra organización busca impulsar políticas públicas dirigidas a la protección del medio marino a través de la ciencia y el trabajo con las comunidades locales. Hemos impulsado con mucha fuerza la recuperación de pesquerías, la disminución de la contaminación marina y la conservación de hábitats relevantes para las presentes y futuras generaciones. Sin embargo, durante años nos hemos encontrado con grandes obstáculos que han afectado y comprometido el interés público de la ciudadanía.

Un ejemplo es el acceso a información. Desde 2014 hemos solicitado las cifras sobre uso de antibióticos en la salmoneicultura a través de la Ley de Transparencia, datos que una gran mayoría de empresas se ha negado a proporcionar aduciendo que afecta sus derechos comerciales y que es inconstitucional. Lamentablemente para nosotros, y para la población interesada en conocer información que puede afectar la salud y el medio ambiente, el Tribunal Constitucional le ha dado la razón a las salmoneras en todas las ocasiones en que éstas han acudido a dicha instancia, privilegiando los intereses particulares de las empresas por sobre el bien común.

Otro caso. A lo largo de la costa chilena han proliferado las ya conocidas “zonas de sacrificio”, donde industrias altamente contaminantes se han instalado prometiendo con ello la llegada del desarrollo y mayores recursos, cuando lo cierto es que han deteriorado la calidad de vida de las comunidades, generando impactos irreversibles en la biodiversidad. La Constitución que data de 1980 garantiza el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, entonces nos preguntamos ¿por qué no se ha respetado esta garantía constitucional? ¿existen acaso otros derechos que son más importantes?

Y finalmente, se abre una oportunidad única en la historia reciente, invitándonos a reflexionar si es o no es posible establecer que nuestro medio ambiente debe ser protegido, no sólo para quienes habitamos en él actualmente, sino que también para las futuras generaciones. La conservación de la biodiversidad del océano y el uso sustentable de sus ecosistemas es una tarea de primera necesidad, para así asegurar que quienes habitarán acá el día de mañana tengan lo mismo que tuvimos nosotros.

En el presente informe se analizan en profundidad estos tres temas buscando obtener un panorama sobre el rol de la Constitución en ellos y así cuestionar y proponer cómo podrían mejorar los derechos ambientales de chilenos y chilenas.



CONTENIDO

Capítulo I

EL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA	9
RESUMEN EJECUTIVO	10
MARCO JURÍDICO	11
ANÁLISIS LEGISLATIVO	12
ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL	14
CONCLUSIONES	17
<hr/>	
I. INTRODUCCIÓN	19
II. METODOLOGÍA	20
III. LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA EN CHILE	20
IV. DERECHO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA	22
1. Marco regulatorio de la publicidad y el acceso a la información pública en Chile	22
1.1. <i>Regulación de la publicidad y acceso a la información en la constitución de 1980</i>	22
1.2. <i>Dictación de la ley 20.285 Sobre acceso a la información pública</i>	23
1.3. <i>Acceso a la información pública en materia ambiental</i>	28
2. Análisis legislativo	30
2.1. <i>Iniciativas de reforma constitucional</i>	33
2.2. <i>Iniciativas de reforma legal</i>	38
3. Análisis jurisprudencial	43
3.1. <i>Tribunal constitucional</i>	43
3.2. <i>Corte suprema</i>	53
4. Análisis y conclusiones	59
V. BIBLIOGRAFÍA	61



Capítulo II

RECURSOS MARINOS Y REGULACIÓN CONSTITUCIONAL DE LA PROPIEDAD

65

RESUMEN EJECUTIVO	66
DERECHO DE PROPIEDAD CONSTITUCIONAL	67
DISCUSIONES LEGISLATIVAS EN MATERIA DE PROPIEDAD Y REGULACIÓN DE LA PESCA Y LA ACUICULTURA	68
ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL	69
CONCLUSIONES	71
<hr/>	
I. INTRODUCCIÓN	73
II. METODOLOGÍA	74
III. LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA EN CHILE	75
IV. REGULACIÓN DE LA PESCA Y LA ACUICULTURA Y EL DERECHO CONSTITUCIONAL DE LA PROPIEDAD	76
1. El derecho de propiedad en la constitución de 1980	77
1.1. <i>La regulación constitucional de la propiedad</i>	77
1.2. <i>Límites a la propiedad: función social y núcleo esencial propiedad</i>	79
1.3. <i>La teoría de la expropiación regulatoria</i>	82
2. Autorizaciones y concesiones para desarrollar las actividades de pesca y acuicultura	84
2.1. <i>Recursos hidrobiológicos: soberanía versus dominio</i>	84
2.2. <i>Actividad pesquera</i>	86
2.3. <i>Actividad de acuicultura</i>	88
V. ANÁLISIS LEGISLATIVO: PROPIEDAD Y REGULACIÓN DE LA PESCA Y ACUICULTURA	90
1. Las cuotas y su naturaleza en la historia legislativa Ley N°20.657 de Pesca y Acuicultura	92
2. La subasta como nuevo mecanismo de asignación	100
3. Prohibición de la pesca de arrastre para extraer la jibia	102
4. Régimen de las Concesiones Acuícolas	103
5. Conclusiones preliminares	107
VI. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL	108
1. Derecho de propiedad histórico sobre las autorizaciones de pesca	108
2. Prohibición de pescar la jibia mediante pesca de arrastre	112
VII. ANÁLISIS Y CONCLUSIONES	117
VIII. BIBLIOGRAFÍA	119



Capítulo III

EL DERECHO A VIVIR EN UN MEDIO AMBIENTE LIBRE DE CONTAMINACIÓN 122

RESUMEN EJECUTIVO	124
LA CONSAGRACIÓN DEL DERECHO A VIVIR EN UN MEDIO AMBIENTE LIBRE DE CONTAMINACIÓN	125
LA FALTA DE PROTECCIÓN DEL DERECHO A VIVIR EN UN MEDIO AMBIENTE SANO EN SU DIMENSIÓN COLECTIVA: LA TUTELA MEDIANTE EL RECURSO DE PROTECCIÓN AMBIENTAL	126
EL OBJETO PROTEGIDO POR EL ARTÍCULO 19 DE LA CONSTITUCIÓN NO CONTEMPLA AL MEDIO AMBIENTE EN SÍ MISMO	127
CONCLUSIONES	128
<hr/>	
I. INTRODUCCIÓN	131
II. LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA EN CHILE	132
III. PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL DEL MEDIO AMBIENTE	133
1. El medio ambiente en la Constitución y la elección de proteger el medio ambiente libre de contaminación	133
1.1. <i>El concepto de medio ambiente</i>	134
1.2. <i>El concepto de medio ambiente libre de contaminación</i>	136
2. La falta de protección del derecho a vivir en un medio ambiente sano en su dimensión colectiva: la tutela mediante el recurso de protección ambiental	140
2.1. <i>La regulación del recurso de protección ambiental</i>	140
2.2. <i>Dimensión subjetiva y colectiva del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación</i>	141
2.3. <i>Legitimación activa del recurso de protección frente al derecho colectivo y subjetivo</i>	143
3. El objeto protegido por el artículo 19 de la Constitución no contempla al medio ambiente en sí mismo	148
3.1. <i>La Constitución Política de la República protege al ser humano</i>	148
3.2. <i>Conflictos con el reconocimiento de los derechos de la naturaleza</i>	149
3.3. <i>Antropocentrismo moderado</i>	151
IV. CONCLUSIONES	152
V. BIBLIOGRAFÍA	153







CAPÍTULO I

**El Derecho de Acceso a
la Información Pública**

RESUMEN EJECUTIVO



© Oceana | Mauricio Altamirano



Con el fin de enriquecer la discusión constitucional, nos hemos propuesto identificar cómo ha operado la Constitución actual cuando se intenta avanzar en la protección del medio ambiente y los océanos. Para ello, se han escogido tres temas a desarrollar. El primero de ellos, el derecho de acceso a la información pública, se aborda en este capítulo.

El trabajo presenta un análisis con dos aproximaciones al tratamiento del derecho de acceso a la información pública. Primero, se realizará un análisis sobre el debate legislativo generado en torno a los temas en estudio. Luego, un análisis jurisprudencial basado en el control de constitucionalidad realizado por el Tribunal Constitucional y la Corte Suprema, durante los últimos 12 años.

MARCO JURÍDICO

La Constitución Política de la República de 1980 no contemplaba un deber expreso de publicidad o transparencia para la Administración. La reforma del año 2005 integró un nuevo artículo 8, que consagró, por un lado, la publicidad de los actos, las resoluciones, los fundamentos y procedimientos que utilicen de todos los órganos de Administración del Estado y por el otro, la posibilidad de establecer secreto o reserva de estos mismos, indicando causales específicas: a) afectación del cumplimiento de las funciones de los órganos del Estado; b) derechos de las personas; c) seguridad de la Nación y d) interés nacional.

En el año 2008 se dictó la Ley N° 20.285 de Acceso a la Información Pública, que cimentó las bases del derecho a acceder a la información pública. En específico, su artículo 21 reguló las causales de reserva o secreto, sosteniendo que solo será posible denegar total o parcialmente el acceso a la información: “[...] 2. Cuando su publicidad, comunicación o conocimiento afecte los derechos de las personas, particularmente tratándose de su seguridad, su salud, la esfera de su vida privada o derechos de carácter comercial o económico.”

Por último, la Ley 20.417 de 2010, introdujo el artículo 31 bis a la Ley N° 19.300, sobre bases generales del medioambiente. Éste consagró el derecho a acceder a la información de carácter ambiental que se encuentre en poder de la Administración. Sin embargo, dado que la información ambiental, en muchos casos, es elaborada por los particulares, se ha aplicado la causal de reserva del N°2 del artículo 21 de la Ley 20.285, cuando existe oposición de los privados a hacer pública la información. Esta situación ha sido criticada pues el criterio de reserva pugna con la protección del interés público ambiental.



ANÁLISIS LEGISLATIVO

Se realizó un catastro de los proyectos de ley ingresados al Congreso durante los últimos 10 años. La búsqueda se realizó en la página oficial del Senado¹, utilizando como criterios de búsqueda las palabras “pesca”, “acuicultura”, “océano”, “información pública”, “transparencia”, y “publicidad”. Además, se revisaron las modificaciones a la Ley General de Pesca y Acuicultura, desde la ley N° 20.657 de 2013, y a la Ley sobre Acceso a la Información Pública y se sumó al análisis la modificación realizada en el año 2005 a la Constitución, pues es el marco conceptual de la discusión posterior. Luego de un filtro de selección, la búsqueda arrojó el siguiente resultado:

A) INICIATIVAS CONSTITUCIONALES

En primer lugar, en el año 2005 se modificó el artículo 8 de la Constitución. De la historia de esta modificación se advierte que existió un esfuerzo por ampliar el alcance del artículo, incluyendo tanto a “los documentos que obren en su poder”, como la publicidad de “los informes y antecedentes que las empresas privadas que presten servicios de utilidad pública proporcionen a las entidades estatales encargadas de su fiscalización y que sean de interés público”. Sin embargo, el artículo final se restringió solo a la publicidad de la información relativa a actos y resoluciones de los órganos del Estado, y los fundamentos y procedimientos que utilicen.

Sobre los proyectos de ley en tramitación para modificar la Constitución, cabe mencionar, en primer lugar, el boletín n°8805-07, que busca, por un lado, la consagración expresa del principio de transparencia y el derecho de acceso a la información pública en la Constitución; y, por otro, la incorporación al numeral 12 del artículo 19° “el derecho a buscar, requerir y recibir información pública, en la forma y condiciones que establezca la ley.” La tramitación del proyecto derivó en la formación de una Comisión Mixta, en la que se hizo presente la necesidad de esta consagración por las tendencias del Tribunal Constitucional que no reconocerían el derecho a acceder a la información pública en la Constitución. Sin embargo, después de la discusión, se decidió eliminar la mención al derecho al acceso a la información pública, por considerarlo redundante.

En segundo lugar, el proyecto de ley boletín n° 13.206-07, busca imponer al Estado el deber de promover y facilitar la participación ciudadana y el acceso a la información de todas las personas, en materias referidas al medio ambiente, incorporando dichos deberes al artículo 19 n° 8 de la Constitución. La propuesta se encuentra en la etapa inicial de tramitación, por lo que no consta discusión alguna.

¹ Se excluyó el análisis de las discusiones la Cámara de Diputados debido a que la información no se encuentra disponible en su página web oficial.



B) INICIATIVAS LEGALES

En cuanto a las iniciativas de reforma legal, en materia de pesca y acuicultura, han habido tres leyes con especial incidencia en temas entrega y/o acceso a la información: (i) ley N° 20.434 de 2010, que modifica la Ley General de Pesca y Acuicultura, en materia de acuicultura (ii) ley N° 20.657 de 2013, que modifica en el ámbito de la sustentabilidad de recursos hidrobiológicos, acceso a la actividad pesquera industrial y artesanal y regulaciones para la investigación y fiscalización, la ley General de Pesca y Acuicultura; y (iii) ley n° 20.560 de 2012, que modifica la regulación de la Pesca de Investigación, regulariza Pesquerías Artesanales, incorpora Planes de Manejo Bentónicos y regula Cuota Global de Captura.

Por otro lado, la ley N° 20.417 de 2010, que modificó la Ley 19.300 de Bases del Medio Ambiente y creó la Superintendencia del Medio Ambiente, incorporó el párrafo 3° bis, sobre Acceso a la Información Ambiental, y en tal párrafo, el artículo 31 bis que consagra el “derecho a acceder a la información de carácter ambiental que se encuentre en poder de la Administración”. A su vez, se establecen obligaciones específicas en materia de publicidad y transparencia a los órganos pertenecientes a la institucionalidad ambiental.

De la revisión de la discusión legislativa de las referidas leyes, se advierte que ninguna de ellas suscitó conflicto constitucional alguno en relación a las normas relacionadas a la publicidad, acceso y entrega a la información.

En cuanto a los proyectos de ley relacionados con transparencia y publicidad, cabe mencionar especialmente el ingreso por parte del ejecutivo de un proyecto de ley que modifica la Ley N° 20.285, tramitándose en boletín n° 12.100-07. Contempla la modificación del artículo 5, para que éste sea aplicable a los “órganos del Estado” (lo cual incluye a los órganos autónomos constitucionales, y no solo a los órganos de Administración del Estado, como es actualmente). Por otro lado, se aprobó también por la Cámara la inclusión de la siguiente frase en el inciso segundo del referido artículo (énfasis corresponde al texto incorporado): “Asimismo, es pública la información elaborada con presupuesto público y toda otra información que obre en poder de los órganos del Estado **cuando ésta haya sido entregada en virtud de un mandato legal o a requerimiento de dichos órganos, en el ejercicio de sus competencias**, cualquiera sea su formato, soporte, fecha de creación, origen, clasificación o procesamiento, a menos que esté sujeta a las excepciones señaladas.” El proyecto se encuentra actualmente (03/2020) en segundo trámite constitucional, y no consta hasta el momento discusión alguna en cuanto a un potencial conflicto entre el proyecto de ley y la Constitución Política.

Finalmente, existen en la discusión legislativa otros proyectos de ley relativos a la publicidad, acceso o entrega de información, específicamente relacionados con la pesca, la acuicultura o el medioambiente². Sin embargo, a la fecha tampoco consta, en su tramitación, discusión alguna que se haya suscitado respecto de un potencial conflicto con la Constitución Política.

2 (i) Proyecto de ley que crea el Servicio de Biodiversidad y Áreas Protegidas y el Sistema Nacional de Áreas Protegidas, boletín n° 9404-12; (ii) Proyecto de ley que modifica la ley N°18.892, General de Pesca y Acuicultura, en materia de prohibición de captura de especies salmonídeas provenientes de cultivos de acuicultura, boletín n°11.571-21; (iii) Proyecto de ley que establece la obligación de las empresas que desarrollan la actividad pesquera y de acuicultura, de retirar del lugar de operaciones todos los residuos compuestos de plástico y otros polímeros, que descarten con ocasión de su actividad industrial, Boletín 13194-21; (iv) Proyecto de ley que modifica la Ley General de Pesca y Acuicultura en el ámbito de los recursos bentónicos, Boletín 12535-21; (v) Proyecto de ley que modifica la Ley General de Pesca y Acuicultura, estableciendo normas ambientales para la acuicultura, Boletín 12634-12.



ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

3.1 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Para el análisis de jurisprudencia sobre transparencia y publicidad se realizó un catastro de sentencias del Tribunal Constitucional en las páginas oficiales del organismo, en un buscador de jurisprudencia (vlex) y en prensa, utilizando los conceptos de “información pública” “Transparencia” “información ambiental” “pesca” “océano” “salmón” “jibia” y “merluza”.

El Tribunal Constitucional ha conocido de la materia a través del requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, siendo su tendencia la de declarar inaplicables los artículos 5 inciso 2, 10 inciso 2 de la Ley N° 20.285, y artículo 31 bis de la Ley 19.300 en algunos casos, teniendo como consecuencia la denegación de la información a los solicitantes en los casos estudiados.

A continuación se resume, de manera sistemática, los fundamentos de los fallos en las causas Rol 5059-19, 2907-15 y 3111-16; donde se solicitó información relativa a antibióticos y biomasa y en las causas Rol 3974-17 y 4986-2019 donde se solicitó información sobre los centros de producción de salmónidos. En todos ellos el TC termina declarando la inaplicabilidad de los artículos 5 inciso 2 y 10 inciso 2 de la Ley de Transparencia y 31 bis de la Ley N° 19.300:



A) CRITERIO INTERPRETATIVO: ALCANCE DEL ARTÍCULO 8, INCISO 2º DE LA CONSTITUCIÓN:

(i) el artículo 8º no hace público todo lo que el Estado tenga o posea, sino sólo “los actos y resoluciones de los órganos del Estado, así como sus fundamentos y procedimientos que utilicen”; (ii) El inciso segundo del artículo 8º no transforma en pública la información que obra en poder de la Administración, siendo información reservada la que no cumpla con lo establecido en el artículo; (iii) La primera ley que contempló el acceso a la información, ya derogada, establecía el acceso a la información de los informes y antecedentes de las empresas privadas si es que estos a su vez se debían proporcionar a entidades encargadas de la fiscalización, en la medida que fueran de interés público. La actual no establece lo anterior; (iv) La historia fidedigna del artículo 8º da cuenta que durante la tramitación se rechazó la indicación que se hacía públicos “los informes y antecedentes que proporcionan a entidades estatales las empresas que prestan servicios de utilidad pública”; y (v) Se tramita actualmente una reforma constitucional destinada a reconocer el principio de transparencia y el derecho de acceso a la información pública, lo cual implicaría incorporar algo que actualmente no está en el texto.

**B) ALCANCE DEL CONCEPTO INFORMACIÓN PÚBLICA:**

(i) La Ley 20.085 introduce el concepto de información, usándolo en abundancia (en especial artículos 5º inciso segundo, 10º inciso segundo), y el artículo 31 bis de la Ley N° 19.300 amplía el concepto. Ahora bien, dicha expresión no es usada por la Constitución; (ii) El inciso segundo del artículo 5º consagra una definición de información pública, y su última frase referida a las excepciones es esencial para entender qué constituye información pública, en los términos de la ya aludida Ley de Transparencia; (iii) El artículo 8º de la Constitución habla de forma taxativa de “actos”, “resoluciones” y de lo que accede a éstas: “sus fundamentos” y “los procedimientos que utilicen”. El mismo artículo 5º, inciso primero de la ley, cuando se refiere a los documentos no habla de cualquiera, sino de aquellos que sirven “de sustento o complemento directo y esencial” a tales actos y resoluciones; (iv) Los artículos objeto del requerimiento de inaplicabilidad, no son consistentes con el artículo 8º de la Constitución ya que en ninguna parte de esta última se obliga a la Administración a entregar información de una forma distinta de la prevista en el ordenamiento legal.

**c) ARTÍCULO 31 DE LA LEY 19.300:**

este artículo establece un derecho de acceso especial para la información ambiental. Alguna información que enumera este artículo se vincula con actos administrativos (artículo 31 bis, letra c) y con los fundamentos de éstos (letra e). Sin embargo, el resto de las letras, salvo la c) y e) exceden el marco del artículo 8º de la Constitución, puesto que (i) no se vincula a actos o fundamentos, (ii) exige que sea pública la información esté en poder de la Administración, independientemente de si ésta la produjo, o si es información privada aportada por empresas; y (iii) la información que se solicita es información de empresas específicas.



Por otro lado, cabe referirse a la causa Rol 2982-16, donde se solicitaron correos electrónicos intercambiados entre el Director Ejecutivo del Sernapesca y representantes de empresas del rubro de los salmones. Los razonamientos que el TC esgrimió en estos casos para declarar la inaplicabilidad de los preceptos contenidos en la Ley de Transparencia son los siguientes:

A) ACTO ADMINISTRATIVO ELECTRÓNICO.

los funcionarios públicos poseen derechos que también han sido amparados por la Constitución y no basta el solo hecho de que un documento sea electrónico.

B) INSERCIÓN DE LA PUBLICIDAD:

(i) El carácter secreto o reservado de un acto, de un documento, de un fundamento, no significa inmunidad ni ausencia de control. Sobre dichos actos existen otras formas de fiscalización; (ii) La Ley N° 20.730, que regula el Lobby, no obliga a llevar un registro público de correos electrónicos del sujeto pasivo de Lobby, lo cual refleja que dicho medio de comunicación no es tenido por el legislador como mecanismo regular de gestión de intereses particulares; (iii) Los correos electrónicos son comunicaciones privadas, lo cual se enmarca en el artículo 19, N° 5° de la Constitución Política; (iv) No cambia la naturaleza de comunicación privada el que los correos emanen de funcionarios públicos. Lo que se protege con esta garantía es la comunicación, no si el mensaje es público o privado, o si se hace por canales o aparatos financiados por el Estado; (v) Los correos electrónicos del Director de Sernapesca solicitados en el marco de la Ley de Transparencia, no se enmarcan dentro de la expresión “acto” o “resolución”.

3.2 CORTE SUPREMA

En el caso de la Corte Suprema cabe considerar que esta llega a conocer de los conflictos a través del recurso extraordinario de queja y que para el análisis de su jurisprudencia se realizó un catastro de sentencias en las páginas oficiales del organismo, en buscadores de jurisprudencia (vlex) y en prensa, utilizando los conceptos de “información pública” “transparencia” “información ambiental” “pesca” “océano” “salmón” “jibia” y “merluza”.

En primer lugar, es importante mencionar la causa rol 15.138-2017, en que la empresa interpuso un recurso de queja en contra de los ministros de Corte de Apelaciones, aludiendo principalmente a una grave falta o abuso en disponer la entrega de información que no es pública, en circunstancias que concurriría la causal de reserva del artículo 21 N°2 de la Ley N°20.585.

La Corte Suprema acoge el recurso de queja, esgrimiendo principalmente que: (i) El análisis ha de recaer en si la información cuyo conocimiento se pide, se encuentra amparada bajo la causal de reserva o secreto que impide en definitiva su divulgación; (ii) La información que se pide, en tanto exige sea disociada por empresa, importa acceder a la entrega de información que tiene el carácter de reservada o secreta, en el entendido que constituyen antecedentes que guardan relación con información confidencial y estratégica de cada compañía y que como tal le proporcionan una ventaja competitiva, en los términos del artículo 86 de la Ley de Propiedad Industrial, puesto que el manejo en el uso de antibióticos en la producción, forma parte de la planificación estratégica de cada unidad empresarial.



Por otro lado, las causas 17.310-2019 y 31.927-2019, se refieren a dos casos en que el Consejo Para la Transparencia es quien interpone un recurso de queja en contra de los ministros de Corte de Apelaciones (quienes a su vez acogieron recursos de apelación interpuestos por empresas). La Corte Suprema acoge el recurso de queja, aplicando un “test de daño” para determinar si se configura la causal de reserva del artículo 21 N° 2 de la Ley N° 20.285. Esgrime que deben concurrir simultáneamente 3 causales: a) Que se trate de una información que no es generalmente conocida ni fácilmente accesible; b) que ha sido objeto de razonables esfuerzos por parte de la empresa para mantener su reserva; y, c) que tiene un valor comercial por ser secreta. Así, en el caso concreto los reclamantes no rindieron prueba que permita establecer la afectación de sus derechos económicos o comerciales; y por otro lado, si bien se obtiene la información por centro, su entrega sigue siendo genérica, razón por la que no se vislumbra cómo es que puede afectar sus derechos económicos y comerciales, puesto que no se trata de información que pueda ser catalogada de estratégica, menos aún que su divulgación pueda causar detrimento de su posición en el mercado.

CONCLUSIONES

Pese a los avances en materia de transparencia y acceso a la información pública durante las últimas dos décadas, la interpretación del Tribunal Constitucional sobre el artículo 8° de la Constitución, ha restringido el acceso a la información pública en materia ambiental, haciendo inaplicables las normas que garantizan el derecho. Y, dado que el Tribunal Constitucional tiene a su cargo la interpretación de las normas constitucionales, no podemos sino concluir que es la propia Constitución la que constituye una barrera para el derecho de acceso a la información pública en materia ambiental; considerando además que dicho derecho no se encontraría reconocido expresamente en la Constitución.

El debate legislativo se ha visto inmerso en las interpretaciones realizadas por el Tribunal Constitucional y la Corte Suprema, siendo complejo avanzar en materia de acceso a la información, pese a los diversos intentos en la materia. En efecto, el proyecto de reforma constitucional que pretende incorporar el acceso a la información pública como un derecho lleva 7 años en tramitación, trabándose las discusiones por la presión de la afectación de derechos particulares en desmedro de la necesidad de atender a la información de interés público como sucede en materia ambiental.



CAPÍTULO I

EL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA



I. INTRODUCCIÓN

EL 18 de octubre del año 2019 marcó un antes y un después en Chile. Una serie de eventos relacionados con el alza del precio del boleto del metro pusieron el foco de atención, entre otras cosas, en las dificultades que existen para avanzar en reformas legales debido al marco constitucional rígido que tiene nuestro país.

La respuesta institucional a ello la entregó el parlamento en la madrugada del 15 de noviembre del 2019, alcanzando un acuerdo para cambiar la Constitución Política imperante. Dicho pacto, denominado “Acuerdo por la Paz Social y nueva Constitución” estableció el compromiso de los partidos políticos del país, con representación parlamentaria (con excepción del Partido Comunista y el Partido Humanista) de llamar a un plebiscito en el mes de abril del 2020, que resuelva dos preguntas: 1) ¿Quiere usted una Nueva Constitución? y 2) Qué tipo de órgano debiera redactar la Nueva Constitución? (Convención Mixta o Convención Constitucional) ³.

Desde aquel acuerdo, el país se ha abocado en el objetivo de concretar el Plebiscito Constitucional. Si bien, este no pudo llevarse a cabo en la fecha estimada inicialmente, producto de la crisis sanitaria generada por la pandemia del Covid-19, se espera que se lleve adelante el día 25 de octubre de 2020.

En este contexto, y con el fin de enriquecer la discusión constitucional, es que nos hemos propuesto identificar cómo ha operado la Constitución actual cuando se intenta avanzar en la protección del medio ambiente y los océanos. Para ello, se han escogido algunos grandes temas que serán desarrollados en tres capítulos. Este, el primer capítulo, se refiere al derecho de acceso a la información pública.

³ Acuerdo por la Paz y la Constitución. Punto N°2. p. 1. [En línea] <https://media.elmostrador.cl/2019/11/Acuerdo-por-la-Paz-Social-y-la-Nueva-Constitucion%CC%81n-1.pdf>



II. METODOLOGÍA

Este trabajo presenta un análisis con dos aproximaciones. Primero se realizó un análisis jurisprudencial basado en el control posterior de constitucionalidad realizado por el Tribunal Constitucional, y la Corte Suprema, durante los últimos 12 años. Para ello se realizó un catastro de sentencias de ambos tribunales en las temáticas propuestas, utilizando los buscadores oficiales de ambos organismos, un buscador de jurisprudencia (vlex) y la búsqueda en prensa.

Por otro lado, se realizó un análisis sobre el debate legislativo llevado adelante por la cámara del Senado⁴, en torno a los temas en estudio. Para ello, se hizo un catastro de los proyectos de Ley ingresados al Congreso durante los últimos 10 años, utilizando el buscador de la página oficial del Senado y se revisó la discusión en torno a ellos. Además, para la identificación de las discusiones claves, se llevaron a cabo entrevistas con expertos, a objeto de identificar como los argumentos con base constitucional han influido en las discusiones respectivas⁵.

III. LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA EN CHILE

La Constitución es una norma superior y fundacional que divide, regula y limita el poder del Estado frente a los ciudadanos. CORDERO señala que el concepto de Constitución se desarrolla sobre cuatro ideas “(a) la de un conjunto de normas de rango superior a cualquier otra manifestación reguladora; (b) la de un texto escrito que codifica las reglas de organización y funcionamiento de los poderes públicos; (c) la de norma fundacional; (d) la de una norma cuya finalidad es limitar el poder del Estado en defensa de las libertades de los ciudadanos”⁶.

El poder de la Constitución radica, por un lado, en el reconocimiento de principios y acuerdos fundamentales que permiten mantener la unidad e identidad del pueblo y por el otro, en el establecimiento de mecanismos que promueven su estabilidad en el tiempo, impidiendo modificarla fácilmente. Ello, entendiendo que la modificación de su texto supone el alcance de otro acuerdo fundamental que lo permita⁷. En este sentido ATRIA explica que la modificación de ciertas normas “implicaría transformar la identidad o la forma de la unidad política que conformamos. Si esas decisiones han de ser tomadas, no pueden ser tomadas por mandatarios del pueblo, tendrán que ser tomadas por el pueblo mismo”⁸.

Para resguardar la superioridad de la Constitución por sobre otras normas, conocida como supremacía constitucional, VIVANCO sostiene que existen diferentes mecanismos en los estados democráticos: a) la jurisdicción constitucional; b) el control de constitucionalidad; c) la rigidez constitucional y d) la jerarquía normativa⁹.

4. La información sobre las discusiones de la Cámara de Diputados no se encuentra disponible en su página web institucional. Por ello, se ha acotado el análisis parlamentario las discusiones de la cámara del Senado que tiene toda la información se encuentra disponible en línea.

5. Agradecemos los valiosos insumos realizados por Paulina Ibarra de la Fundación Multitudes, Alberto Precht de Chile Transparente y Josefina Correa de Greenpeace.

6. CORDERO, Luis (2015). Lecciones de derecho administrativo. Thomson Reuters. 2° edición corregida. p. 13

7. Al respecto Fernando Atria, en su libro “La Constitución Tramposa” sostiene que no todas las normas que forman parte del texto constitucional serían parte de “La constitución”. En efecto, explica que algunas normas del texto constitucional pueden cambiarse sin que sea problemático, como sucede, por ejemplo, con el artículo 86 inciso 3° de la Constitución, que establece la cantidad de años de ejercicio que requieren los abogados antes de poder aspirar a ser fiscales. En: ATRIA, Fernando (2013). La Constitución Tramposa. Editorial LOM, p. 34-35

8. ATRIA, Fernando (2013). p. 34-35

9. VIVANCO, Ángela (2007). Curso de Derecho Constitucional. Bases conceptuales y doctrinarias del Derecho Constitucional. Tomo I. Ediciones Universidad Católica de Chile, segunda edición.



En Chile no cabe duda sobre la supremacía o superioridad de la Constitución Política de la República¹⁰, existiendo diferentes mecanismos para asegurarla. Es el caso del control de constitucionalidad realizado por el Tribunal Constitucional, el control realizado por la Contraloría General de la República sobre los actos de la administración, el control judicial de los tribunales de justicia, la existencia de quórumos altos (llamados contra-mayoritarios o supra-mayoritarios) para la modificación del texto constitucional y el principio de jerarquía, que establece la subordinación de las normas jurídicas a la Constitución. Lo anterior, en principio, no se aleja de la lógica de la teoría constitucional general. Sin embargo, las críticas a la rigidez de la Constitución al momento de avanzar en reformas sociales o en la protección de los bienes comunes han sido una constante en el debate político y jurisdiccional.

El diagnóstico al respecto avanza sobre los vicios de origen de la Constitución Política de la República de 1980, la que, creada en un contexto de dictadura, encuentra su poder constituyente originario la junta militar y no en el pueblo¹¹, además de contener cerrojos¹² que, lejos de los objetivos de una Constitución democrática, mantendrían el poder en desequilibrio y constituirían las bases de la denominada “democracia protegida”¹³. Lo anterior, pese a ser la Constitución con más modificaciones de la historia, y a haber sido sometida a una modificación profunda en el año 2005¹⁴, se constataría en los intentos de reforma legal y constitucional iniciados por el parlamento y en el control de constitucionalidad generado por el Tribunal Constitucional y los tribunales superiores de justicia.

10. Ello, sin perjuicio de la discusión sobre la jerarquía de la Constitución respecto de los tratados internacionales. Al respecto ver: NASH, Claudio (2012). Derecho internacional de los derechos humanos en Chile: recepción y aplicación en el ámbito interno. Centro de Derechos Humanos, Universidad de Chile y FUENTES, Ximena (2013). La Jerarquía y el Efecto Directo del Derecho Internacional en el Sistema Jurídico Chile. En: Una Vida en la Universidad de Chile. Celebrando al Profesor Antonio Bascañán Valdés, Thomson Reuters

11. RUIZ-TAGLE, Pablo (2006). La trampa del neopresidencialismo: la Constitución “Gatopardo”. En: CRISTI, Renato y RUIZ-TAGLE, Pablo. La República en Chile. Teoría práctica del Constitucionalismo Republicano. LOM ediciones. p. 197.

12. Concepto acuñado por Fernando Atria, En: ATRIA, Fernando (2013)

13. RUIZ-TAGLE, Pablo (2006). El constitucionalismo chileno: entre el autoritarismo y la democracia. En: CRISTI, Renato y RUIZ-TAGLE, Pablo (2006), p. 131 y siguientes y CEA EGAÑA, José Luis (2015). Derecho Constitucional Chileno. Tomo I. Ediciones UC. 2ª Edición. p. 121.

14. CEA EGAÑA, José Luis (2015) p. 121.



IV. DERECHO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA

1. MARCO REGULATORIO DE LA PUBLICIDAD Y EL ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA EN CHILE

1.1. REGULACIÓN DE LA PUBLICIDAD Y ACCESO A LA INFORMACIÓN EN LA CONSTITUCIÓN DE 1980

La Constitución Política de la República de 1980 no contemplaba un deber expreso de publicidad o transparencia para la Administración. Por ello, pese a la posibilidad de acceder a la información pública con base en el derecho de petición del artículo 19 N°14 de la Constitución y al apoyo de la doctrina, en la práctica, prevalecía el secretismo en las actuaciones de la Administración ¹⁵.

En el año 2005 se alcanzó un acuerdo político parlamentario que permitió modificar la Constitución Política de la República. Uno de los aspectos relevantes de esta modificación fue el reemplazo del contenido del antiguo artículo 8, que proscribía las organizaciones y movimientos o partidos políticos destinados a propagar “doctrinas que atenten contra la familia, propugnen la violencia o una concepción de la sociedad, del Estado o del orden jurídico, de carácter totalitario o fundada en la lucha de clases”, por uno que consagra el principio de probidad pública y la publicidad de los actos y resoluciones de los órganos del Estado. En específico, el nuevo artículo 8° establece que:

“El ejercicio de las funciones públicas obliga a sus titulares a dar estricto cumplimiento al principio de probidad en todas sus actuaciones.

Son públicos los actos y resoluciones de los órganos del Estado, así como sus fundamentos y los procedimientos que utilicen. Sin embargo, sólo una Ley de quórum calificado podrá establecer la reserva o secreto de aquéllos o de éstos, cuando la publicidad afectare el debido cumplimiento de las funciones de dichos órganos, los derechos de las personas, la seguridad de la Nación o el interés nacional”.

Con ello, la norma consagró en términos amplios, por un lado, la publicidad de los actos y resoluciones de todos los órganos del Estado (Ejecutivo, legislativo y judicial)¹⁶ y por el otro, la posibilidad de establecer secreto de estos mismos, indicando causales específicas: a) afectación del cumplimiento de las funciones de los órganos del Estado; b) derechos de las personas; c) seguridad de la Nación y d) interés nacional.

La inclusión de la publicidad en nuestra Constitución, sumado a la dictación de la Ley 20.285 sobre Acceso a la Información Pública o Ley de Transparencia, significó un avance importante en materia de transparencia¹⁷ y cimentó las bases del derecho a acceder a la información pública. No obstante, su contenido ha sido interpretado de diversas maneras desde su dictación. Especialmente destacable resulta el desarrollo realizado por el Tribunal Constitucional, pues sus interpretaciones inciden directamente en la aplicación del derecho.

15. CEA EGAÑA, José Luis (2015) p. 121.

16. Al respecto la Gladys Camacho ha destacado la ubicación de esta norma en el Capítulo I de las Bases de la Institucionalidad del Texto Constitucional, ya que ello significa que la norma “se suma a las directrices fundamentales que este capítulo condensa y de la que son destinatarios todos los órganos del Estado así como todas las personas que conforman la República”. En: CAMACHO, Gladys (2014) Constitución y Transparencia. Revista de Derecho Público/Edición Especial, p. 150

17. Al respecto la Gladys Camacho ha destacado la ubicación de esta norma en el Capítulo I de las Bases de la Institucionalidad del Texto Constitucional, ya que ello significa que la norma “se suma a las directrices fundamentales que este capítulo condensa y de la que son destinatarios todos los órganos del Estado así como todas las personas que conforman la República”. En: CAMACHO, Gladys (2014) Constitución y Transparencia. Revista de Derecho Público/Edición Especial, p. 150



A lo largo de los años, el Tribunal Constitucional ha sostenido desde posturas que reconocen los principios de publicidad, probidad y transparencia en el artículo 8º, hasta posturas que han desconocido por completo la existencia de dichos principios en el mismo artículo. Así, por ejemplo, en la sentencia rol N°634 de 2006, además de reconocer el principio de publicidad y transparencia, sostuvo que “el derecho a la información pública se encuentra reconocido en la Carta Fundamental-aunque no en forma explícita-como mecanismo esencial para la vigencia plena del régimen democrático”¹⁸ y que “al mismo tiempo la publicidad de los actos de tales órganos, garantizada, entre otros mecanismos, por el derecho de acceso a la información pública, constituye un soporte básico para el adecuado ejercicio y defensa de los derechos fundamentales de las personas”¹⁹.

Por otro lado, desde la sentencia en la causa rol 1990-2012, el Tribunal Constitucional ha sostenido posiciones reticentes a interpretar la existencia de un derecho a la información en el artículo 8º, indicando que este “establece una causal genérica de publicidad” y que “no habla ni de acceso, ni de entrega, ni de transparencia” como “tampoco habla de información”²⁰, agregando que la norma “tampoco establece, como lo hace el inciso primero respecto de la probidad, un principio de publicidad, ni que los órganos del Estado deban dar estricto cumplimiento a dicha publicidad”²¹ y finalmente, que “no consagra el artículo 8º un derecho de acceso a la información. Este, como esta magistratura lo ha señalado, se encuentra reconocido implícitamente en el artículo 19, N° 12º, de la Constitución”²².

1.2. DICTACIÓN DE LA LEY 20.285 SOBRE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA

Con posterioridad a la modificación de la Constitución Política de la República, se hizo imperioso incluir modificaciones legales. Por ello, se ingresó un proyecto de Ley que, inicialmente, pretendía modificar la Ley N°18.575 Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, la Ley N°19.880 sobre Bases de los Procedimientos Administrativos que Rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado y la Ley N°18.918 Orgánica Constitucional del Congreso Nacional” y que, luego de un intenso debate legislativo, resultó en la dictación de la Ley 20.285 sobre Acceso a la Información Pública²³. Lo anterior, motivado por dos antecedentes relevantes.

En primer lugar, la condena realizada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) al Estado de Chile, como resultado de la negativa de información en que incurrió el Comité de Inversiones Extranjeras en el año 1998²⁴, frente a una la solicitud de información de carácter ambiental sobre el proyecto de explotación forestal en región de Magallanes denominado “Río Cóndor”, que llevaría adelante la empresa Forestal Trillium.

18. STC Rol N°634 de 2006, Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado en la causa ante la Corte de Apelaciones de Valparaíso Rol N° 2336-06, caratulada Lean Casas Cordero, Carlos Eric con Director Nacional de Aduanas. Considerando noveno.

19. STC Rol N°634 de 2006, Considerando noveno.

20. STC Rol 1990 de 2012, requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado en los autos Rol N° 541-2011, sobre reclamo de ilegalidad, caratulados Dirección Nacional del Servicio Civil con Consejo para la Transparencia del que Conoce la Corte de Apelaciones de Santiago. Considerando Décimo Octavo.

21. STC Rol 1990 de 2012. Considerando Décimo Noveno.

22. STC Rol 1990 de 2012. Considerando vigésimo quinto.

23. ALIAGA, Vicente (2015), p. 11

24. BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. Historia de la Ley 20.285. Informe de Comisión de Gobierno. p. 6. [en línea] https://www.bcn.cl/historiadelaley/fileadmin/file_Ley/6357/HLD_6357_6c03e16ffae75195179aa7abee7105f.pdf



En específico, la Corte IDH, en su sentencia de fecha 19 de septiembre de 2006, sostuvo que el Estado violó el artículo 13 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos²⁵, que reconoce el derecho a acceder a la información pública como parte del derecho a la libertad de expresión²⁶. Además, estableció que este derecho “es un requisito indispensable para el funcionamiento mismo de la democracia”²⁷ y, en este sentido, que “el actuar del Estado debe encontrarse regido por los principios de publicidad y transparencia en la gestión pública, lo que hace posible que las personas que se encuentran bajo su jurisdicción ejerzan el control democrático de las gestiones estatales, de forma tal que puedan cuestionar, indagar y considerar si se está dando un adecuado cumplimiento de las funciones públicas”²⁸. Añadió que, si bien se admiten restricciones al derecho al acceso a la información²⁹, estas deben estar previamente establecidas en la Ley³⁰, ser admitidas por la Convención Americana³¹ y “ser necesarias en una sociedad democrática, lo que depende de que estén orientadas a satisfacer un interés público imperativo”³², pues el principio que debe regir un estado democrático es el de máxima divulgación³³.

La sentencia, además, sostuvo que el Estado “violó el derecho a la protección judicial consagrado en el artículo 25.1 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 de la misma (...) al no garantizarles un recurso sencillo, rápido y efectivo que les amparara ante actuaciones estatales que alegaban como violatorias de su derecho de acceso a la información bajo el control del Estado”³⁴ y condenó al Estado de Chile a i) entrega la información solicitada; ii) publicar la sentencia en el Diario Oficial; iii) adoptar las medidas necesarias para garantizar el derecho a acceder a la información bajo control estatal y iv) capacitar a los órganos, autoridades y agentes públicos sobre el derecho de acceso a la información bajo el control del Estado³⁵.

En segundo lugar, la dictación de la Ley 20.285 sobre Acceso a la Información Pública tuvo también, como antesala, el “Informe sobre medidas para favorecer la probidad y eficiencia de la gestión pública”³⁶ elaborado por encargo de la Presidenta de la República de la época “que propuso el envío de un proyecto de Ley que facilitara el acceso a la información pública, bajo el principio de máxima divulgación y la creación de un órgano dotado de autonomía y con atribuciones resolutivas para resguardar el acceso a la información en poder del sector público”³⁷ y que significó la presentación de una indicación sustitutiva o modificación al proyecto original, con la consagración de una Ley específica sobre la materia.

25. Tratado internacional ratificado por Chile en el año 1990.

26. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Caso Claude Reyes y otros vs. Chile, párrafo 103.

27. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Caso Claude Reyes y otros vs. Chile, párrafo 84.

28. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Caso Claude Reyes y otros vs. Chile, párrafo 86.

29. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Caso Claude Reyes y otros vs. Chile, párrafo 88.

30. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Caso Claude Reyes y otros vs. Chile, párrafo 89.

31. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Caso Claude Reyes y otros vs. Chile, párrafo 90.

32. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Caso Claude Reyes y otros vs. Chile, párrafo 91.

33. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Caso Claude Reyes y otros vs. Chile, párrafo 92.

34. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Caso Claude Reyes y otros vs. Chile, párrafo 142.

35. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Caso Claude Reyes y otros vs. Chile, párrafos 157 a 165.

36. BARROS, Enrique, et all. Informe sobre medidas para favorecer la probidad y eficiencia de la gestión pública encargado por S.E. la Presidenta de la República [en línea]

37. ALIAGA, Vicente (2015), p. 12.



En suma, estos dos acontecimientos fueron vitales para la proposición y aprobación del texto final de la Ley 20.285, siendo especialmente relevante la sentencia de la Corte IDH la que no solo marcó un hito a nivel interno, sino que también “fue una decisión crucial para promover la adopción de normas semejantes en otros países de la región, como Brasil, la mayor parte de América Central y el Cono Sur”³⁸.

La Ley 20.285 sobre Acceso a la Información Pública se dictó, finalmente, en el año 2008, entregando un marco jurídico claro sobre el acceso a la información pública para todos los órganos de la administración, incluidos aquellos con potestades ambientales. La Ley reguló el principio de transparencia de la función pública, el derecho de acceso a la información de los órganos de la Administración del Estado, los procedimientos para el ejercicio del derecho y para su amparo, y las excepciones a la publicidad de la información³⁹, además de crear el Consejo Para la Transparencia⁴⁰, un organismo encargado de “promover la transparencia de la función pública, fiscalizar el cumplimiento de las normas sobre transparencia y publicidad de la información de los órganos de la Administración del Estado, y garantizar el derecho de acceso a la información”⁴¹.

1.2.1. Información pública

Uno de los aspectos relevantes de la Ley 20.285 sobre Acceso a la Información Pública, fue su determinación expresa sobre qué debe entenderse por información pública, lo que desarrolla, especialmente, en sus artículos N°5 y 10. El primero, sostiene:

“En virtud del principio de transparencia de la función pública, los actos y resoluciones de los órganos de la Administración del Estado, sus fundamentos, los documentos que les sirvan de sustento o complemento directo y esencial, y los procedimientos que se utilicen para su dictación, son públicos, salvo las excepciones que establece esta Ley y las previstas en otras Leyes de quórum calificado.

Asimismo, es pública la información elaborada con presupuesto público y toda otra información que obre en poder de los órganos de la Administración, cualquiera sea su formato, soporte, fecha de creación, origen, clasificación o procesamiento, a menos que esté sujeta a las excepciones señaladas”.

El artículo 5° citado ha sido dividido en dos. Mientras en el inciso primero se identifica una “hipótesis general” que reiteraría lo sostenido por la Constitución, en el inciso segundo se advertiría una complementación de la norma establecida en el artículo 8° de la Constitución, que consagra la publicidad a nivel constitucional, al indicar que es pública la información elaborada con presupuesto público o que obre en poder de la Administración⁴², alejándose de la aparente restricción establecida por el artículo 8° sobre los actos y resoluciones administrativas.

38. LANZA, Edison (2016). Prólogo. En: Consejo Para la Transparencia. A diez años del fallo Claude Reyes: impactos y desafíos, p.11.

39. Artículo 1° Ley 20.285 sobre Acceso a la Información Pública.

40. Artículo 31 Ley 20.285 sobre Acceso a la Información Pública.

41. Artículo 31 Ley 20.285 sobre Acceso a la Información Pública.

42. ALIAGA, Vicente (2015), p. 15-16



Por su parte, el artículo 10 de la Ley 20.285 señalado, se refiere en particular al derecho a acceder a la información pública, estableciendo que se puede acceder a la información contenida en actos, resoluciones, actas, expedientes, contratos y acuerdos y a toda información elaborada con presupuesto público. En particular sostiene que:

“Toda persona tiene derecho a solicitar y recibir información de cualquier órgano de la Administración del Estado, en la forma y condiciones que establece esta Ley.

El acceso a la información comprende el derecho de acceder a las informaciones contenidas en actos, resoluciones, actas, expedientes, contratos y acuerdos, así como a toda información elaborada con presupuesto público, cualquiera sea el formato o soporte en que se contenga, salvo las excepciones legales”.

Son precisamente estos artículos, en especial el inciso 2° del artículo 5° y el inciso 2° del artículo 10 los que han sido fuente de debate sobre su constitucionalidad, siendo declarados inaplicables a casos concretos en variadas ocasiones por el Tribunal Constitucional⁴³, especialmente cuando está en juego la privacidad y la libertad económica⁴⁴.

1.2.2. Causales de secreto

Como se señaló previamente, el artículo 8° de la Constitución establece que mediante una Ley de quorum calificado se puede establecer la reserva o secreto de los actos o resoluciones de la Administración en cuatro situaciones i) cuando la publicidad afectare el debido cumplimiento de las funciones de dichos órganos; ii) cuando la publicidad afectare los derechos de las personas; iii) cuando la publicidad afectare la seguridad de la Nación; iv) o cuando la publicidad afectare el interés nacional”.

La Ley 20.285 sobre Acceso a la Información Pública, en sus artículos 21 y 22 reguló en específico las causales de reserva o secreto, sosteniendo que solo será posible denegar total o parcialmente el acceso a la información bajo las siguientes razones:

“1. Cuando su publicidad, comunicación o conocimiento afecte el debido cumplimiento de las funciones del órgano requerido, particularmente:

- a) Si es en desmedro de la prevención, investigación y persecución de un crimen o simple delito o se trate de antecedentes necesarios a defensas jurídicas y judiciales.
- b) Tratándose de antecedentes o deliberaciones previas a la adopción de una resolución, medida o política, sin perjuicio que los fundamentos de aquéllas sean públicos una vez que sean adoptadas.
- c) Tratándose de requerimientos de carácter genérico, referidos a un elevado número de actos administrativos o sus antecedentes o cuya atención requiera distraer indebidamente a los funcionarios del cumplimiento regular de sus labores habituales.

2. Cuando su publicidad, comunicación o conocimiento afecte los derechos de las personas, particularmente tratándose de su seguridad, su salud, la esfera de su vida privada o derechos de carácter comercial o económico.

43. Así, por ejemplo, en la Sentencia del Tribunal Constitucional del año 2012 en la causa rol N°2153, sostuvo: “SEXAGESIMOPRIMERO. Que, entonces, el precepto impugnado amplía la información a que se tiene acceso, porque la separa completamente de si se trata de actos, resoluciones, fundamentos de estos, o documentos que consten en un procedimiento administrativo. Resulta difícil imaginarse una información que no esté comprendida en alguna de las dos categorías que el precepto establece. Porque la Administración o produce información o la posee a algún título”.

44. En este sentido las sentencias en las causas Rol N°s 2246/2012, 2153/2013, 2379/2012, 2558/2013, 2589/2014, 2505/2014, 2982/2016, 2907/2016 y 3111/2016.



3. Cuando su publicidad, comunicación o conocimiento afecte la seguridad de la Nación, particularmente si se refiere a la defensa nacional o la mantención del orden público o la seguridad pública.
4. Cuando su publicidad, comunicación o conocimiento afecte el interés nacional, en especial si se refieren a la salud pública o las relaciones internacionales y los intereses económicos o comerciales del país.
5. Cuando se trate de documentos, datos o informaciones que una Ley de quórum calificado haya declarado reservados o secretos, de acuerdo a las causales señaladas en el artículo 8° de la Constitución Política”.

Luego, en el artículo 22 dispuso que “Los actos que una Ley de quórum calificado declare secretos o reservados mantendrán ese carácter hasta que otra Ley de la misma jerarquía deje sin efecto dicha calificación”.

Uno de los mayores conflictos sobre el secreto, especialmente en materia ambiental, se da con la causal número 2 (afectación de los derechos de las personas) pues la posibilidad de esgrimir esta causal pone de manifiesto la tensión entre la publicidad y el derecho a acceder a la información y otros derechos como la intimidad y la libertad económica.

1.2.3. Mecanismos de impugnación

La Ley 20.285 sobre Acceso a la Información Pública estableció, además, un mecanismo específico para controvertir la decisión de denegar la información pública o para cuestionar a la Administración cuando esta ha excedido el plazo legal para entregar la información solicitada. Este mecanismo incluye al Consejo para la Transparencia y las Cortes de Apelaciones, pero en la práctica ha terminado involucrando también al Tribunal Constitucional y a la Corte Suprema.

En primer lugar, frente a la demora o a la denegación de la información, la Ley 20.285, en su artículo 24 estableció la posibilidad de acudir al Consejo Para la Transparencia dentro de los quince días siguientes, “contado desde la notificación de la denegación de acceso a la información o desde que haya expirado el plazo previsto en el artículo 14 para la entrega de información”.

Luego, la Ley indica en su artículo 28 que en contra de la resolución del Consejo que deniegue el acceso a la información o en caso de haber oposición del titular de la información a entregarla, con base en alguna causal de reserva, procederá el reclamo de ilegalidad, dentro de los 15 días, ante la Corte de Apelaciones del domicilio del reclamante.

El procedimiento de la Ley 20.285 termina con la decisión de la Corte de Apelaciones, toda vez que establece expresamente en su artículo 30 que “contra la resolución de la Corte de Apelaciones no procederá recurso alguno”.

No obstante lo anterior, en la práctica, los titulares de la información y los solicitantes de la misma han acudido a instancias adicionales para resolver los conflictos suscitados al tenor de la Ley 20.285: el recurso de queja y la solicitud de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, sometiendo, de este modo, la decisión al conocimiento de la Corte Suprema y el Tribunal Constitucional.

Al respecto, se debe considerar que el recurso de queja está regulado en el artículo 545 del Código Orgánico de Tribunales y busca que el superior jerárquico de un juez o jueces corrija las faltas o abusos graves que estos hayan cometido en la dictación de resoluciones judiciales. Se trata de un recurso excepcional que sólo procede en caso de no existir otro recurso disponible. Este es el caso de los reclamos de ilegalidad por transparencia, en los que no existe recurso alguno luego del conocimiento de la Corte de Apelaciones.



Por su parte, la solicitud de inaplicabilidad por inconstitucionalidad se encuentra regulada directamente en la Constitución Política de la República, siendo un control de constitucionalidad entregado al conocimiento del Tribunal Constitucional. En específico, el artículo 93 inciso 6° establece que el Tribunal Constitucional deberá “Resolver, por la mayoría de sus miembros en ejercicio, la inaplicabilidad de un precepto legal cuya aplicación en cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial, resulte contraria a la Constitución”. La decisión del Tribunal Constitucional permite eliminar la aplicación de una norma en un litigio pendiente.

A raíz de estas instancias la actuación del Tribunal Constitucional y la Corte Suprema ha sido clave, en concreto, en la resolución de conflictos sobre transparencia y acceso a la información y, en abstracto, en la interpretación del principio de publicidad y del derecho a acceder a la información pública en nuestro sistema jurídico.

1.3. ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA EN MATERIA AMBIENTAL

En materia ambiental el acceso a la información pública es una de las herramientas más relevantes, formando parte de los derechos de acceso necesarios para alcanzar la justicia ambiental. Así lo consagra, por ejemplo, el principio 10 de la Declaración de Río del año 1992 el que establece que:

El mejor modo de tratar las cuestiones ambientales es con la participación de todos los ciudadanos interesados, en el nivel que corresponda. En el plano nacional, toda persona deberá tener acceso adecuado a la información sobre el medio ambiente de que dispongan las autoridades públicas, incluida la información sobre los materiales y las actividades que ofrecen peligro en sus comunidades, así como la oportunidad de participar en los procesos de adopción de decisiones. Los Estados deberán facilitar y fomentar la sensibilización y la participación del público poniendo la información a disposición de todos. Deberá proporcionarse acceso efectivo a los procedimientos judiciales y administrativos, entre éstos el resarcimiento de daños y los recursos pertinentes.

En Chile, el marco entregado por el artículo 8° de la Constitución, reformado en el año 2005, y la posterior dictación de la Ley 20.285, sirvió de base para la regulación de la publicidad y la transparencia en normativas sectoriales, siendo una de ellas la regulación ambiental. En esta la publicidad y transparencia se erigieron con especial relevancia tras la sentencia de la Corte IDH en la causa Claude Reyes con Estado de Chile, en la que, como se expresó previamente, se desarrolló el contenido del derecho al acceso a la información pública a partir de una solicitud de acceso a la información de carácter ambiental.

La Ley 20.417, que introdujo diversos cambios a la institucionalidad ambiental y modificó la Ley 19.300 de Bases del Medio Ambiente, intensificó la relación entre el acceso a la información pública y el derecho ambiental en Chile, incluyendo dentro de sus modificaciones el artículo 31 bis, el que, de conformidad con la Constitución y la Ley 20.285, consagró el derecho de toda persona a acceder a la información de carácter ambiental que se encuentre en poder de la Administración. Conforme a lo anterior, el artículo 31 bis de la Ley 19300 definió que “se entenderá por información ambiental toda aquella de carácter escrita, visual, sonora, electrónica o registrada de cualquier otra forma que se encuentre en poder de la Administración” y que verse, entre otras cosas sobre a) el estado de los elementos del medio ambiente, b) los factores que afecten o puedan afectar a los elementos del medio ambiente; c) Los actos administrativos ambientales, o que afecten o puedan afectar a los elementos y factores que afectan el medio ambiente, así como las medidas, políticas, normas, planes, programas, que les sirvan de fundamento; d) Los informes



de cumplimiento de la legislación ambiental; e) Los análisis económicos, sociales, u otros estudios utilizados en la toma de decisiones ambientales; f) el estado de salud y seguridad de las personas, condiciones de vida humana, bienes del patrimonio cultural, cuando sean o puedan verse afectados por el estado de los elementos del medio ambiente o por cualquiera de los factores y medidas tomadas y g) toda aquella otra información que verse sobre medio ambiente o sobre los elementos, componentes o conceptos de la Ley.

Además, la misma Ley estableció obligaciones específicas en materia de transparencia, indicando, por ejemplo, la obligación del Ministerio del Medio Ambiente de administrar un Sistema Nacional de Información Ambiental que se incorpore información sobre el estado del medio ambiente, autorizaciones administrativas, dictámenes de contraloría, sentencias y autoridades relacionadas con materias ambientales⁴⁵, y la obligación del Servicio de Evaluación Ambiental de mantener un sistema de información sobre permisos y autorizaciones ambientales⁴⁶.

Estos avances, que vienen a complementar las obligaciones generales establecidas en la Ley 20.285, son consideradas esenciales en materia ambiental. Ello, pues como indica BERMÚDEZ, conocer la información ambiental es una cuestión de supervivencia⁴⁷ y “mientras mayor sea la información ambiental los ciudadanos estarán en una mejor posición para participar o exigir la distribución que creen justa de los servicios que el medio ambiente otorga y para evitar las cargas que consideran inequitativas”⁴⁸.

Sin perjuicio de ello, es especialmente en los casos de solicitud de información ambiental en que se generan mayores conflictos, debido al origen y contenido de la información. La información ambiental, pese a que pueda encontrarse en manos de la administración es elaborada por los particulares⁴⁹, los que deben entregarla a la Administración para que esta pueda cumplir con su deber de fiscalización.

Por tal razón, y como se revisará, se ha estimado aplicable, en reiteradas ocasiones, la causal de reserva del N°2 del artículo 21 de la Ley 20.285 sobre Acceso a la Información Pública (afectación de derechos de las personas), cuando existe oposición de los privados a hacer pública la información por colisionar con el derecho a la privacidad y a la libertad económica. Esta situación ha sido criticada pues el criterio de reserva pugna con la protección del interés público ambiental.

45. Artículo 32 Ley 19.300 de Bases del Medio Ambiente.

46. Artículo 81 Ley 19.300 de Bases del Medio Ambiente.

47. BERMÚDEZ, Jorge (2010). El acceso a la información pública y la justicia ambiental. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXXIV* (Valparaíso, Chile, 1er Semestre), p, 574

48. BERMÚDEZ, Jorge. p, 590

49. BERMÚDEZ, Jorge (2010). p, 579.



2. ANALISIS LEGISLATIVO

Para el análisis legislativo sobre transparencia y publicidad se realizó un catastro de los proyectos de Ley ingresados al Congreso durante los últimos 10 años. Debido a que la información de la cámara del Senado es de fácil acceso en su página web institucional, la búsqueda se realizó en ella, utilizando como criterios de búsqueda las palabras “pesca”, “acuicultura”, “océano”, “información pública”, “transparencia”, y “publicidad”. Además, se revisaron todas las modificaciones a la Ley General de Pesca y Acuicultura, desde la Ley N° 20.657 de 2013⁵⁰, y a la Ley sobre Acceso a la Información Pública y se sumó al análisis la modificación realizada en el año 2005 a la Constitución Política de la República, pues es el marco conceptual de la discusión posterior. Luego de un filtro de selección con tal de analizar sólo las historias legislativas de aquellas Leyes o proyectos de Ley que fueran afines al objeto de este informe, la búsqueda arrojó el siguiente resultado:

Tabla 1
Leyes modificadas

Ley / Nombre	Año	Artículos
Ley 20.050, Reforma Constitucional que introduce diversas modificaciones a la Constitución Política de la República.	2005	Artículo 8
Ley 20.434, que Modifica la Ley General de Pesca y Acuicultura, en Materia de Acuicultura	2010	Numeral 52) del artículo 2, artículo 67 quinquies, inciso segundo artículo 86, enmienda al artículo 87, artículo 90 quáter.
Ley 20.657 que Modifica en el ámbito de la sustentabilidad de recursos hidrobiológicos, acceso a la actividad pesquera industrial y artesanal y regulaciones para la investigación y fiscalización, la Ley general de pesca y acuicultura contenida en la Ley N°18.892	2013	Numeral 65) artículo 1, artículo 4ºA, artículo 6ºB, modificación artículo 63 (posteriormente también modificado por la Ley no. 21.183), artículo 156 bis, artículo 156 B).
Ley 20.560, modifica la regulación de la Pesca de Investigación, regulariza Pesquerías Artesanales que indica, incorpora Planes de Manejo Bentónicos y regula Cuota Global de Captura	2012	Artículo 98
Ley 20.417, que crea el Servicio de Evaluación Ambiental y la Superintendencia de Medioambiente.	2010	Artículos, 31 bis, ter y quáter.

50. En cuanto dicha Ley marcó un hito en la regulación pesquera y de acuicultura. En efecto, así lo menciona el mensaje presidencial por el cual se ingresó el proyecto a trámite. “Este proyecto de Ley viene a cambiar el paradigma sobre el cual se ha basado la explotación de los recursos pesqueros chilenos durante los últimos 15 años.” En: BOLETÍN 8091-21. Modifica en el ámbito de la sustentabilidad de recursos hidrobiológicos, acceso a la actividad pesquera industrial y artesanal y regulaciones para la investigación y fiscalización, la Ley General de Pesca y Acuicultura contenida en la Ley N°18.892 y sus modificaciones. Mensaje Presidencial. Presentación: 12/2011. [En línea] https://www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php?boletin_ini=8091-21



Tabla 2
Proyectos de Ley

Proyecto de Ley	Boletín N°	Fecha de ingreso	Moción / Mensaje	Estado de tramitación
Otorga reconocimiento constitucional al principio de transparencia y al derecho de acceso a la información pública.	8805-07	01/2013	Moción, por los senadores Larraín, Alvear, Ruminot, Allende y Tuma	Comisión Mixta, a la espera de un segundo informe comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento. (03/2018)
Modifica la Carta Fundamental para imponer al Estado el deber de promover y facilitar la participación ciudadana y el acceso a la información de todas las personas, en materias referidas al medio ambiente.	13206-07	01/2020	Moción, por los Diputados y las Diputadas: Bernales, Celis, Fernández, Girardi, Ibáñez, Marzán, Mirosevic, Parra, Winter.	Primer trámite constitucional. Cuenta de proyecto. Pasa a Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento. (01/2020)
Modifica la Ley no. 20.285 sobre acceso a la información pública.	12100-07	09/2018	Mensaje presidencial	Segundo trámite constitucional, a la espera informe comisión Primer informe de comisión de Gobierno, Descentralización y Regionalización (03/2020)
Proyecto de Ley que crea el Servicio de Biodiversidad y Áreas Protegidas y el Sistema Nacional de Áreas Protegidas.	9404-12	06/2014	Mensaje presidencial	Segundo trámite constitucional, Cámara de Diputados. A la espera informe comisión de Medioambiente y Bienes Nacionales. (08/2019)
Proyecto de Ley que modifica la Ley N°18.892, General de Pesca y Acuicultura, en materia de prohibición de captura de especies salmonídeas provenientes de cultivos de acuicultura.	11571-21	01/2018	Moción, por los diputados Morano, Flores, Berger, y Fuentes	Segundo trámite constitucional. Cuenta del primer informe comisión de Pesca, Intereses Marítimos y Acuicultura. (08/2019)



Establece la obligación de las empresas que desarrollan la actividad pesquera y de acuicultura, de retirar del lugar de operaciones todos los residuos compuestos de plástico y otros polímeros, que descarten con ocasión de su actividad industrial.	13194-21	12/2019	Moción, por los diputados Ascencio, Calisto, y las diputadas Hernando y Vallejo	Primer trámite constitucional. A la espera informe comisión de Pesca, Acuicultura e Intereses Marítimos. (01/2020)
Proyecto de Ley que modifica la Ley General de Pesca y Acuicultura en el ámbito de los recursos bentónicos.	12535-21	04/2019	Mensaje	Primer trámite constitucional (Senado) Comparado indicaciones, segundo informe comisión de Intereses Marítimos, Pesca y Acuicultura. (21/07/2020)
Proyecto de Ley que modifica la Ley General de Pesca y Acuicultura, estableciendo normas ambientales y de adaptación al cambio climático para la actividad de acuicultura.	12634-12 refundido con 12605-21	05/ 2019	Moción por los senadores y las senadoras Allende, Girardi, Órdenes, Prohens, Sandoval	Primer trámite constitucional. A la espera del Primer informe de la comisión de Intereses Marítimos, Pesca y Acuicultura.



2.1. INICIATIVAS DE REFORMA CONSTITUCIONAL

2.1.1. Reforma constitucional año 2005, Ley N°20.050

Al realizar un análisis legislativo de la temática en comento, cabe referirse, en primer término, a la historia legislativa del artículo 8 de la Constitución Política⁵¹, el que fue integrado a la misma mediante la reforma constitucional de 2005 (tramitada en el boletín N° 2534-07⁵²). Esto, por cuanto en ella existen antecedentes relevantes sobre la discusión sobre el concepto de información pública.⁵³

Como se señaló, el actual artículo 8° de la Constitución sostiene que:

“El ejercicio de las funciones públicas obliga a sus titulares a dar estricto cumplimiento al principio de probidad en todas sus actuaciones.

Son públicos los actos y resoluciones de los órganos del Estado, así como sus fundamentos y los procedimientos que utilicen. Sin embargo, sólo una Ley de quórum calificado podrá establecer la reserva o secreto de aquéllos o de éstos, cuando la publicidad afectare el debido cumplimiento de las funciones de dichos órganos, los derechos de las personas, la seguridad de la Nación o el interés nacional”.

Se ha sostenido, aludiendo a la historia de esta Ley, que la información que el artículo 8° de la Constitución consagra como pública es sólo aquella relativa a actos y resoluciones de los órganos del Estado, y los fundamentos y procedimientos que utilicen.

La moción presentada por los senadores Chadwick, Díez, Larraín y Romero (pertenecientes a la coalición de la época, Alianza por Chile) proponía una redacción más amplia que la finalmente promulgada:

“Las personas que ejerzan una función pública de cualquier naturaleza o representen al Estado en cualquier empresa o institución deberán conservar estrictamente el principio de probidad que exige un desempeño honesto, con prescindencia de cualquier interés ajeno al interés público.

Las actuaciones de los órganos del Estado y los documentos que obren en su poder son públicos, sin perjuicio de la reserva o secreto que se establezca con arreglo a la Ley en casos en que la publicidad afecte al debido cumplimiento de las funciones de tales órganos, los derechos de las personas, la seguridad de la Nación o el interés nacional.

La Ley determinará la forma de garantizar el cumplimiento de este artículo y regulará las responsabilidades por infracción a sus normas.” (énfasis añadido)

51. BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE. Historia de la Ley 20.050. [En línea] https://www.bcn.cl/historiadelaLey/fileadmin/file_Ley/6131/HLD_6131_37a6259cc0c1dae299a7866489dff0bd.pdf

52. Ley n° 20.050 de 2005. Boletín 2534-07, referido a la moción presentada por Senadores señores Bitar, Hamilton, Silva y Viera-Gallo refundido con el boletín 2526-07, referido a la moción presentada por los Senadores señores Chadwick, Díez, Larraín y Romero. [En línea]

https://www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php?boletin_ini=2534-07

53. Así se desprende de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, a modo de ejemplo STC 2907 de 2015, Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por Salmenes Multiexport S.A. en los autos sobre recurso de queja Rol N°15.138-2015; STC 3111-16, 5950-19.



Al discutirse dicha propuesta y el alcance de la publicidad por la comisión de Constitución, Legislación Justicia y Reglamento⁵⁴, el senador Larraín – autor de una de la mociones- mencionó que el artículo 11 bis, incorporado por la Ley N° 19.653 de Probidad Administrativa a la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado, señalaba que “son públicos los actos administrativos de los órganos de la Administración del Estado y los documentos que les sirvan de sustento o complemento directo y esencial”. Así, consignó que esta norma precisaba exactamente cuál es el principio de publicidad de los actos de los órganos de la Administración y cuáles son los documentos que deben servir de base a esta exigencia de publicidad, ya que la delimita exclusivamente al ámbito del acto administrativo. Esto, a diferencia del proyecto de Ley, que ampliaba esta publicidad a los “los documentos que obren en su poder”.

Al respecto, el senador Hamilton también mencionó que no debiera haber disconformidad entre dicha Ley y la redacción del artículo 8° de la Constitución en discusión. En ese sentido es que finalmente el artículo promulgado estableció la publicidad respecto de los “actos y resoluciones de los órganos del Estado, así como sus fundamentos y los procedimientos que utilicen.”

Por otro lado, el ejecutivo presentó una indicación o modificación que también extendía el ámbito de alcance de la publicidad. Ésta fue, sin embargo, rechazada, sin constar en la historia legislativa argumentación al respecto⁵⁵. Señalaba la indicación:

“Son públicos los actos administrativos de los órganos del Estado y los documentos de cualquier naturaleza u origen que les sirvan de sustento o complemento, **como también los informes y antecedentes que las empresas privadas que presten servicios de utilidad pública proporcionen a las entidades estatales encargadas de su fiscalización y que sean de interés público.** Toda persona podrá acceder a ellos en la forma que establezca la Ley. Los órganos de la Administración del Estado podrán negar el acceso a los documentos que obren en su poder, y la obtención de copias de los mismos, sólo en los casos y condiciones que la Ley disponga.”

Así, el rechazo de las opciones propuestas tanto en la moción de Alianza por Chile como la indicación del ejecutivo se ha interpretado - tal como se mencionó anteriormente en el análisis jurisprudencial - como una restricción del ámbito de la publicidad, por cuanto la literalidad del artículo 8° de la Constitución Política, finalmente promulgado terminó por referirse exclusivamente al ámbito del acto administrativo.

2.1.2. Proyectos en trámite: boletín N°8805-07 y N° 13.206-07

En cuanto a los proyectos de Ley para modificar la Constitución, se hace relevante mencionar aquél que “Otorga reconocimiento constitucional al principio de transparencia y al derecho de acceso a la información pública”, tramitándose en el boletín N°8805-07⁵⁶. Fue presentado mediante moción o iniciativa parlamentaria por los senadores señor Hernán Larraín, Soledad Alvear, García Ruminot, Isabel Allende y Eugenio Tuma, en enero de 2013, y se encuentra actualmente en Comisión Mixta, a la espera de un segundo informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, desde marzo de 2018.

54. Historia de la Ley n° 20.050. [En línea]

https://www.bcn.cl/historiadelaLey/fileadmin/file_Ley/6131/HLD_6131_37a6259cc0c1dae299a7866489dff0bd.pdf páginas 82-83.

55. Historia de la Ley n° 20.050, p. 633. [En línea]

https://www.bcn.cl/historiadelaLey/fileadmin/file_Ley/6131/HLD_6131_37a6259cc0c1dae299a7866489dff0bd.pdf

56. BOLETIN N°8805-07. Moción, por los senadores Larraín, Alvear, Ruminot, Allende y Tuma. Otorga reconocimiento constitucional al principio de transparencia y al derecho de acceso a la información pública. Presentación 01/2013.

[En línea] https://www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php?boletin_ini=8805-07



La moción señala que los avances que han tenido lugar en materia de transparencia durante los últimos años,

“[...] han permitido, también, visibilizar los obstáculos y dificultades que enfrenta el país para profundizar la cultura de transparencia. Entre ellos, la falta de consagración expresa en la Constitución del principio de transparencia y el derecho de acceso a la información pública, aunque su incorporación puede desprenderse de su tenor actual, ha derivado en criterios interpretativos contradictorios de su inserción en la Constitución. [...] recientes sentencias de 2012 del Tribunal Constitucional muestran un retroceso jurisprudencial que los despoja del sustento y protección que concede el artículo 8° de la Constitución, al señalar que dicho artículo “No habla ni de acceso, ni de entrega, ni de transparencia, circunscribiendo el derecho implícitamente sólo a lo dispuesto en el artículo 19 N°12.”

En ese sentido es que el proyecto propone modificar el inciso 1 del artículo 8° de la Constitución Política, que sostiene que “el ejercicio de las funciones públicas obliga a sus titulares a dar estricto cumplimiento al principio de probidad en todas sus actuaciones”, por “el ejercicio de las funciones públicas obliga a sus titulares a dar estricto cumplimiento al principio de probidad, **transparencia y al acceso a información pública** en todas sus actuaciones”.

Además, propuso incorporar en el numeral 12 del artículo 19 que “Toda persona tiene derecho a buscar, requerir y recibir información pública, en la forma y condiciones que establezca la Ley, la que deberá ser de quórum calificado.”

La tramitación del proyecto derivó en la formación de una Comisión Mixta compuesta por Senadores y Diputados⁵⁷. En su primer informe, se señala que el presidente de la comisión y autor del proyecto, senador Larraín, hizo hincapié en que el proyecto busca hacer frente al desconocimiento que deja entrever la tendencia jurisprudencial del Tribunal Constitucional acerca del sustento y protección que el artículo 8° concedía a los principios de publicidad y acceso a la información pública.⁵⁸

Sin embargo, en dicho informe se precisa que la Cámara de Diputados estimó redundante la redacción propuesta. Por un lado, ya que un principio constitucional incluiría, a su vez, otros principios, y por otro, ya que éstos ya se encuentran recogidos en la Ley N°20.285. En ese sentido es que aprobaron la sustitución de dicha redacción por: “En el desempeño de las funciones públicas sus titulares deben observar los principios de probidad y transparencia”, eliminando en definitiva la mención al derecho al acceso a la información pública.⁵⁹

Al discutir la materia, se propuso que, en atención a lo esgrimido en la Cámara de Diputados, se sancionara la redacción que sobre el inciso primero del artículo 8° aprobó en su oportunidad dicha Cámara, dejando no obstante constancia de que no se incluirían los principios de publicidad y de acceso a la información pública por ser redundantes. Agregaron al final del citado inciso, “en todas sus actuaciones”.⁶⁰

57. De acuerdo con el artículo 70 de la Constitución Política de la República, en caso de existir conflictos entre la Cámara del Senado y la Cámara de Diputados sobre la revisión de un proyecto de Ley, se formará una Comisión Mixta compuesta por igual número de diputados y senadores, que tendrá por objetivo proponer la forma y modo de resolver el conflicto.

58. Informe Comisión Mixta, 06/10/2017, p. 3. En: BOLETÍN N°8805-07. Moción, por los senadores Larraín, Alvear, Ruminot, Allende y Tuma. Otorga reconocimiento constitucional al principio de transparencia y al derecho de acceso a la información pública. Presentación 01/2013.

[En línea] https://www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php?boletin_ini=8805-07

59. Informe Comisión Mixta, 06/10/2017, p.3. En: BOLETÍN N°8805-07.

60. Informe Comisión Mixta, 06/10/2017, p.8 y 10. En: BOLETÍN N°8805-07.



Por otro lado, se propuso que el texto a incorporar al numeral 12 del artículo 19 sea “Toda persona tiene derecho a buscar, requerir y recibir información pública, en la forma y condiciones que establezca la Ley.”, eliminando la exigencia del quórum calificado.⁶¹

Al discutirse la propuesta de la Comisión Mixta en la sala del Senado⁶², el Senador Letelier expresó que a su parecer “todo acto que se ejecute con recursos fiscales debe ser público, sin que ninguna Ley secreta existente previamente pueda considerarse vigente, pues con la presente iniciativa quedaría tácitamente derogada”; no obstante, el senador Coloma difirió con tal apreciación:

“Una cosa es que el acto sea transparente -y quede consignado en un acta, siguiendo la lógica aquí planteada-, y otra cosa distinta es entender que, a partir de ahora, cualquier proceso de toma de decisiones, en que puede haber controversias, en que puede haber diferencias, en que puede haber, legítimamente, opiniones diversas, sobre todo al interior de un conglomerado, debe tener un tratamiento distinto en virtud de la nueva disposición, que derogaría las actualmente vigentes. Hoy día la norma es clara en esta materia: la transparencia rige respecto de los actos y respecto del modo como se genera la toma de decisiones, pero ello no se traduce en que cualquier acción relacionada con una política pública deba entrar en la misma lógica.”

A su vez, el senador Huenchumilla expresó que:

“La modificación al artículo 8° es amplia y general, y se refiere al “desempeño de las funciones” del actor público, del funcionario público. En consecuencia, considero conveniente tener presente esta distinción. La obligación que estamos introduciendo se incorpora en un precepto que habla de actos jurídicos administrativos y no se refiere al desempeño que debe tener un funcionario público al ejercer sus funciones públicas. Son dos cosas diferentes. El acto jurídico administrativo tiene un íter que puede pasar por muchas partes, por muchos actos privados (conversaciones, diálogos de todo tipo), hasta traducirse, en definitiva, en un acto jurídico administrativo propiamente tal. Por eso, llamo la atención sobre si no estamos haciendo una combinación en una norma que puede prestarse para una interpretación no correcta, a mi juicio, del texto constitucional.”

Así, frente a las dudas planteadas respecto del alcance de la modificación al artículo 8 de la Constitución Política, la sala del Senado acordó rechazar la propuesta de la Comisión Mixta y solicitar segundo informe al respecto (14/03/2018).

En segundo lugar, cabe mencionar un proyecto de Ley ingresado a trámite en enero de 2020 por los diputados Diego Ibáñez, Ricardo Celis, Vlado Mirosevic y Gonzalo Winter y las diputadas Maya Fernández, Cristina Girardi, Carolina Marzán, Andrea Parra, que “Modifica la Carta Fundamental para imponer al Estado el deber de promover y facilitar la participación ciudadana y el acceso a la información de todas las personas, en materias referidas al medio ambiente”, tramitándose en el boletín N° 13.206-07⁶³. La moción hace explícita referencia a la problemática en comento, aduciendo que “El derecho de acceso a la información en materia ambiental es una manifestación concreta o específica del derecho de acceso a la información pública. No obstante, “la Constitución no establece explícitamente el derecho de acceso a la información pública. Éste

61. Al respecto, la Comisión Mixta dejó expresa constancia de que, de promulgarse dicha incorporación al artículo 19 n°12, la vía del recurso de protección no deberá constituir la sede natural o vía idónea expedita para reclamar por una denegación del acceso a la información, debiendo el reclamante agotar las vías administrativas en primer término. Informe complementario Comisión Mixta, 19/03/2018, p. 5. En: BOLETÍN N°8805-07.

62. Discusión del informe de la comisión mixta en el Senado. 14/03/2018. En: En: BOLETÍN N°8805-07.

63. BOLETÍN 13206-07. Moción, por los Diputados y las Diputadas: Bernales, Celis, Fernández, Girardi, Ibáñez, Marzán, Mirosevic, Parra, Winter. Modifica la Carta Fundamental para imponer al Estado el deber de promover y facilitar la participación ciudadana y el acceso a la información de todas las personas, en materias referidas al medio ambiente. Presentación: 01/2020. [En línea] https://www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php?boletin_ini=13206-07



ha sido reconocido por la jurisprudencia constitucional a partir del año 2006⁶⁴ “. El articulado propuesto se incorporaría en el artículo 19 N°8, como incisos tercero, cuarto y final nuevos:

“Es deber del Estado facilitar y promover la participación ciudadana de todos los interesados en materias referidas al medio ambiente, permitir y facilitar el acceso a toda la información ambiental de la que el Estado disponga, por cualquier vía, o deba recopilar, como aquella relativa a los materiales y actividades que encierran peligro en sus comunidades.

La participación de las personas en los procesos de toma de decisiones en materia ambiental, comprenderá el acceso permanente a la información y el acceso a la justicia cuando el derecho a participar sea vulnerado.

La autoridad respectiva deberá considerar y ponderar los resultados de los procesos de participación para tomar sus decisiones”

La propuesta se encuentra en la etapa inicial de tramitación, en la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, a la espera de la dictación del correspondiente informe. Es así como aún no consta discusión alguna en relación a los obstáculos que podría encontrar el reconocimiento de dicho derecho.

64. Contreras, Pablo; García, Gonzalo (2014): Diccionario Constitucional Chileno, primera edición. Cuadernos del Tribunal Constitucional Núm.55. Santiago de Chile, p, 23. En: Moción del BOLETÍN 13.206-07, p, 2.



2.2. INICIATIVAS DE REFORMA LEGAL

2.2.1. Modificaciones a la Ley de Pesca y Ley 20.417 que modificó la Ley 19.300 de Bases del Medio Ambiente.

En específico, en materia de pesca y acuicultura, ha habido tres Leyes con especial incidencia en temas entrega o/ acceso a la información, al incorporar a la Ley N°18.892 General de Pesca y Acuicultura exigencias al respecto, mostrando interés de parte de los legisladores en avanzar en la materia.

La primera de ellas es la Ley N° 20.434 de 2010, que modifica la Ley General de Pesca y Acuicultura, en materia de acuicultura (numeral 52) del artículo 2, artículo 67 quinquies, inciso segundo artículo 86, enmienda al artículo 87, artículo 90 quáter)⁶⁵. La segunda, la Ley N° 20.657 de 2013, que modifica en el ámbito de la sustentabilidad de recursos hidrobiológicos, acceso a la actividad pesquera industrial y artesanal y regulaciones para la investigación y fiscalización, la Ley General de Pesca y Acuicultura (numeral 65) artículo 1, artículo 4°A, artículo 6°B, modificación artículo 63, artículo 156 bis, y artículo 156 B)⁶⁶. La tercera, la Ley N° 20.560 de 2012, que modifica la

65. Artículo 2 n°52): Agrupación de concesiones. El reglamento establecerá las materias en que procederán estas medidas, el procedimiento y el quórum de aprobación de las mismas. Para los efectos de establecer los acuerdos, cada concesión tendrá derecho a un voto. Estos acuerdos se someterán a todas las limitaciones previstas en este numeral. Todas las medidas adoptadas serán de carácter público y deberán informarse en el sitio de dominio electrónico del Servicio.

Artículo 67 quinquies: La forma y requisitos de entrega de información de la actividad de los establecimientos que operan sobre especies ornamentales en terrenos privados, se establecerá en el reglamento. Se eliminará del Registro a quien no informe operaciones por cuatro años consecutivos

Artículo 86 inciso segundo: [...] El reglamento establecerá las condiciones y el procedimiento para el establecimiento de las agrupaciones de concesiones, las condiciones que deberán cumplir las pisciculturas y los centros de cultivo en agua dulce, los informes que deberán ser entregados periódicamente por los titulares de los centros de cultivo cuyo contenido deberá referirse como mínimo al uso de antimicrobianos, vacunas, químicos y tratamiento de desechos. Prohíbese la aplicación de antimicrobianos en forma preventiva en la acuicultura y todo uso perjudicial para la salud humana.

Enmienda al Artículo 87: [...] Asimismo, deberán contemplarse, entre otras, medidas para la prevención de escapes y desprendimiento de ejemplares exóticos en cultivo, las que incluirán las referidas a la seguridad de las estructuras de cultivo atendidas las características geográficas y oceanográficas del sector, las obligaciones de reporte de estos eventos y las acciones de mitigación [...]

Artículo 90 quáter: Sin perjuicio de las normas sobre acceso a la información pública, el Servicio deberá mantener en su sitio de dominio electrónico la información actualizada sobre las siguientes materias: a) Solicitudes de concesión de acuicultura ingresadas a trámite, señalando su número de ingreso, ubicación, superficie y grupo de especies hidrobiológicas incorporadas en el proyecto técnico. b) Informes sobre situación sanitaria y uso de antimicrobianos por cantidad y tipo de las agrupaciones de concesiones e informes sobre el programa nacional de vigilancia de enfermedades de alto riesgo, de conformidad con el reglamento a que se refiere el artículo 86. La información será actualizada semestralmente. c) Resultados de los informes ambientales de los centros de cultivo. d) Zonificación sanitaria que se realice de conformidad con el reglamento a que se refiere el artículo 86, indicando las zonas libres, infectadas y de vigilancia. e) Centros de cultivo con suspensión de operaciones por incumplimiento de las condiciones ambientales dispuestas en el reglamento. f) Identificación de las embarcaciones sancionadas de conformidad con el artículo 86 ter.”.

66. Artículo 1 n°65): Informe Técnico: Acto administrativo mediante el cual el órgano competente expresa los fundamentos de orden científico, ambiental, técnico, económico y social, cuando corresponda, que recomiendan la adopción de una medida de conservación o administración u otra que establezca esta Ley. Los datos e información que sustentan el informe técnico serán públicos, así como el informe técnico, el que, además, deberá estar publicado en la página de dominio electrónico de la Subsecretaría.

Artículo 4 A): La Subsecretaría deberá, en el mes de marzo de cada año, elaborar un informe sobre el estado de situación de cada pesquería que tenga su acceso cerrado, declarada en estado de plena explotación, recuperación o desarrollo incipiente. El informe se deberá efectuar de conformidad con las definiciones del estado de situación de las pesquerías contenidas en esta Ley, las medidas de administración y la investigación desarrollada durante el período. Dicho informe deberá publicarse en su página de dominio electrónico.

Artículo 6 B): [...] La Subsecretaría deberá, en el mes de marzo de cada año, elaborar un informe sobre el estado de situación de cada pesquería que tenga su acceso cerrado, declarada en estado de plena explotación, recuperación o desarrollo incipiente. El informe se deberá efectuar de conformidad con las definiciones del estado de situación de las pesquerías contenidas en esta Ley, las medidas de administración y la investigación desarrollada durante el período. Dicho informe deberá publicarse en su página de dominio electrónico. [...] La Subsecretaría deberá publicar en su sitio de dominio electrónico los informes de hallazgo de los observadores científicos a que se refiere el inciso anterior.



regulación de la Pesca de Investigación, regulariza Pesquerías Artesanales, incorpora Planes de Manejo Bentónicos y regula Cuota Global de Captura (artículo 98)⁶⁷.

Por otro lado, la Ley N° 20.417 de 2010, que modificó la Ley 19.300 de Bases del Medio Ambiente y creó la Superintendencia del Medio Ambiente, incorporó el párrafo 3° bis⁶⁸, sobre Acceso a la Información Ambiental, consagrando expresamente en su artículo 31 bis que “Toda persona tiene derecho a acceder a la información de carácter ambiental que se encuentre en poder de la Administración, de conformidad a lo señalado en la Constitución Política de la República y en la Ley N° 20.285 sobre Acceso a la Información Pública” y estableciendo obligaciones específicas en materia de publicidad y transparencia a los órganos pertenecientes a la institucionalidad. Ambiental.

No obstante, de la revisión de la discusión legislativa de tales Leyes, se advierte que ninguna de ellas suscitó conflicto constitucional alguno en relación a las normas relacionadas a la publicidad, acceso y entrega a la información.⁶⁹

Modificación Artículo 63: Los armadores pesqueros, industriales o artesanales deberán informar al Servicio, sus capturas y desembarques por cada una de las naves o embarcaciones que utilicen, de conformidad a las siguientes reglas: [...] Los que realicen cualquier tipo de actividad de acuicultura y a cualquier título, así como quienes realicen colecta de semillas en virtud de los artículos 75 quáter y 75 quinquies, deberán informar conforme al reglamento, sobre las estructuras utilizadas en el cultivo, el abastecimiento, existencia, cosecha, situación sanitaria, origen y destino de los ejemplares.

Artículo 156 bis: [...] El Instituto administrará las bases de datos generadas en las actividades de investigación y monitoreo de las pesquerías y de la acuicultura, conforme a las políticas que se definan por el Ministerio. Estas bases de datos serán de propiedad del Estado y de acceso público.

Artículo 156 B: Los informes y demás antecedentes recabados de conformidad a los artículos anteriores, deberán ser puestos a disposición del público general de forma permanente en el sitio de dominio electrónico del Instituto tan pronto como sean remitidos a la Subsecretaría.

67. Artículo 98: La Subsecretaría autorizará mediante resolución la pesca de investigación de conformidad con las normas de este Párrafo. Las solicitudes deberán enmarcarse dentro de los propósitos definidos en el número 29) del artículo 2° de esta Ley. Los resultados de las investigaciones deberán comunicarse a la Subsecretaría mediante el envío de informes, incluyendo los datos recopilados, dentro de los plazos y de acuerdo con la metodología y objetivos del proyecto aprobado. Dentro del plazo de diez días de cumplida la exigencia de enviar el informe de resultados, éstos deberán publicarse en el sitio web de la Subsecretaría. El incumplimiento de la obligación antes señalada se considerará como causal suficiente para denegar cualquier nueva solicitud de pesca de investigación, mientras no se regularice la entrega y aprobación del informe final, el que será público. Todos los resultados y bases de datos obtenidos mediante la investigación realizada con pesca de investigación serán públicos. La Subsecretaría deberá llevar un registro de ellos y publicarlos en su sitio web.

68. Artículo 31 bis: Toda persona tiene derecho a acceder a la información de carácter ambiental que se encuentre en poder de la Administración, de conformidad a lo señalado en la Constitución Política de la República y en la Ley N° 20.285 sobre Acceso a la Información Pública. Se entenderá por información ambiental toda aquella de carácter escrita, visual, sonora, electrónica o registrada de cualquier otra forma que se encuentre en poder de la Administración y que verse sobre las siguientes cuestiones: [...].

Artículo 31 ter: El Ministerio del Medio Ambiente administrará un Sistema Nacional de Información Ambiental, desglosada regionalmente, en el cual se indicará: [...]

Artículo 31 quáter: Cualquier persona que se considere lesionada en su derecho a acceder a la información ambiental, podrá recurrir ante la autoridad competente, de conformidad con lo señalado en la Ley N° 20.285, sobre Acceso a la Información Pública.”

69. BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. Historia de la Ley n° 20.434. [En línea]

https://www.bcn.cl/historiadelaley/fileadmin/file_Ley/4810/HLD_4810_37a6259cc0c1dae299a7866489dff0bd.pdf

BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. Historia de la Ley n° 20.657. [En línea]

https://www.bcn.cl/historiadelaley/fileadmin/file_Ley/4452/HLD_4452_37a6259cc0c1dae299a7866489dff0bd.pdf

BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. Historia de la Ley n° 20.560. [En línea]

https://www.bcn.cl/historiadelaley/fileadmin/file_Ley/4534/HLD_4534_37a6259cc0c1dae299a7866489dff0bd.pdf

BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. Historia de la Ley n° 20.417. [En línea]

https://www.bcn.cl/historiadelaley/fileadmin/file_Ley/4798/HLD_4798_37a6259cc0c1dae299a7866489dff0bd.pdf



2.2.2. Proyectos de Ley en trámite: boletín N°12.100-07, boletín N°9404-12, boletín N°11.571-21, boletín N°13.194-21, boletín 12535-21.

En cuanto a los proyectos de Ley relacionados con transparencia y publicidad, cabe mencionar que en septiembre de 2018 el ejecutivo ingresó a trámite un proyecto de Ley que modifica la Ley N°20.285 sobre Acceso a la Información Pública, tramitándose en boletín N°12.100-07⁷⁰. El mensaje explicita que el referido proyecto busca perfeccionar la institucionalidad que rige actualmente esta materia, y que es resultado de un diagnóstico de las falencias y necesidades de mejora⁷¹:

En cuanto al principio de transparencia y derecho de acceso a la información, comenta que:

“Otro aspecto que es preciso enfatizar se encuentra fuertemente vinculado con la cultura de transparencia y de acceso a la información que se ha generado en nuestro país luego de la entrada en vigencia de la reforma constitucional de 2005. En efecto, a partir de la mencionada modificación, nuestra Constitución Política, en el inciso segundo de su artículo 8°, declara con vehemencia que “[s]on públicos los actos y resoluciones de los órganos del Estado, así como sus fundamentos y los procedimientos que utilicen”.

Sobre el particular, es necesario puntualizar que la disposición constitucional señalada es de la mayor importancia, puesto que la Carta Fundamental elevó a rango constitucional el principio de transparencia en el ejercicio de la función pública, erigiéndose aquél como una de las bases de nuestra institucionalidad, el que se encuentra complementado por el derecho a acceder a la información pública, el cual se entiende como una condición esencial para la creación y establecimiento de una sociedad verdaderamente democrática.”⁷²

En esa línea argumentativa es que el proyecto, ya aprobado en Primer Trámite Constitucional por la Cámara de Diputados, contempla la modificación del artículo 5 de la Ley en comento⁷³⁻⁷⁴. Se propone, por un lado, la eliminación las menciones a los “órganos de la Administración del Estado”, para referirse simplemente a los “órganos del Estado” (tanto en el inciso primero como segundo), teniendo por objeto incluir dentro del ámbito de aplicación de la normativa a los órganos autónomos constitucionales. Esto va en línea con la modificación del artículo 2, sujetando al “Congreso Nacional, el Ministerio Público, el Tribunal Constitucional, el Servicio Electoral, el Tribunal Calificador de Elecciones”, además de la Contraloría y el Banco Central (ya contemplados en la actual Ley) a las disposiciones que la referida Ley expresamente señale.

70. BOLETÍN 12100-07. Mensaje Presidencial. Modifica la Ley no. 20.285 sobre acceso a la información pública. Presentación: 09/2018. [En línea] https://www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php?boletin_ini=12100-07.

El mensaje refiere que para la elaboración del proyecto se tomó a su vez en consideración el boletín 7686-07 de 2011.

71. El texto legal incluye la creación de un estatuto único de transparencia; nuevos sujetos obligados; establece nuevas obligaciones de transparencia activa; mejora el mecanismo y procedimiento para hacer efectivo el derecho de acceso a la información pública; robustece el procedimiento sancionatorio de infracciones y de las sanciones; crea la Comisión de Coordinación de la Ley de Transparencia; crea el Portal de Transparencia del Estado; fortalece la institucionalidad del Consejo para la Transparencia; y fortalece institucionalmente al Ministerio de la Segpres en lo referente a integridad, probidad y transparencia. En: Diario Constitucional. 6 de julio 2020. Todo sobre el proyecto de Ley transparencia 2.0. [En línea] diario-constitucional.cl/noticias/asuntos-de-interes-publico/2020/07/06/todo-sobre-el-proyecto-de-Ley-transparencia-20/

72. BOLETÍN 12.100-07. Mensaje, p. 3.

73. Artículo 5°: En virtud del principio de transparencia de la función pública, los actos y resoluciones de los órganos de la Administración del Estado, sus fundamentos, los documentos que les sirvan de sustento o complemento directo y esencial, y los procedimientos que se utilicen para su dictación, son públicos, salvo las excepciones que establece esta Ley y las previstas en otras Leyes de quórum calificado. Asimismo, es pública la información elaborada con presupuesto público y toda otra información que obre en poder de los órganos de la Administración, cualquiera sea su formato, soporte, fecha de creación, origen, clasificación o procesamiento, a menos que esté sujeta a las excepciones señaladas.

74. Otra propuesta que podría ser de interés, es la incorporación al artículo 20, del siguiente inciso: “Podrá omitirse la notificación señalada en el inciso primero en los siguientes casos: a) Si el órgano de la Administración del Estado acredita que la información solicitada es secreta o reservada de acuerdo a una Ley de quórum calificado. [...]”



Por otro lado, se aprobó también por la Cámara la inclusión de la siguiente frase en el inciso segundo (énfasis corresponde al texto incorporado): “Asimismo, es pública la información elaborada con presupuesto público y toda otra información que obre en poder de los órganos del Estado cuando ésta haya sido entregada en virtud de un mandato legal o a requerimiento de dichos órganos, en el ejercicio de sus competencias, cualquiera sea su formato, soporte, fecha de creación, origen, clasificación o procesamiento, a menos que esté sujeta a las excepciones señaladas.”

Como se mencionó, el proyecto se encuentra actualmente iniciando su tramitación en Segundo Trámite Constitucional (oficio al Senado en marzo de 2020), lo cual implica que en el Primer Trámite ya fue examinado y aprobado por la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, sin constar en la historia legislativa -hasta el momento- discusión alguna en cuanto a un potencial conflicto entre el proyecto de Ley y la Constitución Política.

En segundo lugar, constan en la discusión legislativa otros proyectos de Ley relativos a la publicidad, acceso o entrega de información, específicamente relacionados con la pesca, la acuicultura o el medioambiente. Sin embargo, a la fecha tampoco consta, en su tramitación, discusión alguna que se haya suscitado respecto de un potencial conflicto con la Constitución Política. Se mencionan de todas formas, a continuación, con el objeto de tenerlos en cuenta para un eventual seguimiento de la tramitación:

- i. Proyecto de Ley que crea el Servicio de Biodiversidad y Áreas Protegidas y el Sistema Nacional de Áreas Protegidas, ingresado por mensaje presidencial el año 2014 y tramitándose en el boletín N° 9404-12.⁷⁵ Se encuentra comenzado el Segundo Trámite Constitucional, a la espera de los informes de las respectivas comisiones (08/2019). El texto aprobado por el Senado incorpora el principio participativo: “es deber del Estado contar con los mecanismos que permitan la participación de toda persona y las comunidades en la conservación de la biodiversidad, tanto a nivel nacional, como regional y local [...]” y el de información: “es deber del Estado facilitar y promover el acceso a la información sobre biodiversidad del país y especialmente, el conocimiento sobre los servicios ecosistémicos y su valoración.” Por otro lado, el artículo 24 del proyecto incorpora un Sistema de Información de Biodiversidad⁷⁶, el cual será de acceso público, en lo que corresponda.
- ii. Proyecto de Ley que modifica la Ley N°18.892, General de Pesca y Acuicultura, en materia de prohibición de captura de especies salmonídeas provenientes de cultivos de acuicultura, ingresado por moción a la Cámara de Diputados en 2018, y tramitándose en el boletín N°11.571-21⁷⁷. Se encuentra actualmente en Segundo Trámite Constitucional, aprobado por la Comisión Intereses Marítimos, Pesca y Acuicultura (08/2019). Como su nombre lo indica, el objeto inicial de este proyecto consistía exclusivamente en legislar acerca de excepcionar la prohibición de captura de especies salmonídeas. No obstante, en la discusión particular

75. Boletín 9404-192. BOLETÍN 9404-12. Mensaje Presidencial. Proyecto de Ley que crea el Servicio de Biodiversidad y Áreas Protegidas y el Sistema Nacional de Áreas Protegidas. Presentación: 06/2014. [En línea] www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php?boletin_ini=9404-12

76. “El Servicio elaborará y administrará un sistema de información de la biodiversidad, el que almacenará y manejará datos de observación sobre ecosistemas y especies; información georreferenciada sobre su entorno abiótico, acuático y terrestre; imágenes espaciales; servicios ecosistémicos; áreas protegidas, ecosistemas amenazados, ecosistemas degradados, sitios prioritarios; y toda otra información relevante para la gestión de la conservación de la biodiversidad. Este sistema contendrá los inventarios de ecosistemas terrestres, marinos, acuáticos continentales, incluidos los humedales; de especies y su variabilidad genética. [...]”

77. BOLETÍN 11571-21. Moción, por los diputados Morano, Flores, Berger, y Fuentes. Proyecto de Ley que modifica la Ley N°18.892, General de Pesca y Acuicultura, en materia de prohibición de captura de especies salmonídeas provenientes de cultivos de acuicultura. Presentación: 01/2018. [En línea]

https://www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php?boletin_ini=11571-21



de la Cámara de Diputados, se aprobó incorporar al artículo 90 quáter de la Ley 18.892⁷⁸ que “mensualmente deberá publicarse información sobre la cantidad y clase de antibióticos utilizados y la respectiva biomasa, mortalidad y cosecha, si las hubiere en ese mes. Esta información deberá desagregarse por empresa y centro de cultivo”.

- iii. Proyecto de Ley que establece la obligación de las empresas que desarrollan la actividad pesquera y de acuicultura, de retirar del lugar de operaciones todos los residuos compuestos de plástico y otros polímeros, que descarten con ocasión de su actividad industrial, ingresado por moción a la Cámara de Diputados en 2019, y tramitándose en el boletín N°13.194-21⁷⁹. Se encuentra actualmente en el Primer Trámite Constitucional, a la espera del primer informe de la comisión de Pesca, Acuicultura e Intereses Marítimos. Su artículo 6° establece que “Las empresas sujetas a la obligación de la extracción del residuo orgánico del océano chileno, deberán transparentar el cumplimiento de su obligación por medio de sus departamentos o direcciones de sostenibilidad, como así mismo incorporarlos en las memorias, los cuales deberán ser datos públicos y de acceso a la ciudadanía por medio de sus plataformas electrónicas.”
- iv. Proyecto de Ley que modifica la Ley General de Pesca y Acuicultura en el ámbito de los recursos bentónicos, ingresado por mensaje al Senado en 2019, tramitándose en el boletín 12535-21.⁸⁰ Propone reemplazar el actual inciso 5 del artículo 63⁸¹, por “Los que realicen cualquier tipo de actividad de acuicultura y a cualquier título, deberán informar las estructuras utilizadas en el cultivo, el abastecimiento incluido el alimento para ejemplares en cultivo, existencia, cosecha, situación sanitaria, origen, traslado y destino de los ejemplares. Con todo, aquellos centros de cultivo que se abastezcan de alimento consistente en recursos hidrobiológicos procedentes de bancos o praderas naturales, deberán individualizar el agente extractivo, su procedencia y las cantidades que son adquiridas mensualmente por especie. Toda la información deberá ser entregada en la forma, condiciones y oportunidad que determine el reglamento. La misma obligación deberán cumplir quienes efectúen actividades de captación de semillas mediante la instalación de colectores.”.
- v. Proyecto de Ley que modifica la Ley General de Pesca y Acuicultura, estableciendo normas ambientales para la acuicultura, ingresado por moción al Senado en 2019, tramitándose en el boletín 12634-12 (refundido con 12605-21)⁸². Se encuentra actualmente en primer trámite constitucional, a la espera de la dictación del informe de la comisión de Medio Ambiente y Bienes Nacionales, y propone agregar: (i) un inciso final nuevo al artículo 74: “La obligación de limpieza incluye la de remoción del material sedimentado acumulado en el suelo de la concesión. El titular de la concesión deberá presentar a la autoridad competente informe del retiro de todos implementos utilizados para la explotación de acuicultura, y del material

78. Artículo 90 quáter: Sin perjuicio de las normas sobre acceso a la información pública, el Servicio deberá mantener en su sitio de dominio electrónico la información actualizada sobre las siguientes materias: [...]

79. BOLETÍN 13194-21. Moción, por los diputados Ascencio, Calisto, y las diputadas Hernando y Vallejo. Establece la obligación de las empresas que desarrollan la actividad pesquera y de acuicultura, de retirar del lugar de operaciones todos los residuos compuestos de plástico y otros polímeros, que descarten con ocasión de su actividad industrial. Presentación: 12/2019. [En línea] https://www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php?boletin_ini=13194-21

80. BOLETÍN 12535-21. Mensaje. Modifica la Ley General de Pesca y Acuicultura en el ámbito de los recursos bentónicos. Presentación: 04/2019. [En línea] https://www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php?boletin_ini=12535-21

81. Inciso 5 artículo 63 Ley 18.892 actual: “Los que realicen cualquier tipo de actividad de acuicultura y a cualquier título, así como quienes realicen colecta de semillas en virtud de los artículos 75 quáter y 75 quinquies, deberán informar conforme al reglamento, sobre las estructuras utilizadas en el cultivo, el abastecimiento, existencia, cosecha, situación sanitaria, origen y destino de los ejemplares.”

82. BOLETIN 12634-12, refundido con BOLETIN 12605-21. Moción, por los senadores y las senadoras Allende, Girardi, Órdenes, Prohens, Sandoval establece normas ambientales y de adaptación al cambio climático para la actividad de acuicultura. [En línea]

https://www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php?boletin_ini=12634-12



sedimentado acumulado.”; y (ii) un inciso cuarto nuevo al artículo 87:”Una vez iniciada la ejecución del proyecto, y hasta un año después del retiro total de la infraestructura instalada, los titulares de las concesiones deberán presentar información respecto de la calidad de las aguas, estudios bacteriológicos de fauna, sedimentos sobre suelo y condiciones aeróbicas de las concesiones de acuicultura las que se verificarán mediante monitoreo continuo de los centros de cultivo.

3. ANALISIS JURISPRUDENCIAL

3.1. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

3.1.1. Catastro

Para el análisis de jurisprudencia sobre transparencia y publicidad se realizó un catastro de sentencias del Tribunal Constitucional en las páginas oficiales del organismo, en un buscador de jurisprudencia (vlex) y en prensa, utilizando los conceptos de “información pública” “Transparencia” “información ambiental” “pesca” “océano” “salmón” “jibia” y “merluza”, arrojando el siguiente resultado:

Tabla 3

Tribunal Constitucional			
Fecha	Rol	Tipo de control constitucional	Fallo
27.12.2016	2907-2015	Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad Art. 93 N°6 interpuesto por empresa.	Declara inaplicabilidad artículo 5 inc.2 y 10 inc.2 Ley 20.285, y 31 bis Ley 19.300
27.12.2016	2982-2016 los autos (acumulada rol N° 11.119-2015)	Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad Art. 93 N°6 interpuesto por Servicio Nacional de Pesca y Acuicultura	Declara inaplicabilidad artículo 5 inc.2 y 10 inc.2 Ley 20.285.
23.03.2017	3111-2016	Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad Art. 93 N°6 interpuesto por empresa.	Declara inaplicabilidad artículo 5 inc.2.
12.03.2019	4986-2019	Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad Art. 93 N°6 interpuesto por empresa.	Declara inaplicabilidad artículo 5 inc.2 y 10 inc.2 Ley 20.285, y 31 bis Ley 19.300
14.05.2019	3974-2017	Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad Art. 93 N°6 interpuesto por empresa.	Declara inaplicabilidad artículo 5 inc.2 y 10 inc.2 Ley 20.285, y 31 bis Ley 19.300
29.08.2019	5950-2019	Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad Art. 93 N°6 interpuesto por empresa.	Declara inaplicabilidad artículo 5 inc.2 y 10 inc.2 Ley 20.285, y 31 bis Ley 19.300



3.1.2. Antecedentes normativos que motivan la interposición del recurso de inaplicabilidad del artículo 93 N°6 de la Constitución política de la República.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional en materia de medio ambiente y protección de los océanos se basa principalmente en los requerimientos de inaplicabilidad del artículo 93 N° 6 de la Constitución Política de la República. De los casos examinados se identifica que la base normativa que motiva este control de constitucionalidad por parte de este tribunal son, principalmente, el artículo 5 inciso 2 y artículo 10 inciso 2 de la Ley N°20.285, los cuales señalan respectivamente:

Artículo 5° inciso 2°:

“Asimismo, es pública la información elaborada con presupuesto público y toda otra información que obre en poder de los órganos de la Administración, cualquiera sea su formato, soporte, fecha de creación, origen, clasificación o procesamiento, a menos que esté sujeta a las excepciones señaladas”.

Artículo 10° inciso 2°

“El acceso a la información comprende el derecho de acceder a las informaciones contenidas en actos, resoluciones, actas, expedientes, contratos y acuerdos, así como a toda información elaborada con presupuesto público, cualquiera sea el formato o soporte en que se contenga, salvo las excepciones legales”.

En algunos de estos casos⁸³ se incorpora, también, la discusión sobre la constitucionalidad del artículo 31 bis de la Ley N° 19.300, el cual establece que “Toda persona tiene derecho a acceder a la información de carácter ambiental que se encuentre en poder de la Administración, de conformidad a lo señalado en la Constitución Política de la República y en la Ley N° 20.285 sobre Acceso a la Información Pública”. Para luego establecer que “se entenderá por información ambiental toda aquella de carácter escrita, visual, sonora, electrónica o registrada de cualquier otra forma que se encuentre en poder de la Administración” y añadir un catálogo de cuestiones consideradas información ambiental:

a) El estado de los elementos del medio ambiente, como el aire y la atmósfera, el agua, el suelo, los paisajes, las áreas protegidas, la diversidad biológica y sus componentes, incluidos los organismos genéticamente modificados; y la interacción entre estos elementos.

b) Los factores, tales como sustancias, energía, ruido, radiaciones o residuos, incluidos los residuos radiactivos, emisiones, vertidos y otras liberaciones en el medio ambiente, que afecten o puedan afectar a los elementos del medio ambiente señalados en el número anterior.

c) Los actos administrativos relativos a materias ambientales, o que afecten o puedan afectar a los elementos y factores citados en las letras a) y b), y las medidas, políticas, normas, planes, programas, que les sirvan de fundamento.

d) Los informes de cumplimiento de la legislación ambiental.

e) Los análisis económicos, sociales, así como otros estudios utilizados en la toma de decisiones relativas a los actos administrativos y sus fundamentos, señalados en la letra c).

83. STC 2907-15, 5059-19, 4986-19, 3974-17.



f) El estado de salud y seguridad de las personas, condiciones de vida humana, bienes del patrimonio cultural, cuando sean o puedan verse afectados por el estado de los elementos del medio ambiente citados en la letra a) o por cualquiera de los factores y medidas señaladas en las letras b) y c).

g) Toda aquella otra información que verse sobre medio ambiente o sobre los elementos, componentes o conceptos definidos en el artículo 2° de la Ley”

Basándose en la aplicación de dichos preceptos legales, en diversos casos se ha requerido por particulares cierta información al Servicio Nacional de Pesca y Acuicultura (SERNAPESCA), los que, para efectos del análisis a realizar en este informe, agruparemos de la siguiente forma:

- i. [STC 5059-19, 2907-15 y 3111-16; donde se solicita información relativa a antibióticos y biomasa o cosecha producida en cierto rango de años](#), encontrándose dicha información en poder de este organismo por lo dispuesto en el artículo 90 quáter Ley N°18.892 General de Pesca y Acuicultura, que obliga a entregar información sanitaria para efectos de la fiscalización que ejerce dicho organismo. Se solicita en los tres casos que la información se entregue en forma desagregada por empresa sobre cantidades y clases de antibióticos utilizados.
- ii. [STC 3974-17 y 4986-2019 donde se solicitó información sobre los centros de producción de salmónidos](#) que reportaron uso de pesticidas deltramina o cipermetrina, que reportaron Flavobacteriosis y síndrome Rickettsial, y uso de ciertos pesticidas para el control de Caligidosis, entre los años 2010 y 2016, región de Los Ríos, Los Lagos y Aysén, respectivamente.
- iii. [STC 2982-16 donde se solicitaron los correos electrónicos](#) intercambiados entre el Director Ejecutivo del SERNAPESCA y representantes de empresas del rubro de los salmones, los documentos donde constasen las reuniones sostenidas y también las llamadas.

La decisión del Servicio Nacional de Pesca y Acuicultura, según lo establecido en la Ley N°20.285, puede ser reclamada ante Consejo para la Transparencia, luego apelada ante la Corte de Apelación respectiva y finalmente, como mecanismo extraordinario, recurrida de queja ante la Excelentísima Corte Suprema, suscitándose así una gestión pendiente que permita al Tribunal Constitucional conocer de la aplicación de los preceptos señalados en los párrafos anteriores.

3.1.3. Jurisprudencia Tribunal Constitucional

Según los antecedentes señalados en la tabla N°3 de este informe, la tendencia por parte del Tribunal Constitucional ha sido la de declarar inaplicable los artículos 5 inciso 2 y 10 inciso 2 de la Ley N° 20.285, y artículo 31 bis de la Ley 19.300 en algunos casos, teniendo como consecuencia la denegación de la información a los solicitantes en los casos estudiados.

A. Fundamentos de los fallos en casos Rol 5059-19, 2907-15 y 3111-16; donde se solicita información relativa a antibióticos y biomasa

Se dio lugar a un conflicto constitucional debido a la solicitud de información, realizada por particulares, al Servicio Nacional de Pesca y Acuicultura sobre el uso de antibióticos y biomasa o cosecha producida en cierto rango de años y de forma desagregada, y sobre uso de antimicrobianos en la salmonicultura para el año 2014.



Los particulares fundan su solicitud y consecuente publicidad de dicha información en los siguientes puntos: (i) presunción de publicidad de actos y resoluciones de Órganos del Estado, sus fundamentos y procedimientos⁸⁴ (ii) interés público de la información por ser necesaria para el resguardo de la vida, salud y derecho a vivir en medio ambiente libre de contaminación⁸⁵ (iii) El artículo 8 de la Constitución consagra un principio de publicidad que sería un mínimo a partir del cual se admite un desarrollo legal, efectuado por la disposición impugnada, cuya interpretación y aplicación depende del Consejo para la Transparencia.

Las empresas cuya información se ha requerido en estos casos sostienen que, al solicitarse vía transparencia la información de las empresas de carácter ambiental que obra en poder de la administración del Estado, en virtud de los artículos 5 inciso 2 y artículo 10 inciso 2 de la Ley N°20.285, y el artículo 31 bis de la Ley N° 19.300 (i) Se vulneraría el artículo 8 de la Constitución⁸⁶ en cuanto contraría y excede su contenido. En ningún caso la información que se solicita constituye actos administrativos ni documentos o información que sean complemento de ellos o que consten o formen parte del procedimiento seguido para su dictación⁸⁷ (ii) Existiría una vulneración del artículo 19 N° 21, 24 y 25 (derecho a la libertad económica, a la propiedad y a la propiedad intelectual), atendido que la información solicitada se relaciona con la competitividad de casa empresa pues da cuenta de la planificación estratégica de éstas⁸⁸ (iii) La información solicitada es de aquella que forma parte de aspectos estratégicos de las empresas afectadas y está protegida por el secreto industrial que consagra nuestro ordenamiento en los términos previstos por el artículo 86 de la Ley N°19.039, sobre Propiedad Industrial⁸⁹.

El Consejo para la Transparencia reconoció la publicidad de la información relativa a los antibióticos, pues esta serviría al Servicio de Pesca y Acuicultura como fundamento tanto para la adopción de medidas de mitigación y control de enfermedades como para la fiscalización, además de formar parte de los procedimientos de este organismo. En línea con ello, declara que la entrega de la información solicitada se ajustaría a lo dispuesto en el artículo 8 de la Constitución. Señala, además, respecto de la biomasa, que se accede a dicha información en forma desagregada únicamente respecto de empresas que ya han publicado dichos datos en informes realizados por el SERNAPESCA⁹⁰.

84. STC 3111-16.

85. STC 2907-15 fs. 492, 5059-19 sf. 1078, 3111-16.

86. Artículo 8°: El ejercicio de las funciones públicas obliga a sus titulares a dar estricto cumplimiento al principio de probidad en todas sus actuaciones. Son públicos los actos y resoluciones de los órganos del Estado, así como sus fundamentos y los procedimientos que utilicen. Sin embargo, sólo una Ley de quórum único calificado podrá establecer la reserva o secreto de aquéllos o de éstos, cuando la publicidad afectare el debido cumplimiento de las funciones de dichos órganos, los derechos de las personas, la seguridad de la Nación o el interés nacional.

87. 2907-15 segundo.

88. STC 2907-15 segundo, y STC 3111-16

89. Este argumento es señalado en los casos 2907-15 y 3111-16, decidiendo no conocer de esta alegación el tribunal por tratarse de un alegato de legalidad y por ser parte de la gestión pendiente, siendo el respectivo tribunal el que deba definir si se vulnera o no aquel derecho en el caso concreto,

90. STC 5059-19 fs. 1077.



Luego del análisis del primer y tercer grupo de casos señalados anteriormente, se pueden extraer como los principales fundamentos para la declaración de inaplicabilidad de los artículos 5 inciso 2 y 10 inciso 2 de la Ley de Transparencia y 31 bis de la Ley N° 19.300, los siguientes:

i. Criterio interpretativo: Alcance del artículo 8, inciso 2° de la Constitución Política de la República.

- d) El artículo 8° de la Constitución no hace público todo lo que el Estado tenga o posea, sino sólo “los actos y resoluciones de los órganos del Estado, así como sus fundamentos y procedimientos que utilicen”⁹¹.
- e) El Tribunal Constitucional en fallos anteriores⁹² ya ha delimitado el contenido del precepto constitucional señalando que, si bien el texto constitucional hace públicos los actos y resoluciones de órganos que la administración, así como sus fundamentos y procedimientos, ello no transforma en pública la información que obra en poder de la Administración, siendo información reservada la que no cumpla con lo establecido en el artículo.
- f) La primera Ley que establece de acceso a la información⁹³ establecía el acceso a la información de los informes y antecedentes de las empresas privadas si es que estos a su vez se debían proporcionar a entidades encargadas de la fiscalización, en la medida que fueran de interés público. Esta norma fue eliminada de la Ley de Transparencia⁹⁴.
- g) La historia fidedigna del citado artículo 8° da cuenta que durante la tramitación de la reforma constitucional se rechazó una indicación por la que se hacían públicos “los informes y antecedentes que proporcionan a entidades estatales las empresas que prestan servicios de utilidad pública”⁹⁵.
- h) Se tramita actualmente una reforma constitucional destinada a reconocer el principio de transparencia y el derecho de acceso a la información pública. El hecho de que se optara por una reforma y no por una Ley interpretativa, demuestra que se ha querido innovar en la materia, lo que significaría a su vez que se pretende incorporar algo que actualmente no está en el texto⁹⁶.

ii. Alcance del concepto Información pública:

- a) La Ley 20.085 sobre Acceso a la Información Pública introduce el concepto de información, usándolo en abundancia, mientras que dicha expresión no es usada por la Constitución. Los artículos 5° inciso segundo y 10° inciso segundo de la Ley de Transparencia, se enmarcarían dentro de esta tendencia, toda vez que obligan a entregar “la información elaborada con presupuesto público” y también “toda otra información que obre en poder de los órganos de la Administración”. A su vez, el artículo 31 bis de la Ley N° 19.300 de Bases del Medio Ambiente fue establecido en el mismo sentido, ampliando el objeto del acceso a la información vía Ley de Transparencia, porque lo separa completamente de si se trata de actos, resoluciones, fundamentos de éstos, o documentos que consten en un procedimiento administrativo, como es aludido por la Constitución, difícilmente existiendo información que no quede en esos supuestos comprendida⁹⁷.

91. STC 2907-15 vigésimo quinto, 5059-19 décimo tercero, 3111-16 vigésimo segundo.

92. STC 2246-2012, 2153-2013, 2379-2013, 2907-2015, 3111-2016, 3974-2018 y 4986-2019, 5059-19.

93. Artículo 13 de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, incorporado por la Ley N° 19.653.

94. STC 2907-15 vigésimocuarto, 3111-16 vigésimo primero, 5059-19 décimo cuarto.

95. STC 2907-15 vigésimocuarto, 5059-19 décimo cuarto, 3111-16 vigésimo primero.

96. STC 2907-15 vigésimo sexto a vigésimo noveno, 5059-19 décimo sexto, 3111-16 vigésimo sexto.

97. STC 2907-15 trigésimo cuarto, trigésimo quinto y trigésimo sexto, 5059-19 vigésimo primero y vigésimo segundo, 3111-16 trigésimo y trigésimo primero.



- b) El inciso segundo del artículo 5 ° de la Ley de Transparencia consagra una definición de información pública, señalando: “Asimismo, es pública la información elaborada con presupuesto público y toda otra información que obre en poder de los órganos de la Administración, cualquiera sea su formato, soporte, fecha de creación, origen, clasificación o procesamiento, a menos que esté sujeta a las excepciones señaladas”. La formulación que el legislador dio a la disposición cuestionada constituye una definición legal, con la finalidad de precisar el campo respecto del cual la normativa que la contempla tiene aplicación. La última frase referida a las excepciones es esencial para entender qué constituye información pública, en los términos de la ya aludida Ley de Transparencia⁹⁸.
- c) El artículo 8 ° de la Constitución razona sobre la base de decisiones. Por eso habla de actos y resoluciones y de lo que accede a éstas: “sus fundamentos” y “los procedimientos que utilicen”. El mismo artículo 5 °, inciso primero, de la Ley, cuando se refiere a los documentos no habla de cualquiera, sino de aquellos que sirven “de sustento o complemento directo y esencial” a tales actos y resoluciones. En cambio, “información elaborada con presupuesto público” o “información que obre en poder de los órganos de la Administración”, no necesariamente tiene que ver con eso⁹⁹;
- d) Se listan en el mismo artículo de forma taxativa los instrumentos que según la Constitución serían públicos “acto”, “resolución”, “fundamentos” y “procedimientos”. Además, la aplicación de los artículos objeto del requerimiento de inaplicabilidad, no son consistente con lo dispuesto en el artículo 8 ° de la Constitución ya que en ninguna parte de esta última se obliga a la Administración a entregar información de una forma distinta de la prevista en el ordenamiento legal, debiendo realizar operaciones distintas tales como procesar, sistematizar, construir o elaborar un documento nuevo o distinto¹⁰⁰.

iii. Historia fidedigna del artículo 8:

Se rechazó expresamente la posibilidad de que informes y antecedentes de empresas privadas, que fueron entregados a organismos de fiscalización, estuvieran comprendidos en el artículo 8 de la Constitución, y también, las mociones originales que dieron origen a la reforma constitucional del año 2005, contemplaban la publicidad no sólo de las actuaciones de los órganos del Estado, sino también “de los documentos que obren en su poder”, pero eso no avanzó en su tramitación¹⁰¹.

iv. Artículo 31 de la Ley 19.300 de Bases del Medio Ambiente

- a) El artículo 31 bis de la Ley N ° 19.300 de Bases del Medio Ambiente establece un derecho de acceso especial para la información ambiental, el cual remite su aplicación a lo establecido en la Constitución. Este derecho existe sin perjuicio de que haya obligaciones de la autoridad ambiental o de otras autoridades de subir cierta información a sus páginas web. A este efecto, existe una regulación especial en el artículo 90 quáter de la Ley de Pesca para entregar cierta información que califica como información ambiental¹⁰².
- b) Hay alguna información que establece el artículo 31 bis de la Ley 19.300, que se vincula con actos administrativos (artículo 31 bis, letra c)¹⁰³ y con los fundamentos de éstos (letra e)¹⁰⁴.

98. STC 2907-15 Considerando octavo

99. STC 2907-15 trigésimo texto, 5059-19 vigésimo tercero, 3111-16 trigésimo segundo.

100. STC 2907-15 trigésimo octavo 5059-19 vigésimo quinto, 3111-16 trigésimo cuarto y trigésimo octavo.

101. STC 2907-15 Cuadragésimo, 5059-19 vigésimo quinto, 3111-16 trigésimo sexto.

102. STC 2907-15 cuadragésimo tercero a cuadragésimo quinto, 5059-19 trigésimo primero.

103. Artículo 31 bis letra c) de la Ley 19.300 de Bases del Medio Ambiente: “Los actos administrativos relativos a materias ambientales, o que afecten o puedan afectar a los elementos y factores citados en las letras a) y b), y las medidas, políticas, normas, planes, programas, que les sirvan de fundamento”.

104. Artículo 31 bis letra e) de la Ley 19.300 de Bases del Medio Ambiente: “e) Los análisis económicos, sociales, así como otros estudios utilizados en la toma de decisiones relativas a los actos administrativos y sus fundamentos, señalados en la



Sin embargo, el resto de las letras, exceden el marco del artículo 8° de la Constitución. En primer lugar, porque no se vincula a actos o fundamentos. En segundo lugar, porque exige que la información esté en poder de la Administración, independientemente de si ésta la produjo, o si es información privada aportada por empresas. En tercer lugar, la información que se solicita es información de empresas específicas¹⁰⁵.

B. Casos 3974-17 y 4986-19 donde se solicitó información sobre los centros de producción de salmónidos

Los particulares fundan su solicitud y consecuente publicidad de dicha información en los siguientes puntos: (i) presunción de publicidad de actos y resoluciones de Órganos del Estado, sus fundamentos y procedimientos (ii) interés público de la información por ser necesaria para el resguardo de la vida, salud y derecho a vivir en medio ambiente libre de contaminación (iii) El artículo 8 de la Constitución consagra un principio de publicidad que sería un mínimo a partir del cual se admite un desarrollo legal, efectuado por la disposición impugnada, cuya interpretación y aplicación depende del Consejo para la Transparencia.

Las empresas cuya información se ha requerido en este sostienen que, al solicitarse vía transparencia la información de las empresas de carácter ambiental que obra en poder de la administración del Estado, en virtud de los artículos 5 inciso 2 y artículo 10 inciso 2 de la Ley N° 20.285 sobre Acceso a la Información Pública, y el artículo 31 bis de la Ley N° 19.300 sobre Bases del Medio Ambiente, existiría una vulneración del artículo 19 N° 21, 24 y 25 de la Constitución (derechos de libertad económica, propiedad, y propiedad intelectual) atendido que la información solicitada se relaciona con la competitividad de casa empresa pues da cuenta de la planificación estratégica de éstas

El Consejo para la Transparencia sostiene que la información requerida si ha sido entregada por otras empresas del rubro y que se utiliza sistemáticamente para la dictación de actos y resoluciones administrativas por el Servicio Nacional de Pesca y Acuicultura, como para los procedimientos de fiscalización. Agrega que dichas actividades de fiscalización son para dar cumplimiento a garantías fundamentales como la salud, vivir en un medio ambiente libre de contaminación y el derecho a la vida e integridad física¹⁰⁶.

Luego del análisis de los fallos en comento, se puede ver que se utilizan los mismos argumentos esgrimidos en los casos previamente analizados para la declaración de inaplicabilidad de los artículos que en cada caso se alega. Estos son:

i. Criterio interpretativo: Alcance del artículo 8, inciso 2° de la Constitución Política de la República.

- a) El artículo 8° de la Constitución no hace público todo lo que el Estado tenga o posea¹⁰⁷ y tampoco transforma en pública la información que obra en poder de la Administración¹⁰⁸.
- b) La primera Ley que contemplaba el acceso a la información¹⁰⁹ establecía el acceso a la información de los informes y antecedentes de las empresas privadas pero esta norma fue eliminada de la Ley de Transparencia¹¹⁰.

letra c)”.
 105. STC 2907-15 cuadragésimo séptimo, 5059-19 trigésimo tercero.

106. STC 3974-17 fs. 921 y 922 y 4986-19 fs. 553.

107. STC 3974-17 undécimo y 4986-19 décimo tercero.

108. STC 3974-17 noveno y 4986-19 décimo tercero.

109. Artículo 13 de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, incorporado por la Ley N° 19.653.

110. STC 3974-17 duodécimo, 4986-19 décimo cuarto.



- c) Se rechazó una indicación por la cual se hacían públicos “los informes y antecedentes que proporcionan a entidades estatales las empresas que prestan servicios de utilidad pública”¹¹¹ y actualmente se tramita una reforma constitucional destinada a reconocer el principio de transparencia y el derecho de acceso a la información pública lo que demuestra que se ha querido innovar en la materia¹¹².

ii. Alcance del concepto Información pública:

- a) La Ley de Transparencia introduce el concepto de información, usándolo en abundancia, mientras que dicha expresión no es usada por la Constitución y, por otro lado, el artículo 31 bis de la Ley N° 19.300 de Bases del Medio Ambiente amplía el objeto del acceso a la información vía Ley de Transparencia¹¹³.
- b) El artículo 8° de la Constitución razona sobre la base de decisiones¹¹⁴.
- c) En el mismo artículo se listan de forma taxativa los instrumentos que según la Constitución serían públicos y en ninguna parte se obliga a la Administración a entregar información de una forma distinta de la prevista en el ordenamiento legal¹¹⁵.

iii. Historia fidedigna del artículo 8 de la Constitución Política de la República:

- a) Se rechazó expresamente la posibilidad de que informes y antecedentes de empresas privadas, que fueron entregados a organismos de fiscalización, estuvieran comprendidos en el artículo 8° de la Constitución¹¹⁶.

iv. Artículo 31 de la Ley 19.300 de Bases del Medio Ambiente

- a) El artículo 31 bis de la Ley N° 19.300 establece un derecho de acceso especial para la información ambiental¹¹⁷.
- b) Hay alguna información que establece el artículo 31 bis, que se vincula con actos administrativos (artículo 31 bis, letra c) y con los fundamentos de éstos (letra e). Sin embargo, el resto de las letras, salvo la c) y e) exceden el marco del artículo 8° de la Constitución.¹¹⁸

C. Caso Rol 2982-16 donde se solicitaron los correos electrónicos

Los particulares fundan su solicitud y consecuente publicidad de dicha información en los siguientes puntos: (i) presunción de publicidad de actos y resoluciones de Órganos del Estado, sus fundamentos y procedimientos.

Respecto a la entrega de correos electrónicos, se señala por las empresas cuya información se solicita que: (i) sólo son públicos los actos y resoluciones de órganos públicos, así como sus fundamentos y procedimientos atinentes; en la medida que exista un acto administrativo dictado, que se encuentre en el expediente administrativo correspondiente y que constituya él mismo o sirva de base a un acto administrativo terminal que produzca efectos jurídicos¹¹⁹, (ii) ninguna

111. STC 3974-17 duodécimo y 4986-19 décimo cuarto.

112. STC 3974-17 décimo tercero y cuarto, 4986-19 décimo sexto.

113. STC 3974-17 décimo octavo a vigésimo, 4986-19 vigésimo y vigésimo segundo.

114. STC 3974-17 vigésimo primero y 4986-19 vigésimo tercero.

115. STC 3974-17 vigésimo tercero, 4986-19 vigésimo quinto.

116. STC 3974-17 vigésimo sexto, 4986-19 vigésimo octavo.

117. STC 3974-17 vigésimo noveno, 4986-19 trigésimo primero.

118. STC 3974-17 trigésimo primero, 4986-19 trigésimo tercero.



de las normas de la Ley de transparencia entrega al Consejo la atribución para interpretar que las comunicaciones enviadas y recibidas a través de correos electrónicos institucionales, por los funcionarios públicos, constituyen información pública, levantando el secreto o la inviolabilidad de las comunicaciones privadas¹²⁰ (iii) los correos electrónicos son una especie de comunicación privada cuya inviolabilidad asegura la Ley Fundamental, al manifestar una forma de comunicación de carácter personalísimo y, por lo tanto, deben estar protegidos por el derecho a la vida privada¹²¹.

Se argumentó la publicidad de éstos correos por parte del Consejo para la Transparencia de bajo el siguientes punto: (i) en la medida que, siguiendo los mismos argumentos del Tribunal Constitucional, lo relevante no es el continente del acto, sino que el contenido, el cual en este caso dicen relación directa con el ejercicio de las competencias del Director Nacional de SERNAPESCA¹²².

Cabe mencionar que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en esta materia ha sido recientemente contradicha por la Excelentísima Corte Suprema en sentencia rol 1.824-2019, de fecha 05 de febrero de 2020.

Los razonamientos que el Tribunal Constitucional esgrimió en estos casos para declarar la inaplicabilidad de los preceptos contenidos en la Ley de Transparencia son los siguientes:

iii. Acto administrativo electrónico.

Existe un precedente en el sentido de que éstos eran comunicación privada protegida por el artículo 19 N°5 de la Constitución, que no son necesariamente actos administrativos¹²³. Señala que los funcionarios públicos poseen derechos que también han sido amparados por la Constitución¹²⁴ y que no basta el solo hecho de que un documento sea electrónico. Es necesaria, además, la existencia una firma electrónica para generar la autenticidad de éste.

iv. Inserción de la publicidad:

- a) El carácter secreto o reservado de un acto, de un documento, de un fundamento, no significa inmunidad ni ausencia de control. Sobre dichos actos existen otras formas de fiscalización¹²⁵
- b) La Ley N° 20.730, que regula el Lobby y las gestiones que representan intereses particulares ante las autoridades y funcionarios, aborda las obligaciones del sujeto pasivo en cuanto a elaborar ciertos registros públicos de comunicaciones entre autoridades, funcionarios y particulares en el marco de la gestión de intereses. Su artículo 7° enumera de manera taxativa los registros de agenda pública que ciertas autoridades deben llevar para tales efectos¹²⁶. En la descripción del contenido de los registros que debe elaborar la autoridad a efectos de cumplir con la regulación del Lobby, no se señala que deba existir un registro público de correos electrónicos del sujeto pasivo de Lobby, lo cual refleja que dicho medio de comunicación no es tenido por el legislador como mecanismo regular de gestión de intereses particulares.

119. STC 2982-16 fs. 496-498.

120. STC 2982-16 fs.497.

121. STC 2982-16 fs.497.

122. STC 2982-16 fs. 500.

123. STC 2982-16 considerando décimo séptimo y décimo noveno cita fallo 2153-2010 y 2379-2013 respectivamente.

124. STC 2982-16 considerando vigésimo cuarto.

125. STC 2982-16 Vigésimo octavo.

126. STC 2982-16 trigésimo.



- c) Los correos electrónicos son comunicaciones privadas, es condición esencial que se trate de comunicaciones que se lleven a cabo por canales cerrados¹²⁷. Los correos electrónicos se enmarcan perfectamente dentro de la expresión “comunicaciones y documentos privados” que utiliza el artículo 19, N° 5 de la Constitución. Estos son comunicaciones que se transmiten por canales cerrados, no por canales abiertos, y tienen emisores y destinatarios acotados¹²⁸.
- d) No cambia la naturaleza de comunicación privada el que los correos emanen de funcionarios públicos. En primer lugar, porque, como ya se indicó, lo que se protege con esta garantía es la comunicación, no si el mensaje es público o privado, o si se hace por canales o aparatos financiados por el Estado. En segundo lugar, no hay ninguna norma ni en la Constitución ni en la Ley que pueda interpretarse para dejarlos al margen de esta garantía¹²⁹.
- e) Los correos electrónicos del Director de SERNAPESCA solicitados en el marco de la Ley de Transparencia, no se enmarcan dentro de la expresión “acto” o “resolución”, pues para que un documento pueda ser complemento directo de un acto se requieren dos condiciones. Por una parte, debe vincularse necesariamente con dicho acto y, por la otra, el acto debe haberse dictado precisa e inequívocamente sobre la base de tal documento, Por otra parte, para que un documento pueda ser complemento esencial de un acto, debe tratarse de uno indispensable para la elaboración y dictación del mismo y ser inseparable de él¹³⁰. Los correos solicitados no se enmarcan en ninguna de las dos hipótesis, toda vez que la solicitud de acceso a dicha información no fue planteada en torno a un determinado acto o procedimiento administrativo de SERNAPESCA, sino más bien al conjunto de comunicaciones de cualquier índole¹³¹.

127. STC 2982-16 Trigésimo segundo.

128. STC 2982-16 trigésimo tercero.

129. STC 2982-16 trigésimo cuarto.

130. STC 2982-16 cuadragésimo segundo.

131. STC 2982-16 cuadragésimo tercero y cuarto.



3.2. CORTE SUPREMA

3.2.1. Catastro

Para el análisis de jurisprudencia sobre transparencia y publicidad se realizó un catastro de sentencias de la Corte Suprema en las páginas oficiales del organismo, en buscadores de jurisprudencia (vlex) y en prensa, utilizando los conceptos de “información pública” “Transparencia” “información ambiental” “pesca” “océano” “salmón” “jibia” y “merluza”, arrojando el siguiente resultado:

Tabla 4

Corte Suprema				
Fecha	Rol	Carátula	Materia	Fallo
06.07.2017	34.432-2016	Salmones Friosur s.a.	Queja	Rechaza recurso de queja interpuesto por empresa
06.07.2017	15.138-2015	Salmones Multiexport s.a. (con consejo para la transparencia).	Queja	Acoge recurso de queja interpuesto por empresa
03.07.2019	13.044-2018	Salmones Multiexport s.a. (con consejo para la transparencia)	Queja	Rechaza recurso de queja interpuesto por empresa
04.12.2019	17.310-2019	Consejo para la transparencia (Salmones Muliexport s.a.)	Queja	Acoge recurso de queja interpuesto por Consejo para la Transparencia
26.12.2019	20.589-2019	Consejo para la transparencia (Invermar s.a.)	Queja	Anula de oficio
25.08.2020	31.927-2019	Consejo para la transparencia (Invermar)	Queja	Acoge recurso de queja interpuesto por Consejo para la Transparencia

3.2.2. Antecedentes normativos que motivan la actuación de la Corte Suprema

Conforme a la Ley 20.285 sobre Acceso a la Información Pública, los particulares pueden solicitar información a los organismos del estado. En los casos identificados aquello permitió la realización de solicitudes al Servicio Nacional de Pesca y Acuicultura vía transparencia activa.

El Servicio en virtud de lo dispuesto en el artículo 20 de la Ley de Transparencia¹³² permite que las empresas del rubro, cuya información se solicita vía transparencia pasiva, formulen una oposición a la entrega de la información según la causal establecida en el número 2 del artículo 21 de la Ley de Transparencia, el que establece la reserva o secreto de la información “Cuando su publicidad, comunicación o conocimiento afecte los derechos de las personas, particularmente tratándose de su seguridad, su salud, la esfera de su vida privada o derechos de carácter comercial o económico”.

132. Artículo 20.- Cuando la solicitud de acceso se refiera a documentos o antecedentes que contengan información que pueda afectar los derechos de terceros, la autoridad o jefatura o jefe superior del órgano o servicio de la Administración del Estado, requerido, dentro del plazo de dos días hábiles, contado desde la recepción de la solicitud que cumpla con los requisitos, deberá comunicar mediante carta certificada, a la o las personas a que se refiere o afecta la información correspondiente, la facultad que les asiste para oponerse a la entrega de los documentos solicitados, adjuntando copia del requerimiento respectivo.



Según lo establecido en la Ley N°20.285 o Ley de Transparencia, la denegación de información por parte del organismo sectorial puede ser reclamada ante Consejo para la Transparencia y, a su vez, la decisión del Consejo puede ser apelada ante la Corte de Apelación respectiva¹³³. Finalmente, y como se mencionó previamente, se acude al recurso extraordinario de queja, el cual se interpone ante la Excelentísima Corte Suprema cuando se ha configurado una ilegalidad en el actuar de los magistrados.

Basándose en la aplicación de estos preceptos legales, se solicita información al Servicio Nacional de Pesca y Acuicultura sobre diversos temas, generando contiendas judiciales que se han agrupado de la siguiente forma:

- i. Casos 13.044-2018, 34.432-2016 y 15.138-2017: se recurre por las empresas cuya información ha sido requerida. Este grupo corresponde a los casos donde las empresas han sido quienes interponen un recurso de queja en contra de los ministros de Corte de Apelaciones,
- ii. Casos 17.310-2019, 20.589-2019 y 31.927-2019: recurre el Consejo para la Transparencia. Este grupo corresponde a los casos donde el Consejo Para la Transparencia es quien interpone un recurso de queja en contra de los ministros de Corte de Apelaciones.

3.2.3. Jurisprudencia Corte Suprema

A. Casos 13.044-2018, 34.432-2016 y 15.138-2017: se recurre por las empresas cuya información ha sido requerida.

De los casos estudiados, tenemos como antecedentes de la causa rol N°34.432-2016 que se solicitó al Servicio Nacional de Pesca y Acuicultura información sobre las cantidades y clases de antibióticos usados en una agrupación de concesiones determinada o barrio entre los años 2009 a 2013.

Luego, en la causa Rol N° 13.0444-2018 se solicitó por un particular información referida a los nombres de los centros de producción salmonera ubicados en las regiones de Los Ríos, Los Lagos y de Aysén, que informaron en el periodo 2010 a 2016, la aplicación de los pesticidas Diflubenzuron, Azametifos y Benzoato de Emamectina.

Finalmente, en el caso 15.138-2015, se solicita al SERNAPESCA las cantidades y clases de antibióticos usados en una agrupación de concesiones determinada o barrio entre los años 2009 a 2013.

Habiendo mediado la oposición de las empresas en la entrega de la información, recurren de queja en contra de los ministros de la respectiva Corte de Apelaciones fundados en que (i) existiría una grave falta o abuso en disponer la entrega de información que no es pública, en circunstancias que concurriría la causal de reserva del artículo 21 N°2 de la Ley N°20.585 (afectación de derechos personales), la cual se contraviene formalmente en la decisión, por la vía de una errada interpretación del artículo 8° de la Constitución Política de la República¹³⁴ (ii) una falsa apreciación de los antecedentes del proceso, puesto que uno de los fundamentos que se esgrime para la publicidad de la información, es que parte de ésta se encuentra en informes sanitarios que son publicados por SERNAPESCA, circunstancia que no es efectiva¹³⁵ (iii) vulnera la competencia que concede el artículo 28 de la Ley de Transparencia a las Cortes de Apelaciones que conocen de un reclamo de ilegalidad deducido en contra de la resolución del Consejo que deniega el acceso a la información, puesto que su conocimiento y fallo sobre la materia se limita a revisar que la decisión del Consejo se ajuste a la Ley, mas no puede analizar aspectos del mérito¹³⁶.

De los tres casos estudiados en este primer grupo, la única queja que fue acogida por la Corte

133. Artículos 24 y 28 Ley N°20.285 sobre Acceso a la Información Pública.

134. Corte Suprema, rol N° N°13044-2018 segundo, 34.432-2016 segundo, 15.138-2015 segundo

135. Corte Suprema, rol N°13044-2018 segundo, 34.432-2016 segundo, 15.138-2015 segundo

136. Corte Suprema, rol N°34.432-2016 segundo, 15.138-2015 segundo.



Suprema fue la causa rol N°15.138-2017, y si bien en las causas 13.044-2018 y 34.432-2016 se rechazaron los recursos de queja, se sostuvieron distintas argumentaciones para llegar a esa decisión.

A.1. Sentencia en causa rol N°15.138-2015

La Corte Suprema se pronuncia a favor de los recursos de queja interpuestos por las empresas cuya oposición habían hecho valor ante el SERNAPESCA, señalando en la causa rol N°15.138-2015:

i. Derecho de acceso a la información.

- a) La Carta Fundamental asegura el derecho de acceso a la información pública como una manifestación de la libertad de información (artículo 19 N°12), el que se encuentra reconocido en ella –aunque no en forma explícita– como un mecanismo esencial para la plena vigencia del régimen democrático y de la indispensable asunción de responsabilidades, unida a la consiguiente rendición de cuentas que éste supone por parte de los órganos del Estado hacia la ciudadanía, sin perjuicio que representa, además, un efectivo medio para el adecuado ejercicio y defensa de los derechos fundamentales de las personas¹³⁷.
- b) La publicidad de actos y resoluciones tiene justificadas excepciones que contempla la Constitución, las que dicen relación con los valores y derechos que la publicidad pudiere afectar, referidas todas ellas explícita y taxativamente en la norma constitucional antes transcrita y que sólo el legislador de quórum calificado puede configurar¹³⁸.

ii. Acceso a la información del Servicio Nacional de Pesca y Acuicultura:

- a) La causal de reserva es una excepción que demanda la más efectiva comprobación de estar en presencia de los presupuestos de hecho de la excepción¹³⁹.
- b) Parece indudable que, tratándose de la afectación de los derechos de las personas, sean naturales o jurídicas, se entiende quedar comprendidos en ellos los derechos de carácter comercial o económicos. Por consiguiente, resulta determinante establecer si la información cuyo conocimiento se exige importa una afectación a los derechos de las personas en dicho ámbito¹⁴⁰.
- c) La Ley General de Pesca y Acuicultura, impone a quienes realicen cualquier tipo de actividad de acuicultura y a cualquier título, la obligación de informar al Servicio Nacional de Pesca y Acuicultura la situación sanitaria de los ejemplares. Asimismo, en cumplimiento del mandato contenido en el artículo 86 de la misma Ley, el reglamento sobre las medidas de protección, control y erradicación de las enfermedades de alto riesgo para las especies hidrobiológicas, establece los informes que deberán ser entregados periódicamente por los titulares de los centros de cultivo, cuyo contenido deberá referirse como mínimo al uso de antimicrobianos, vacunas, químicos y tratamiento de desechos¹⁴¹.
- d) De conformidad a lo dispuesto en el artículo 90 quater de la Ley General de Pesca y Acuicultura, el Servicio debe poner a disposición de la ciudadanía a través de su sitio de dominio electrónico, información actualizada, semestralmente, acerca de “b) Informes sobre situación sanitaria y uso de antimicrobianos por cantidad y tipo de las agrupaciones de concesiones e informes sobre el programa nacional de vigilancia de enfermedades de alto riesgo, de conformidad con el reglamento a que se refiere el artículo 86”¹⁴².
- e) Según se observa del sitio de dominio electrónico del Servicio, tal como la Ley aplicable en la

137. Corte Suprema, rol N°15.138-2017 sexto.

138. Corte Suprema, rol N°15.138-2017 sexto.

139. Corte Suprema, rol N°15.138-2017 noveno.

140. Corte Suprema, rol N°15.138-2017 décimo.

141. Corte Suprema, rol N°15.138-2017 undécimo.

142. Corte Suprema, rol N°15.138-2017 undécimo.



materia lo ordena, se encuentran incorporados los Informes sobre Uso de Antimicrobianos en la Salmonicultura Nacional correspondiente a los años 2009 a 2013, generados a partir de los datos remitidos mensualmente por las diversas empresas salmoneras respecto de los tratamientos terapéuticos efectuados en agua dulce y en el mar¹⁴³

iii. Naturaleza de información solicitada

- a) Que advirtiéndose la correspondencia entre la información que la Ley exige poner a disposición de la ciudadanía con aquella incorporada en el sitio de dominio electrónico del Servicio en los términos descritos, el análisis ha de recaer en si la información cuyo conocimiento se pide, se encuentra amparada bajo la causal de reserva o secreto que impide en definitiva su divulgación¹⁴⁴.
- b) La información que se pide por el solicitante, en tanto exige sea disociada por empresa -para cuando se trate de una agrupación de concesiones cuyo titular esté compuesto por diversas sociedades-, importa acceder a la entrega de información que tiene el carácter de reservada o secreta, en el entendido que constituyen antecedentes que guardan relación con información confidencial y estratégica de cada compañía y que como tal le proporcionan una ventaja competitiva respecto de sus competidores, en los términos que establece el artículo 86 de la Ley de Propiedad Industrial, puesto que el manejo en el uso de antibióticos en la producción, forma parte de la planificación estratégica de cada unidad empresarial en pos de alcanzar sus propósitos u objetivos; configurándose, de aquel modo, un bien económico sobre el cual recae un derecho de la misma índole¹⁴⁵.

A.2. Sentencia en causa rol 34.432-2016

En el caso 34.432-2016, se rechaza el recurso de queja argumentando que aparece de los antecedentes del caso que lo debatido es una cuestión de interpretación y alcance de determinadas normas legales, por lo que no es posible concluir que los jueces recurridos al acoger el reclamo de ilegalidad deducido en contra de la decisión de amparo adoptada por el Consejo Directivo del Consejo para la Transparencia que rechazó el amparo por denegación de información, hayan realizado alguna de las conductas que la Ley reprueba y que sería necesario reprimir y enmendar mediante el ejercicio de las atribuciones disciplinarias de esta Corte.

A.3. Sentencia en la causa Rol 13.044-2018

Finalmente, para el caso 13.044-2018 las alegaciones de la quejosa decían relación con la interpretación que debían realizar los magistrados de las respectivas Cortes de Apelaciones según la reciente jurisprudencia del Tribunal Constitucional. El argumento esgrimido por la Corte Suprema para rechazar el recurso de Queja señala que los antecedentes que los capítulos en que se funda el recurso de queja dicen relación, por un lado, con una cuestión de interpretación legal y constitucional y, por otro, con la aplicación de normas que sólo de manera posterior fueron declaradas como inaplicables al caso concreto, no es posible concluir que los jueces recurridos, al rechazar el reclamo de ilegalidad, hayan realizado alguna de las conductas que la Ley reprueba y que sería necesario reprimir y enmendar mediante el ejercicio de las atribuciones disciplinarias de esta Corte”.

B. Casos 17.310-2019, 20.589-2019 y 31.927-2019: recurre el Consejo para la Transparencia.

143. Corte Suprema, rol N°15.138-2017 duodécimo.

144. Corte Suprema, rol N°15.138-2017 décimo tercero.

145. Corte Suprema, rol N°15.138-2017 décimo cuarto.



Del segundo grupo de casos a estudiar, en los casos rol 17.310-2019 y 20.589-2019 se solicita información al Servicio Nacional de Pesca y Acuicultura sobre los centros de producción de salmónidos que reportaron uso de pesticidas deltramina o cipermetrina, que reportaron Flavobacteriosis y síndrome Rickettsial, y uso de ciertos pesticidas para el control de Caligidosis, entre los años 2010 y 2016, región de Los Ríos, Los Lagos y Aysén, respectivamente

En la causa rol N°31.927-2019, se solicita información sobre los centros de producción (con indicación de titular y RNA -Número de Registro Nacional de Acuicultura-) que hubieran declarado las enfermedades señaladas en la solicitud durante el período 2010 a 2017.

En los tres casos se recurre en contra de los ministros de la respectiva corte por denegar su entrega por estar amparada por la causal de secreto o reserva contemplada en el artículo 21 N°2 de la Ley de Transparencia.

De todos estos casos, cabe señalar, en primer lugar, que en la causa 20.589 se resuelve anular de oficio lo obrado y se omite pronunciamiento por ya haberse resuelto en otra instancia, pasando a examinar entonces los argumentos expuestos para resolver las causas 17.310-2019 y 31.927-2019:

i) Derecho de acceso a la información.

- a) La Carta Fundamental asegura el derecho de acceso a la información pública como una manifestación de la libertad de información (artículo 19 N°12), el que se encuentra reconocido en ella –aunque no en forma explícita– como un mecanismo esencial para la plena vigencia del régimen democrático y de la indispensable asunción de responsabilidades, unida a la consiguiente rendición de cuentas que éste supone por parte de los órganos del Estado hacia la ciudadanía, sin perjuicio que representa, además, un efectivo medio para el adecuado ejercicio y defensa de los derechos fundamentales de las personas¹⁴⁶.
- b) La publicidad de actos y resoluciones tiene justificadas excepciones que contempla la Constitución, las que dicen relación con los valores y derechos que la publicidad pudiere afectar, referidas todas ellas explícita y taxativamente en la norma constitucional antes transcrita y que sólo el legislador de quórum calificado puede configurar¹⁴⁷.
- c) Test de daño: para la configuración de la causal de reserva contemplada en el artículo 21 N°2 de la Ley N°20.285 (afectación de derechos personales), es necesaria la acreditación de los siguientes aspectos: a) Que se trate de una información que no es generalmente conocida ni fácilmente accesible; b) que ha sido objeto de razonables esfuerzos por parte de la empresa para mantener su reserva; y, c) que tiene un valor comercial por ser secreta¹⁴⁸.

ii) Causal de reserva del artículo 21 N°2 de la Ley N°20.585

- a) Reclamantes no rindieron prueba que permita establecer la afectación de sus derechos económicos o comerciales. La propia sentencia la que establece que “no se ha allegado prueba respecto de la mejora de su posición en el mercado o de la existencia de una ventaja comparativa en relación a sus competidores en dicho sector”, cuestión que por sí sola permite descartar la existencia del tercer requisito del test de daños y por lo tanto desechar la causal de reserva esgrimida¹⁴⁹.
- b) Si bien se obtiene la información por centro, lo cierto es que su entrega sigue siendo genérica,

146. Corte Suprema, rol N°17.310-2019 séptimo y N°31.927-2019 cuarto.

147. Corte Suprema, rol N°17.310-2019 séptimo y N°31.927-2019 cuarto.

148. Corte Suprema, rol N°17.310-2019 duodécimo y N°31.927 séptimo.

149. Corte Suprema, rol N°17.310-2019 duodécimo y N°31.927-2019 undécimo.



razón por la que no se vislumbra cómo es que puede afectar sus derechos económicos y comerciales, puesto que no se trata de información que pueda ser catalogada de estratégica y que forme parte del know how de las empresas, menos aún que su divulgación pueda causar detrimento de su posición en el mercado¹⁵⁰.

La siguiente tabla (organizada cronológicamente en base a las fechas agregadas en la tabla 2) sintetiza la decisión que se ha tomado por cada autoridad o tribunal respectivo en cada una de las instancias de los casos analizados. De ello se puede evidenciar que si bien existe una inconsistencia en los resultados de los fallos emitidos por la Excelentísima Corte Suprema, luego de analizar las argumentaciones señaladas podemos ver que de todas formas ha favorecido la entrega de información para quienes la solicitan, con una tendencia a ello hacia el último tiempo.

Tabla 5

Rol	Servicio Nacional de Pesca	Consejo Para la Transparencia	Corte de Apelaciones	Corte Suprema
34.432-2016	Deniega por oposición de empresas	Acoge parcialmente reclamación solicitante	Acoge reclamación solicitante	Rechaza recurso de queja interpuesto por empresa
15.138-2015	Deniega por oposición de empresas	Acoge parcialmente reclamación solicitante	Acoge reclamación solicitante	Acoge recurso de queja interpuesto por empresa
13.044-2018	Deniega por oposición de empresas	Acoge parcialmente reclamación solicitante	Rechaza reclamación de empresas	Rechaza recurso de queja interpuesto por empresa
17.310-2019	Deniega por oposición de empresas	Acoge reclamación solicitante	Acoge reclamación de empresa (constancia de inaplicabilidad en el caso)	Acoge recurso de queja interpuesto por Consejo para la Transparencia
20.589-2019	Deniega por oposición de empresas	Acoge reclamación solicitante	Acoge reclamación de empresa	Anula de oficio lo obrado y se omite pronunciamiento por ya haberse resuelto.
31.927-2019	Acoge parcialmente	Acoge reclamación empresa	Acoge reclamación de empresa	Acoge recurso de queja interpuesto por Consejo para la Transparencia

4. ANÁLISIS Y CONCLUSIONES

150. Corte Suprema, rol N° 17.310-2019 duodécimo y N°31.927-2019 octavo.



Como se señaló en un comienzo, la pregunta que anima el presente estudio está relacionada con la identificación de barreras constitucionales para el avance del derecho de acceso a la información pública en materia ambiental. Del análisis de las discusiones del Senado en la tramitación de proyectos de Ley y de las sentencias del Tribunal Constitucional y la Corte Suprema, se observan resultados que indican que efectivamente existirían dichas barreras, especialmente en lo relativo a la colisión entre el artículo 8° de la Constitución Política de la República que consagra el deber de publicidad de la Administración Pública a nivel constitucional, y el artículo 5° de la Ley 20.285, que consagra la publicidad y transparencia a nivel legal.

Las materias referidas a transparencia y acceso a la información pública han avanzado considerablemente en las últimas dos décadas, siendo especialmente importante la reforma del artículo 8° de la Constitución, la Ley 20.285 sobre Acceso a la Información Pública y el establecimiento, junto con ella, de una institucionalidad dedicada a la transparencia.

En materia ambiental, el derecho de acceso a la información tiene ribetes especiales, que se derivan de su centralidad para el derecho ambiental. De acuerdo con el principio 10 de la Declaración de Río de 1992, el derecho a acceder a la información es parte de los derechos de acceso, los que a su vez han sido reconocidos como integrante del derecho a vivir en un medio ambiente sano (Corte IDH OC 23/17). Nuestra normativa le ha dado ese carácter especial en el artículo 31 bis de la Ley 19.300 de Bases del Medio Ambiente.

Todo lo anterior, sin embargo, se ve eclipsado por la interpretación que ha sido sostenida por el Tribunal Constitucional, el que basándose en el artículo 8° de la Constitución, como se ha señalado, ha restringido el acceso a la información pública en materia ambiental, haciendo inaplicables las normas que lo garantizan, por una supuesta colisión, sobre todo cuando se trata de ponderar el derecho con la libertad económica¹⁵¹ o la privacidad¹⁵². Ello, pese a que la información solicitada pueda ser de interés público (por comprometer la salud, el medio ambiente o los bienes comunes)¹⁵³ como sucede en los casos revisados.

En este sentido, se ha sostenido que existe un problema de interpretación de los tribunales¹⁵⁴ y, siendo el Tribunal Constitucional el organismo que tiene a su cargo la interpretación de las normas constitucionales y de las posibles colisiones, no podemos sino concluir que es la propia Constitución la que constituye una barrera para el derecho de acceso a la información pública en materia ambiental.

El hecho de que la Corte Suprema haya contradicho la interpretación del Tribunal Constitucional

151. Entrevista Josefina Correa, Greenpeace.

152. Entrevista Alberto Precht, Chile Transparente.

153. Entrevista Paulina Ibarra (Fundación Multitudes) y Josefina Correa (Greenpeace).

154. Entrevista Josefina Correa, Greenpeace.



corresponde solamente a una práctica que puede tener una utilidad estratégica o en la práctica litigiosa, pero que no redunde en una solución efectiva al problema antes esbozado, donde la Constitución Política de la República se erige como un obstáculo para el adecuado disfrute del derecho de acceso a la información y también del derecho a vivir en un medio ambiente sano. En efecto, el conocimiento de la Corte Suprema se realiza a través de un procedimiento irregular (recurso de queja) que no garantiza que se avance necesariamente a favor del derecho a la información pública¹⁵⁵.

Cabe consignar que, de acuerdo a lo expresado en los propios fallos del Tribunal Constitucional, dicho derecho no se encontraría reconocido expresamente en la Constitución¹⁵⁶, cuestión que constituye una barrera en sí misma, para efectos de avanzar en mayores estándares de transparencia y, por lo tanto, mayores posibilidades de control ciudadano de los poderes públicos.

Finalmente, el debate legislativo se ha visto inmerso en las interpretaciones realizadas por el Tribunal Constitucional y la Corte Suprema, siendo complejo avanzar en materia de acceso a la información, pese a los diversos intentos en la materia. En efecto, el proyecto de reforma constitucional que pretende incorporar el acceso a la información pública como un derecho lleva 7 años en tramitación¹⁵⁷, trabándose las discusiones por la presión de la afectación de derechos particulares en desmedro de la necesidad de atender a la información de interés público¹⁵⁸ como sucede en materia ambiental.

155. Entrevista Alberto Precht (Chile Transparente).

156. Entrevistas Paulina Ibarra (Fundación Multitudes) y Alberto Precht (Chile Transparente)

157. Entrevista Paulina Ibarra (Fundación Multitudes).

158. Entrevista Paulina Ibarra (Fundación Multitudes) y Josefina Correa (Greenpeace).



V. BIBLIOGRAFÍA

a) Textos:

1. Acuerdo por la Paz y la Constitución (2019). [En línea] <https://media.elmostrador.cl/2019/11/Acuordo-por-la-Paz-Social-y-la-Nueva-Constitucion%CC%81n-1.pdf>
2. ALIAGA, Vicente (2015). Acto Administrativo e información pública. Thomson Reuters.
3. ATRIA, Fernando (2013). La Constitución Tramposa. Santiago, Editorial LOM.
4. BARROS, Enrique, et al. Informe sobre medidas para favorecer la probidad y eficiencia de la gestión pública encargado por S.E. la Presidenta de la República [en línea] http://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic2_ch_sc_anexo_1_sp.pdf
5. BERMÚDEZ, Jorge (2010). El acceso a la información pública y la justicia ambiental. En: Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXXIV (Valparaíso, Chile, 1er Semestre).
6. CAMACHO, Gladys (2014) Constitución y Transparencia. Revista de Derecho Público/ Edición Especial.
7. CEA EGAÑA, José Luis. Derecho Constitucional Chileno. Tomo I. Ediciones UC. 2° Edición.
8. CORDERO, Luis (2015). Lecciones de derecho administrativo. Santiago, Thomson Reuters. 2° edición corregida.
9. DIARIO CONSTITUCIONAL. 6 de julio 2020. Todo sobre el proyecto de Ley transparencia 2.0. [En línea] diarioconstitucional.cl/noticias/asuntos-de-interes-publico/2020/07/06/todo-sobre-el-proyecto-de-Ley-transparencia-20/
10. FUENTES, Ximena (2013). La Jerarquía y el Efecto Directo del Derecho Internacional en el Sistema Jurídico Chile. En: Una Vida en la Universidad de Chile. Celebrando al Profesor Antonio Bascuñán Valdés, Thomson Reuters.
11. LANZA, Edison (2016). Prólogo. En: Consejo Para la Transparencia. A diez años del fallo Claude Reyes: impactos y desafíos.
12. NASH, Claudio (2012). Derecho inter-

nacional de los derechos humanos en Chile: recepción y aplicación en el ámbito interno. Centro de Derechos Humanos, Universidad de Chile

13. RUIZ-TAGLE, Pablo (2006). La trampa del neopresidencialismo: la Constitución “Gatopardo”. En: CRISTI, Renato y RUIZ-TAGLE, Pablo. La República en Chile. Teoría práctica del Constitucionalismo Republicano. LOM ediciones.

14. RUIZ-TAGLE, Pablo (2006). El constitucionalismo chileno: entre el autoritarismo y la democracia. En: CRISTI, Renato y RUIZ-TAGLE, Pablo. La República en Chile. Teoría práctica del Constitucionalismo Republicano. LOM ediciones.

15. VIVANCO, Ángela (2007). Curso de Derecho Constitucional. Bases conceptuales y doctrinarias del Derecho Constitucional. Tomo I. Ediciones Universidad Católica de Chile, segunda edición.

b) Historia de la Ley y proyectos de Ley

1. BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. HistoriadelaLeyN°20.434. [En línea] https://www.bcn.cl/historiadelaLey/fileadmin/file_Ley/4810/HLD_4810_37a6259cc0c-1dae299a7866489dff0bd.pdf
2. BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. HistoriadelaLeyN°20.657. [En línea] https://www.bcn.cl/historiadelaLey/fileadmin/file_Ley/4452/HLD_4452_37a6259cc0c-1dae299a7866489dff0bd.pdf
3. BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. HistoriadelaLeyN°20.560. [En línea] https://www.bcn.cl/historiadelaLey/fileadmin/file_Ley/4534/HLD_4534_37a6259cc0c-1dae299a7866489dff0bd.pdf
4. BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. HistoriadelaLeyN°20.417. [En línea] https://www.bcn.cl/historiadelaLey/fileadmin/file_Ley/4798/HLD_4798_37a6259cc0c-1dae299a7866489dff0bd.pdf
5. BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. HistoriadelaLeyN°20.285. Informe de Comisión de Gobierno. [En línea] https://www.bcn.cl/historiadelaLey/fileadmin/file_Ley/6357/HLD_6357_6c03e16ffae75195179aa7a-bee7105f.pdf



6. BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE. Historia de la Ley 20.050. [En línea] https://www.bcn.cl/historiadelaLey/fileadmin/file_Ley/6131/HL-D_6131_37a6259cc0c1dae299a7866489d-ff0bd.pdf

7. BOLETIN N°8805-07. Moción, por los senadores Larraín, Alvear, Ruminot, Allende y Tuma. Otorga reconocimiento constitucional al principio de transparencia y al derecho de acceso a la información pública. Presentación 01/2013. [En línea] https://www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php?boletin_ini=8805-07

8. BOLETÍN 13206-07. Moción, por los Diputados y las Diputadas: Bernal, Celis, Fernández, Girardi, Ibáñez, Marzán, Mirosevic, Parra, Winter. Modifica la Carta Fundamental para imponer al Estado el deber de promover y facilitar la participación ciudadana y el acceso a la información de todas las personas, en materias referidas al medio ambiente. Presentación: 01/2020. [En línea] www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php?boletin_ini=13206-07

9. BOLETÍN 12100-07. Mensaje Presidencial. Modifica la Ley no. 20.285 sobre acceso a la información pública. Presentación: 09/2018. [En línea] https://www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php?boletin_ini=12100-07

10. BOLETÍN 9404-12. Mensaje Presidencial. Proyecto de Ley que crea el Servicio de Biodiversidad y Áreas Protegidas y el Sistema Nacional de Áreas Protegidas. Presentación: 06/2014. [En línea] www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php?boletin_ini=9404-12

11. BOLETÍN 11571-21. Moción, por los diputados Morano, Flores, Berger, y Fuentes. Proyecto de Ley que modifica la Ley N°18.892, General de Pesca y Acuicultura, en materia de prohibición de captura de especies salmonídeas provenientes de cultivos de acuicultura. Presentación: 01/2018. [En línea] https://www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php?boletin_ini=11571-21

12. BOLETÍN 13194-21. Moción, por los diputados Ascencio, Calisto, y las diputadas Hernando y Vallejo. Establece la obligación de las empresas que desarrollan la actividad pes-

quera y de acuicultura, de retirar del lugar de operaciones todos los residuos compuestos de plástico y otros polímeros, que descarten con ocasión de su actividad industrial. Presentación: 12/2019. [En línea] https://www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php?boletin_ini=13194-21

13. BOLETÍN 12535-21. Mensaje. Modifica la Ley General de Pesca y Acuicultura en el ámbito de los recursos bentónicos. Presentación: 04/2019. [En línea] https://www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php?boletin_ini=12535-21

14. BOLETIN 12634-12, refundido con 12605-21. Moción, por los senadores y las senadoras Allende, Girardi, Órdenes, Prohens, Sandoval. Establece normas ambientales y de adaptación al cambio climático para la actividad de acuicultura. [En línea] https://www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php?boletin_ini=12634-12

15. BOLETÍN 8091-21. Modifica en el ámbito de la sustentabilidad de recursos hidrobiológicos, acceso a la actividad pesquera industrial y artesanal y regulaciones para la investigación y fiscalización, la Ley General de Pesca y Acuicultura contenida en la Ley N°18.892 y sus modificaciones. Mensaje Presidencial. Presentación: 12/2011. [En línea] https://www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php?boletin_ini=8091-21

c) Sentencias

Tribunal Constitucional

1. STC Rol N°634 de 17 de octubre de 2016. “Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto del artículo 13 de la Ley N°18.575, presentado por la Corte de Apelaciones de Valparaíso en la causa caratulada Lean Casas Cordero, Carlos Eric con Director Nacional de Aduanas, Rol N°2336-06, seguida ante ese mismo Tribunal”.

2. STC Rol 1990 de 26 de mayo de 2011. “Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por Pablo Coloma Correa respecto de los artículos 5°, inciso 2° y 21 N°1, letra b; de la Ley N°20.285, en los autos Rol N°541-2011, sobre reclamo de ilegalidad, caratulados Dirección Nacional del Servicio Civil con Consejo para la Transparencia, del que conoce la Corte de Apelacio-



nes de Santiago”.

3. STC Rol N°2153 de 26 de diciembre de 2011. Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por Rodrigo Ubilla Mackenney, Subsecretario del Interior, respecto del inciso segundo, del artículo 5° de la Ley N°20.285, de 2008, sobre Acceso a la Información Pública, en la parte que señala “y toda otra información que obre en poder de los órganos de la Administración, cualquiera sea su formato, soporte, fecha de creación, origen, clasificación o procesamiento”, en los autos sobre reclamo de ilegalidad caratulados “Subsecretaría Interior con Consejo para la Transparencia”, de que conoce la Corte de Apelaciones de Santiago, bajo el Rol N°6704-2011.

4. STC Rol 2907 de dos de octubre de 2015. “Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por Salmones Multiexport S.A. respecto de los artículos 5°, inciso segundo, y 10, inciso segundo, de la Ley N°20.285, sobre Acceso a la Información Pública, y del artículo 31 bis de la Ley N°19.300, en los autos sobre recurso de queja de que conoce la Corte Suprema, bajo el Rol N°15.138-2015”.

5. STC 3111 de 24 de junio de 2016. “Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por Asociación de la Industria del Salmón de Chile A.G. y otros respecto del inciso 2° del artículo 5 de la Ley N°20.285, sobre acceso a información pública, en los autos sobre recurso de queja de que conoce la Corte Suprema, bajo el Rol N°34.432-2016”.

6. STC 5950 de 14 de enero de 2019. “Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por Marine Harvest Chile S.A. (hoy Mowi Chile S.A.), respecto de los artículos 5°, inciso segundo, y 10, inciso segundo, de la Ley N°20.285, sobre Acceso a la Información Pública, y del artículo 31 bis de la Ley N°19.300, en los autos sobre reclamo de ilegalidad de que conoce la Corte Apelaciones de Santiago, bajo el Rol N°382-2018 (Contencioso Administrativo)”.

7. STC Rol N°4986 de 5 de julio de 2018. “Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por Salmones Multiexport S.A. y Multiexport Pacific Farms S.A.,

respecto de los artículos 5°, inciso segundo, y 10, inciso segundo, de la Ley N°20.285, sobre Acceso a la Información Pública, y del artículo 31 bis de la Ley N°19.300, en los autos sobre recurso de queja de que conoce la Corte Suprema, bajo el Rol N°13.044-2018”.

8. STC Rol N°3974 de 17 de octubre de 2017. “Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por Salmones Multiexport S.A. y Multiexport Pacific Farms S.A. respecto de los artículos 5°, inciso segundo, y 10, inciso segundo, de la Ley N°20.285, y del artículo 31 bis de la Ley N°19.300, en los autos sobre reclamo de ilegalidad, caratulados “Salmones Multiexport S.A. con Consejo para la Transparencia” de que conoce la Corte de Apelaciones de Puerto Montt, bajo el Rol N°122-2017”.

9. STC Rol N°2982 de 1 de febrero de 2016. “Requerimiento de Inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por el Servicio Nacional de Pesca y Acuicultura respecto del inciso 2° del artículo 5 y del inciso segundo del artículo 10, ambos de la Ley N°20.285, sobre acceso a información pública, en el marco del reclamo de ilegalidad Rol N°2118-2015 de la Corte de Apelaciones de Valparaíso, caratulado “Servicio Nacional de Pesca y Acuicultura con Consejo para la Transparencia”.

Corte Suprema

1. Corte Suprema, Rol N° N°13044-2018 de 03 de julio de 2019. “Salmones Multiexport S.A con Consejo para la Transparencia”.

2. Corte Suprema, Rol N°34.432-2016 de 06 de julio de 2017. “Salmones Friosur S.A.”.

3. Corte Suprema, Rol N° 15.138-2015 de 06 de julio de 2017. “Salmones Multiexport S.A.”.

4. Corte Suprema, Rol N°17.310-2019 de 04 de diciembre de 2019. “Consejo para la Transparencia con Salmones Multiexport”.

5. Corte Suprema, Rol N°31.927-2019 de 25 de agosto de 2020. “Consejo para la Transparencia con Invermar S.A.”.

6. Corte Suprema, Rol N° 20.589-2019 de 26 de diciembre de 2019. “Consejo para la Transparencia con Invermar S.A.”.







CAPÍTULO II

Recursos Marinos y Regulación Constitucional de la Propiedad



RESUMEN EJECUTIVO



© Oceana | Mauricio Altamirano



El presente informe examina las diversas discusiones suscitadas en los últimos años, que tienen en su centro la garantía constitucional del derecho de propiedad, cuando se intenta mejorar la regulación de la pesca y la acuicultura en materia de acceso a los recursos y de sostenibilidad.

DERECHO DE PROPIEDAD CONSTITUCIONAL

En primer lugar, el trabajo revisa la comprensión que se ha tenido de la garantía constitucional de propiedad, las condiciones en que es posible limitarla, el freno de la esencia del derecho y la teoría de la expropiación regulatoria.

El artículo 19 N°24 de la Constitución, además de garantizar todas las especies de propiedad sobre bienes corporales e incorporales, exceptuándose los bienes comunes y los bienes nacionales de uso público, expresa que, para privar a alguien de su derecho por causas de interés público, es necesario cumplir con un procedimiento de expropiación y pagar una correspondiente indemnización.

No obstante, el mismo artículo autoriza al legislador a limitar el derecho de propiedad, atendiendo a su función social, expresada, entre otras razones, en la conservación del patrimonio ambiental. Ello, siempre que esas limitaciones no afecten la esencia del derecho (artículo 19 N°24 y 26 de la Constitución), manifestada en sus facultades (de uso, goce y disposición) y en sus atributos (ser un derecho absoluto, perpetuo y exclusivo).

Las normas anteriores han sido fuente de discusión cuando una regulación o norma establece limitaciones intensas del derecho de propiedad. Mientras algunos sostienen que ello es perfectamente admisible, en virtud de la función social de la propiedad, otros consideran que estas limitaciones cabrían dentro del concepto de expropiación, por afectarse la esencia del derecho (teoría de la expropiación regulatoria).

Esta discusión, como se ve en el informe, es recurrente cuando se intenta modificar la regulación de la actividad de pesca y acuicultura para mejorar el acceso a los recursos y avanzar en materia de sustentabilidad.

La industria, considerando a las autorizaciones de pesca y concesiones de acuicultura como bienes incorporales, ha interpretado que la garantía constitucional de la propiedad se extiende sobre ellas, de modo que, al cambiar la regulación, se estaría afectando su derecho de propiedad. Ello, en un contexto en que, además, se ha interpretado que los recursos hidrobiológicos serían bienes apropiables sobre los que recaería el derecho a la libre adquisición de los bienes (artículo 19 N°23 de la Constitución) y, por consiguiente, el derecho de propiedad (artículo 19 N°24 de la Constitución), ha redundado en constantes trabas al momento introducir modificaciones regulatorias que avancen en materia de sustentabilidad de los océanos.



DISCUSIONES LEGISLATIVAS EN MATERIA DE PROPIEDAD Y REGULACIÓN DE LA PESCA Y LA ACUICULTURA

A continuación, el trabajo analiza las principales discusiones que se han dado en el Congreso y que se relacionan con la propiedad y la regulación de la pesca y acuicultura, a objeto de identificar cómo se utiliza la garantía constitucional de la propiedad, cuando se intenta mejorar la regulación en materia de sustentabilidad.

i) LAS CUOTAS Y SU NATURALEZA EN LA HISTORIA LEGISLATIVA LEY N°20.657 DE PESCA Y ACUICULTURA.

Se revisan, primero, las argumentaciones que se dieron en torno a la propuesta de hacer al Estado propietario de los recursos hidrobiológicos, evidenciando la prevalencia de los argumentos que rechazaron este reconocimiento.

Luego, se examina la discusión relativa a la modificación del régimen de acceso a la pesca, que buscó terminar con las autorizaciones indefinidas. La revisión muestra que ciertos sectores, considerando la existencia de derechos adquiridos sobre las autorizaciones, argumentaron que la modificación de la duración de los permisos de pesca, pasando de una indefinición en el tiempo a una limitación en el tiempo, aunque fuesen susceptibles de renovación, era una vulneración del derecho de propiedad constitucional que podría constituir, de ser aprobada, una expropiación regulatoria.

El debate anterior concluyó por asumir los argumentos con base en el derecho de propiedad constitucional y reconocer en materia de pesca dos regímenes coexistentes: el de las autorizaciones indefinidas y el de las licencias transables de pesca (limitadas en el tiempo). Ello tiene consecuencias directas en materia de protección del medio ambiente, ya que las causales de caducidad por no cumplir con los criterios de sustentabilidad, aprobados en la misma Ley, no son aplicables a aquellos que obtuvieron sus autorizaciones de forma previa a esta.

ii) LA SUBASTA COMO NUEVO MECANISMO DE ASIGNACIÓN

También, se exploran las discusiones suscitadas a raíz del boletín N°11.704-21 (refundido con los boletines N°11.642-21, N°10.190-21 y N°7.926-03), en actual tramitación ante el Senado, cuya principal modificación sería terminar con las autorizaciones indefinidas e instaurar el sistema de subasta para la totalidad de la cuota global de captura.

La propuesta de esta modificación viene a desafiar la argumentación sobre un supuesto derecho histórico sobre las autorizaciones de pesca, amparado por el derecho de propiedad constitucional. Ello, porque propone eliminar las clases A y B de las Licencias Transables de Pesca, para dejar sólo una genérica, cuyo origen sería la subasta.

iii) PROHIBICIÓN DE LA PESCA DE ARRASTRE PARA EXTRAER LA JIBIA

Como tercer punto, se hace referencia a la Ley N°21.134, que busca regular la captura de la jibia, prohibiendo el arrastre, por tratarse de un método no selectivo que termina capturando especies que no son el objetivo de la pesca.

En la tramitación legislativa no se argumentó a favor de un derecho de propiedad. Sin embargo, se presentaron dos requerimientos ante el Tribunal Constitucional, que sí solicitaron la declaración de inconstitucionalidad de la Ley por afectación de este derecho.

iv) RÉGIMEN DE LAS CONCESIONES ACUÍCOLAS

Como último punto del análisis legislativo, se revisan los cambios que introdujo la Ley N°20.434 en el ámbito de la acuicultura.



Una de las principales modificaciones en este sentido fue que las concesiones pasaron de ser indefinidas, a contar con un plazo de 25 años renovables (para las concesiones acuícolas otorgadas a partir de la entrada en vigencia de la ley). Esta modificación se aprobó sin mayor debate, haciendo convivir, también en este caso, el régimen de las concesiones indefinidas existentes de manera previa a la Ley y el de las concesiones renovables.

Por otro lado, la Ley N°20.434 incorporó la posibilidad de constituir hipotecas sobre las concesiones acuícolas, extendiéndose así el estatuto del derecho de propiedad sobre la concesión pese a que esta recae sobre un bien nacional de uso público, considerado inapropiable. Esta modificación fue objeto de un fuerte debate, que terminó, finalmente, con su aprobación, pese al fallido intento de un grupo de Senadores de que el Tribunal Constitucional declarara inconstitucionales los artículos referidos a la hipoteca.

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Finalmente, se analizan los fallos del Tribunal Constitucional en materia de pesca y acuicultura, de modo de identificar las formas en que la propiedad ha sido interpretada al momento de avanzar en la protección de los océanos.

I) DERECHO DE PROPIEDAD HISTÓRICO SOBRE LAS AUTORIZACIONES DE PESCA

Se examinan, en primer lugar, dos causas en que, si bien no se alegó vulneración del derecho de propiedad, se evidenció la discusión suscitada al mantener dos regímenes de acceso a la pesca coexistentes y la posición del Tribunal Constitucional sobre la necesidad de mantener la distinción por existir un régimen de propiedad sobre las autorizaciones de pesca.

En la causa Rol 2386-2012 del Tribunal Constitucional, que se refiere a un requerimiento realizado durante la tramitación de la Ley N°20.657, la que introdujo, por un lado, modificaciones al régimen de acceso de la actividad pesquera industrial, creando las Licencias Transables de Pesca renovables y, por el otro, mantuvo el sistema las autorizaciones de pesca indefinidas, otorgadas con anterioridad a la dictación de la ley.

Se argumentó por los requirentes que la Ley transgredía la Constitución, ya que se estaría garantizando una posición de privilegio a los actuales titulares de autorizaciones de pesca, pues se les daría la posibilidad exclusiva y excluyente de ser asignatarios de licencias clase A renovables.

El Tribunal Constitucional rechazó el requerimiento, señalando, entre otras cosas, que (i) las diferencias vendrían impuesta desde hace más de dos décadas por el hecho objetivo y real de no existir más recursos que capturar dentro de pesquerías que se encuentran copadas y en plena explotación; (ii) quitarle las autorizaciones de pesca a los armadores históricos, es comparable a realizar una subasta de los terrenos donde alojan legalmente los colonos; y (iii) los artículos impugnados no tendrían como efecto la creación de privilegios para grupos determinados. Con ello, se evidenció que para dicho organismo existe un régimen de propiedad privada relativamente consolidado sobre las autorizaciones de pesca. Con ello el Tribunal reconoció la existencia de un régimen de propiedad privada relativamente consolidado sobre las autorizaciones de pesca.

En segundo lugar, se revisa la causa Rol 2387 de 2012 del Tribunal Constitucional, en que se solicitó, también durante la tramitación de la Ley N°20.657, la declaración de inconstitucionalidad de los artículos referentes a (i) la regulación de la subasta pública del 15% de la cuota industrial de una pesquería sujeta a régimen de plena explotación y administrada con cuota global de captura una vez se encuentre en un nivel igual o superior al 90%



de su rendimiento máximo sostenible y (ii) la fijación de cuotas anuales de captura por especie en un área determinada o cuotas globales de captura.

Los requirentes estimaron que, dado que la asignación de cuotas que hace la ley va exclusivamente a aquellas personas que ya cuenten con derechos históricos, se estaría vulnerando el artículo 19 N°2 y 22 de la Constitución, por crear diferencias arbitrarias. No obstante, el Tribunal desestimó el recurso, por considerar que la argumentación era general e imprecisa y que existiría falta de conexión con los artículos impugnados.

ii) PROHIBICIÓN DE PESCAR LA JIBIA MEDIANTE ARRASTRE

Luego, se abordan dos requerimientos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad relativos al artículo único de la Ley N°21.134, que prohíbe la pesca de arrastre para la captura de la jibia.

En la causa Rol N°8728-2020, la requirente alegó la vulneración del derecho de propiedad sobre su autorización de pesca, la que incluiría como elemento esencial el arte de pesca por el cual se autoriza a capturar. Sostiene que la ley no puede afectar las autorizaciones que integren en su descripción la pesca con arrastre y que hayan sido otorgadas con anterioridad a la referida ley, por constituir derechos ingresados a su patrimonio. No obstante, el Tribunal declaró inadmisibles dichos recursos.

En seguida, en la Causa Rol 8614-2020 del Tribunal Constitucional, se indicó que la norma sería inconstitucional aplicar la Ley N°21.134 a aquellas autorizaciones otorgadas con anterioridad a su entrada en vigencia, considerando admisible su aplicación sólo respecto de las que se otorguen a futuro.

La reciente sentencia del Tribunal Constitucional rechazó el requerimiento, señalando, entre otras cosas i) que, dado que el otorgamiento de una autorización no crea nuevos derechos, pues solo levantaría una barrera para habilitar su ejercicio, esta no constituiría un bien incorporal respecto del que se pueda ejercer el derecho de propiedad; ii) que no existe derecho de propiedad sobre las normas; y iii) que dado que la actividad de la pesca incide en la conservación de los recursos hidrobiológicos, hay otros intereses y derechos a ponderar a la hora de regular dicha actividad, referidos al deber Estatal de conservación del patrimonio ambiental.



CONCLUSIONES

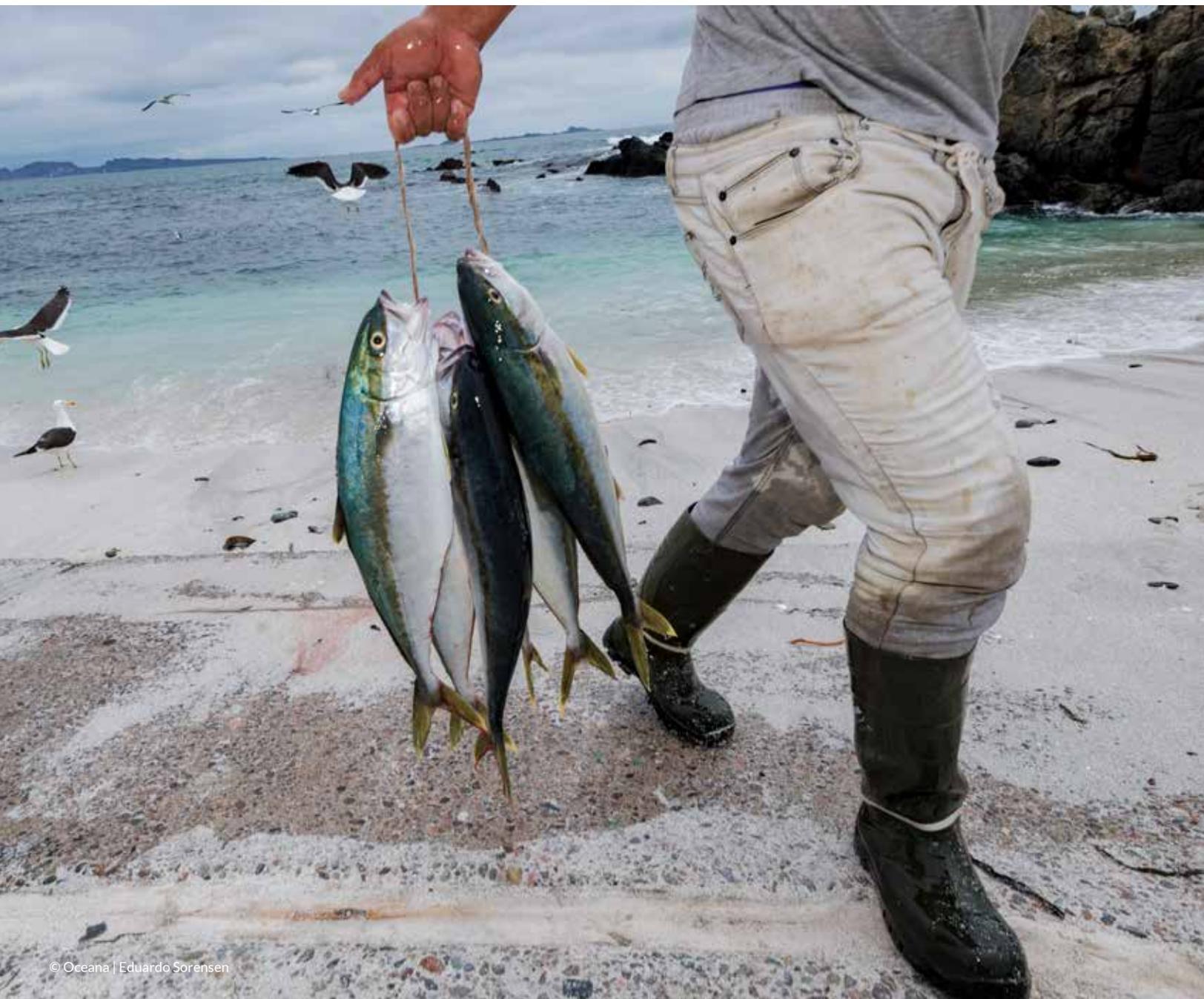
Se concluye que, en materia de pesca y acuicultura, la interpretación generalizada de la garantía ha tendido a privilegiar su resguardo en su dimensión individual, erigiéndose como una verdadera barrera cuando el legislador intenta modificar la regulación con el fin de avanzar en materia de acceso a los recursos hidrobiológicos y de la protección ambiental.

Es así como, tanto en el debate legislativo como en los razonamientos del Tribunal Constitucional el argumento de existir un derecho de propiedad por sobre las autorizaciones de pesca o concesiones de acuicultura es recurrente, primando por sobre los argumentos esgrimidos en contrario. Finalmente, se plantea como posibilidades para avanzar en la protección de los ecosistemas la necesidad de reconocer a los recursos hidrobiológicos como bienes de todos los chilenos y de relevar la función social de la propiedad a favor del bien común y de la sustentabilidad, con el fin de que el Estado pueda efectivamente cumplir con sus obligaciones de proteger el medio ambiente y velar por el bien común.



CAPÍTULO II

RECURSOS MARINOS Y REGULACIÓN CONSTITUCIONAL DE LA PROPIEDAD



© Oceana | Eduardo Sorensen



I. INTRODUCCIÓN

El 18 de octubre del año 2019 marcó un antes y un después en Chile. Una serie de eventos relacionados con el alza del precio del boleto del metro pusieron el foco de atención en una serie de problemas sociales y, en las dificultades que existen para avanzar en reformas legales que los solucionen debido, entre otras cosas, al marco constitucional rígido que tiene nuestro país.

La respuesta institucional a ello la entregó el parlamento en la madrugada del 15 de noviembre del 2019, alcanzando un acuerdo para cambiar la Constitución Política imperante. Dicho pacto, denominado “Acuerdo por la Paz Social y nueva Constitución” estableció el compromiso de los partidos políticos del país, con representación parlamentaria (con excepción del Partido Comunista y el Partido Humanista) de llamar a un plebiscito en el mes de abril del 2020, que resuelva dos preguntas: 1) ¿Quiere usted una Nueva Constitución? y 2) Qué tipo de órgano debiera redactar la Nueva Constitución? (Convención Mixta o Convención Constitucional)¹.

Desde aquel acuerdo, el país se abocó en el objetivo de concretar el Plebiscito Constitucional. Si bien, este no pudo llevarse a cabo en la fecha estimada inicialmente, producto de la crisis sanitaria generada por la pandemia del Covid-19, se realizó sin contratiempos con fecha 25 de octubre de 2020, teniendo un avasallador resultado a favor del apruebo y de la convención constitucional. Con ello, un importante proceso constituyente abre su camino, siendo tarea de todos y todas discutir sobre los desafíos que presentó la formulación y de la Constitución de 1980, y las posibilidades que se abren en una nueva Constitución, por primera vez democrática.

En este contexto, y con el fin de enriquecer la discusión constitucional, es que nos hemos propuesto identificar cómo ha operado la Constitución actual cuando se intenta avanzar en la protección del medio ambiente y los océanos. Para ello, se han escogido algunos grandes temas a desarrollar en tres informes. Este, es el segundo de ellos y se refiere a los recursos marinos y a la regulación constitucional de la propiedad.

¹ Acuerdo por la Paz y la Constitución. Punto N°2. p. 1. [En línea] <https://media.elmostrador.cl/2019/11/Acuerdo-por-la-Paz-Social-y-la-Nueva-Constitucion%CC%81n-1.pdf>



II. METODOLOGÍA

Este trabajo presenta un análisis con dos aproximaciones. Primero se realizó un análisis jurisprudencial basado en el control posterior de constitucionalidad realizado por el Tribunal Constitucional desde la dictación de la Ley N°20.657 que modificó, entre otras, el acceso a la actividad pesquera industrial en 2013. Para ello se realizó un catastro de sentencias en las temáticas propuestas, utilizando los buscadores oficiales de ambos organismos, un buscador de jurisprudencia (Vlex) y la búsqueda en prensa.

Por otro lado, se realizó un análisis sobre el debate legislativo llevado adelante por el Senado², en torno a la regulación de los recursos marinos y la garantía constitucional de la propiedad. Para ello, se hizo un catastro de los proyectos de ley ingresados al Congreso desde la dictación de la referida Ley N°20.657, utilizando el buscador de la página oficial del Senado, con el fin de revisar las discusiones suscitadas en la tramitación de ellos. Además, se llevaron a cabo dos entrevistas con expertos, a objeto de identificar como los argumentos con base constitucional han influido en las discusiones respectivas³.

2. La información sobre las discusiones de la Cámara de Diputados no se encuentra disponible en su página web institucional. Por ello, se ha acotado el análisis parlamentario las discusiones de la cámara del Senado que tiene toda la información se encuentra disponible en línea.

3. Agradecemos los valiosos insumos realizados por Paulina Ibarra de la Fundación Multitudes, Alberto Precht de Chile Transparente y Josefina Correa de Greenpeace.



III. LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA EN CHILE

La Constitución es una norma superior y fundacional que divide, regula y limita el poder del Estado frente a los ciudadanos. CORDERO señala que el concepto de Constitución se desarrolla sobre cuatro ideas “(a) la de un conjunto de normas de rango superior a cualquier otra manifestación reguladora; (b) la de un texto escrito que codifica las reglas de organización y funcionamiento de los poderes públicos; (c) la de norma fundacional; (d) la de una norma cuya finalidad es limitar el poder del Estado en defensa de las libertades de los ciudadanos”⁴.

El poder de la Constitución radica, por un lado, en el reconocimiento de principios y acuerdos fundamentales que permiten mantener la unidad e identidad del pueblo y por el otro, en el establecimiento de mecanismos que promueven su estabilidad en el tiempo, impidiendo modificarla fácilmente. Ello, entendiendo que la modificación de su texto supone el alcance de otro acuerdo fundamental que lo permita⁵. En este sentido ATRIA explica que la modificación de ciertas normas “implicaría transformar la identidad o la forma de la unidad política que conformamos. Si esas decisiones han de ser tomadas, no pueden ser tomadas por mandatarios del pueblo, tendrán que ser tomadas por el pueblo mismo”⁶.

Para resguardar la superioridad de la Constitución por sobre otras normas (o supremacía constitucional, VIVANCO sostiene que existen diferentes mecanismos en los estados democráticos: a) la jurisdicción constitucional; b) el control de constitucionalidad; c) la rigidez constitucional y d) la jerarquía normativa⁷.

En Chile no cabe duda sobre la supremacía o superioridad de la Constitución Política de la República⁸, existiendo diferentes mecanismos para asegurarla. Es el caso del control de constitucionalidad realizado por el Tribunal Constitucional, el control realizado por la Contraloría General de la República sobre los actos de la administración, el control judicial de los tribunales de justicia, la existencia de quórumos altos (llamados contra-mayoritarios o supra-mayoritarios) para la modificación del texto constitucional y el principio de jerarquía, que establece la subordinación de las normas jurídicas a la Constitución. Lo anterior, en principio, no se aleja de la lógica de la teoría constitucional general. Sin embargo, las críticas a la rigidez de la Constitución al momento de avanzar en reformas sociales o en la protección de los bienes comunes han sido una constante en el debate político y jurisdiccional.

4. CORDERO, Luis (2015): Lecciones de derecho administrativo (Santiago, Thomson Reuters, segunda edición). p. 131

5 Al respecto Fernando Atria, en su libro “La Constitución Tramposa” sostiene que no todas las normas que forman parte del texto constitucional serían parte de “La constitución”. En efecto, explica que algunas normas del texto constitucional pueden cambiarse sin que sea problemático, como sucede, por ejemplo, con el artículo 86 inciso 3° de la Constitución, que establece la cantidad de años de ejercicio que requieren los abogados antes de poder aspirar a ser fiscales. En: ATRIA, Fernando (2013): La Constitución Tramposa. (Santiago, Editorial LOM) p. 34-35.

6 ATRIA, Fernando (2013). p. 34-35.

7 VIVANCO, Ángela (2007): Curso de Derecho Constitucional. Bases conceptuales y doctrinarias del Derecho Constitucional. Tomo I. (Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, segunda edición).

8 Ello, sin perjuicio de la discusión sobre la jerarquía de la Constitución respecto de los tratados internacionales. Al respecto ver: NASH, Claudio (2012): Derecho internacional de los derechos humanos en Chile: recepción y aplicación en el ámbito interno. (Santiago, Centro de Derechos Humanos, Universidad de Chile) y FUENTES, Ximena (2013): La Jerarquía y el Efecto Directo del Derecho Internacional en el Sistema Jurídico Chile, en: GREZ et al. (edit.) Una Vida en la Universidad de Chile. Celebrando al Profesor Antonio Bascuñán Valdés (Santiago, Thomson Reuters). pp. 583 – 618.



IV. REGULACIÓN DE LA PESCA Y LA ACUICULTURA Y EL DERECHO CONSTITUCIONAL DE LA PROPIEDAD

La extensa costa de Chile, de aproximadamente 4200 kilómetros en línea recta y la presencia del sistema de la corriente de Humboldt (que permite el afloramiento de aguas profundas más frías y abundantes en nutrientes) da lugar a uno de los ecosistemas marinos más ricos y productivos de la tierra ⁹. Ello ha permitido el posicionamiento del sector pesquero, tanto así que, en la actualidad, Chile se encuentra dentro de los 10 países pesqueros más importantes del mundo ¹⁰.

El sector pesquero se subdivide en pesca artesanal, industrial y acuícola. Acorde a los datos del Servicio Nacional de Pesca (Sernapesca) del año 2017, el sector pesquero alcanzó su mayor volumen en la pesca artesanal (40%), seguido de los centros de cultivo (34%) y, por último, el sector industrial (26%) ¹¹. Dentro de estas, la pesca industrial y la acuicultura han generado diversos debates por el favorecimiento que reciben frente a la pesca artesanal, por su importancia económica, su regulación y, especialmente, por el impacto ambiental que generan.

En el caso de la pesca industrial el impacto ambiental va de la mano de la sobreexplotación de los recursos y el agotamiento de ciertas especies. En este sentido, si bien actualmente los niveles de captura se encuentran muy por debajo del peak de los años 90, con un valor aproximado de 2,3 millones de toneladas en 2018, de todas formas, se evidencia que un 67% de las pesquerías se encuentran sobreexplotadas, colapsadas o incluso agotadas ¹². Por su parte, en el caso de la acuicultura (particularmente salmonicultura), el impacto ambiental se produce, entre otras cosas, por la sobrecarga de los ecosistemas, que permite la generación de condiciones anaeróbicas que dificultan el desarrollo de la vida marina.

Tal como se revisará, la regulación de estas actividades ha estado determinada, en los últimos años, por la Ley de Pesca, normativa cuestionada en su origen y desempeño para hacerse cargo de la protección de los océanos. Pero, además, ha estado determinada por la remisión constante por parte de la industria, a la consagración constitucional de la propiedad, la que es utilizada para frenar cambios regulatorios.

En vista de lo anterior, a continuación, se examinarán las diversas discusiones suscitadas en los últimos años, que tienen en su centro la garantía constitucional del derecho de propiedad, cuando se intenta mejorar la regulación de la pesca y la acuicultura en materia de acceso a los recursos y de sostenibilidad.

Para ello, nos referiremos, en primer lugar, al derecho de propiedad y la comprensión que se ha tenido del mismo en sede constitucional, abordando los límites que admite en razón de su función social y las teorías de la esencia del derecho y de la expropiación regulatoria. En seguida, revisaremos algunos conceptos básicos sobre la regulación de la pesca y la acuicultura que nos permitirán entender los conflictos suscitados con el régimen de propiedad. Luego, revisaremos los argumentos esgrimidos sede legislativa, de modo de observar cómo la argumentación en torno a la propiedad constitucional ha contribuido a frenar cambios regulatorios que podrían mejorar las condiciones de protección de los ecosistemas marinos. Finalmente, se examinarán las discusiones llevadas al Tribunal Constitucional y la forma en que este ha resuelto, haciendo especial énfasis en cómo la comprensión de este tribunal puede contribuir a generar una barrera cuando se intenta avanzar en la protección ambiental.

9 SUBPESCA (s.f): Características del Sector de la Pesca y Acuicultura Chilena. [en línea] <http://mardechile.cl/wordpress/wp-content/uploads/Caracter%C3%ADsticas-de-del-Sector-de-la-Pesca-y-Acuicultura-Chilena-2.pdf>

10 FAO (2014): Perfiles sobre la pesca y la acuicultura por países. La República de Chile. Mayo 2014. [en línea] <http://www.fao.org/fishery/facp/CHL/es#:~:text=Sector%20de%20la%20producci%C3%B3nEI,artesanales%20o%20de%20peque%C3%B1a%20escala.>

11 SERNAPESCA (2017): Desembarque total. [en línea] http://www.sernapesca.cl/sites/default/files/desembarque_total_2017_1.pdf

12 SUBPESCA (2020). Estado de situación de las principales pesquerías chilenas, año 2019. [en línea] <http://www.subpesca.cl/portal/618/w3-article-107314.html>



1. EL DERECHO DE PROPIEDAD EN LA CONSTITUCIÓN DE 1980

1.1. LA REGULACIÓN CONSTITUCIONAL DE LA PROPIEDAD

Uno de los temas que más preocupó a los integrantes de la Comisión de Estudios para de la Constitución Política de la República de Chile (CENC), que redactó la Constitución Política de 1980, fue la propiedad. Los comisionados estimaban que este derecho “es el fundamento de todas las libertades políticas y que sin él no hay capacidad personal de subsistencia ya que, si ésta depende de la voluntad omnímoda del Estado, no hay quien pueda vivir en libertad”¹³.

Para la consagración de este derecho se encomendó su revisión a la “Subcomisión encargada del estudio del Estatuto del Derecho de Propiedad”, la que presentó un informe en que se mostraba que, a su juicio, la garantía fundamental del derecho de propiedad privada presente en la Constitución Política de la República de 1925, carecía “de la prestancia y fuerza que corresponde a normas de tan alta jerarquía, ya que ha ido perdiendo su eficacia hasta el punto que el campo de acción de los particulares se ha visto disminuido notablemente, configurando un factor de inseguridad económica de primerísimo orden, atentatorio contra los derechos individuales”¹⁴. La Subcomisión planteó que el problema residía, en gran parte, en que la Constitución de 1925, pese a poner atención en el derecho de propiedad, se remitía excesivamente a la ley “sin delimitar en forma clara la esfera de sus atribuciones acorde con el respeto al derecho mismo”¹⁵. Además, que su garantía se extendía “en su mayor parte y con bastante detalle, sobre materias que en sí constituyen excepciones al derecho que se garantiza, de suerte que éste resulta seriamente debilitado”¹⁶.

Con lo anterior en cuenta, la Subcomisión recomendó dictar una norma que, por un lado lograra “robustecer el derecho de propiedad privada sobre la base de que ninguna limitación admite que éste sea afectado en su esencia, para lo cual se propone consignar con claridad cuáles son las limitaciones y obligaciones legales del dominio, pero, a la vez, la imposibilidad de que ellas sean de tal naturaleza que lleguen a constituir en la práctica una disminución o pérdida de las facultades de usar, gozar y disponer” y por el otro, precisara “el concepto de función social inherente al derecho de propiedad en cuanto impone una obligación tocante al ejercicio del derecho”¹⁷.

El análisis fue compartido por todos los integrantes de la CENC, a los que les preocupaba proteger el derecho de propiedad, para que, en la práctica, no resultara suprimido. Ello derivó en que en el artículo 19 N°24 de la Constitución se consagrara un derecho robusto y exhaustivo que, en específico, asegura a todas las personas:

“El derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales o incorporeales.

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

Nadie puede, en caso alguno, ser privado de su propiedad, del bien sobre que recae o de alguno de los atributos o facultades esenciales del dominio, sino en virtud de ley general

¹³ CENC (1975 a): Actas oficiales de la Comisión Constituyente Sesión 116a, celebrada en Jueves 24 de abril de 1975, p. 891 [En línea] https://www.bcn.cl/lc/cpolitica/constitucion_politica/Actas_comision_ortuzar/Tomo_IV_Comision_Ortuzar.pdf

¹⁴ CENC (1975 a). p. 905.

¹⁵ CENC (1975 a). p. 905.

¹⁶ CENC (1975 a). p. 905.

¹⁷ CENC (1975 a). p. 905.



o especial que autorice la expropiación por causa de utilidad pública o de interés nacional, calificada por el legislador”.

Lo anterior, fue complementado por lo establecido en el artículo 19 N°23 de la Constitución, el que consagra la libertad para adquirir el dominio de toda clase de bienes (bienes apropiables), exceptuando aquellos que la naturaleza ha hecho comunes a todos los hombres o que deban pertenecer a la Nación toda (bienes inapropiables). Así, no solo se garantiza la propiedad sobre bienes corporales e incorporales, sino que también se garantizó la posibilidad de adquirirlos libremente, siempre que se encuentren dentro de los bienes susceptibles de apropiación.

Pero, además, la garantía constitucional del derecho de propiedad fue complementada por una limitación explícita al legislador. El planteamiento de la Subcomisión sobre la necesidad de expresar que el derecho de propiedad no podía ser afectado en su esencia, se tradujo en un intenso debate que terminó, por un lado, en el acuerdo de incorporar en el artículo 19 N°24 de la Constitución que nadie puede ser privado de su propiedad o de las facultades y atributos esenciales del dominio, y por el otro, en la incorporación del numeral 26 al artículo 19, expresamente dedicado a consagrar que ningún derecho (dentro de ellos la propiedad) puede ser afectado en su esencia. Lo establecido en el artículo 19 N°24 de la Constitución sobre la prohibición de privar a alguien de su propiedad salvo que medie un proceso expropiatorio, la posibilidad de limitar el ejercicio de la propiedad en virtud de su función social y la interpretación armónica de la garantía con el límite de la “esencia del derecho” establecida en el artículo 19 N°26 de la Constitución, ha dado lugar a un extenso debate cuando se intenta regular alguna actividad que pueda involucrar el derecho de propiedad.

En materia de pesca y acuicultura el debate se ha dado reiteradamente, debido a que la industria interpreta que las autorizaciones de pesca y concesiones acuícolas corresponden a bienes incorporales¹⁸, sobre los que se extendería el derecho de propiedad constitucional, de modo que, a su juicio, un cambio en la regulación tendría como efecto la afectación de los derechos de propiedad existentes sobre las autorizaciones de pesca y concesiones acuícolas.

Lo anterior, en un contexto en que, además, se ha interpretado, con base en la regulación civil y pesquera, que los recursos hidrobiológicos serían, precisamente, bienes apropiables sobre los que recaería el derecho a la libre adquisición de los bienes (artículo 19 N°23 de la Constitución) y, por consiguiente, el derecho de propiedad (artículo 19 N°24 de la Constitución), ha redundado en constantes trabas al momento introducir modificaciones regulatorias que avancen en materia de sustentabilidad de los océanos.

Por lo anterior, y para entender la discusión que se presenta en materia de pesca y acuicultura y, en específico, como es que el derecho de propiedad constitucional se ha erigido como una verdadera barrera para avanzar en materia de protección de los océanos y de acceso a los recursos hidrobiológicos, es que, en los párrafos siguientes, nos referiremos, a cada uno de estos puntos ¹⁹.

18 El Código Civil, en su artículo 565 clasifica los bienes en corporales e incorporales, señalando que las cosas “corporales son las que tienen un ser real y pueden ser percibidas por los sentidos, como una casa, un libro”, mientras que las incorporales “las que consisten en meros derechos, como los créditos, y las servidumbres activas.” Luego, en sus artículos 577 a 579 señala las clases de bienes incorporales que existen, considerándose dentro de ellos a los derechos reales (como el dominio) y a los derechos personales o créditos. Es decir, se puede ser propietario no sólo de cosas corporales o materiales, como un automóvil, sino que también se puede ser propietario de bienes que no podemos ver o sentir, como los derechos constituidos respecto de una cosa. Ver al respecto: CORDERO, Eduardo (2006): La dogmática constitucional de la propiedad en el derecho chileno, en: Revista de derecho (Valdivia), vol.19, N°1: pp.125-148.

19 Como prevención, se debe considerar que en atención a que el artículo 19 N°24 de la Constitución garantiza el derecho de propiedad “en sus diversas especies”, se ha entendido que la Constitución no reconoce tan solo un tipo de propiedad, sino que hay tantas como el legislador establezca. En efecto, la misma Constitución establece algunas de ellas como, por ejemplo, la propiedad sobre los derechos de particulares sobre las aguas, el dominio del Estado sobre las minas, sobre propiedad intelectual o sobre otro tipo de bienes respecto de los cuales no cabe la propiedad de particulares. En este sentido se pronunció el Tribunal Constitucional en su sentencia en la causa rol N°1298 del año 2009.



1.2. LÍMITES A LA PROPIEDAD: FUNCIÓN SOCIAL Y NÚCLEO ESENCIAL DE LA PROPIEDAD

1.2.1. Función social de la propiedad

El contenido del derecho de propiedad del artículo 19 N°24 de la Constitución anteriormente citado tiene límites difusos, pudiendo identificarse dos dimensiones en él.

La primera dimensión, reflejada en las argumentaciones de la industria pesquera cuando se intenta cambiar la regulación, entiende que la Constitución consagra un derecho a la propiedad privada, configurado como una libertad individual²⁰ que se definiría de la misma forma que el Código Civil define el dominio²¹. Es decir, como un derecho real en una cosa corporal para gozar y disponer de ella arbitrariamente, siempre que ello no sea contra la ley o contra derecho ajeno.

La segunda dimensión de la propiedad derivaría del interés social que ésta representa, donde se entiende que no solo tiene una función individual de satisfacción de intereses personales del propietario, sino que, además, tiene una función intrínsecamente relacionada a la mayor protección posible de los intereses colectivos que se podrían ver afectados con el ejercicio de dicha propiedad²². Según esta postura, la propiedad ya no puede ser asimilable al concepto de dominio puesto que también poseería otras características que provienen de su función social.

Al respecto, si bien el derecho de propiedad fue especialmente reforzado por la Constitución de 1980 en su dimensión individual, se reconoce que el legislador tiene la facultad de limitarlo, siempre y cuando esta acción esté justificada en su función social, delimitada en ejes temáticos: cuanto exijan los intereses generales de la Nación, la seguridad nacional, la utilidad y la salubridad públicas y la conservación del patrimonio ambiental.

En materia ambiental, la función social de la propiedad se encuentra particularmente tratada. En efecto, además de plantearse en el artículo 19 N°24 de la Constitución que una razón de la función social es la conservación del patrimonio ambiental, en el artículo 19 N°8 de la Constitución, al referirse al derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación y al deber del Estado de preservar la naturaleza, se establece expresamente esta posibilidad, señalando en su inciso 2° que “la ley podrá establecer restricciones específicas al ejercicio de determinados derechos o libertades para proteger el medio ambiente”.

Ahora bien, la alusión a las restricciones específicas ha llevado a sostener que la Constitución, cuando se trata de la conservación del patrimonio ambiental, habría exigido un mayor estándar de determinación y especificidad, que para las otras justificaciones consideradas. En este sentido, mientras GUILLOFF señala que se estaría exigiendo un estándar más alto²³, BANDA plantea que en el caso del 19 N°8 de la Constitución solo se podrían limitar derechos y libertades relacionados con la tutela del medio ambiente y que “las restricciones legales pueden aplicarse únicamente a determinados derechos o libertades, por lo que el legislador al establecerlas debe señalar con precisión cuáles son los derechos y libertades cuyo ejercicio será limitado, fundamentando adecuadamente los motivos que justifiquen tal determinación”²⁴.

Sobre la función social de la propiedad y, en particular, cuando se trata de proteger el medio am-

20 AGUILA, Raquel (2019): Derecho de propiedad en Chile: Hacia una concepción no liberal. Revista de Estudios urbanos y Rurales Vol.2. N°4: pp. 22-23.

21 El dominio ha sido definido en el artículo 582 del Código Civil como “el derecho real en una cosa corporal, para gozar y disponer de ella arbitrariamente; no siendo contra la ley o contra derecho ajeno. La propiedad separada del goce de la cosa se llama mera o nuda propiedad. Agrega en su artículo 583 que “Sobre las cosas incorpóreas hay también una especie de propiedad. Así, el usufructuario tiene la propiedad de su derecho de usufructo. el derecho real en una cosa corporal, para gozar y disponer de ella arbitrariamente; no siendo contra la ley o contra derecho ajeno”.

22 En este sentido ver: FERRADA, Juan Carlos (2015): “El derecho de propiedad privada en la Constitución Política de 1980”, en BASSA et al. (edit.) La Constitución chilena. (Santiago, Editorial LOM)

23 GUILLOFF, Matías (2011): El dilema del artículo 19 N°8 inciso 2, en: Revista de Derecho Universidad Católica del Norte, vol. 1, N°18: 147-169.

24 BANDA, Alfonso (1998): Medio ambiente y función social del dominio, en: Revista de Derecho. N° Especial:55-86.



biente, el Tribunal Constitucional²⁵ y la Corte Suprema²⁶, al menos hasta hace una década, tenían una concepción bastante restringida. Muchas veces se impidió su aplicación por considerar a la propiedad como un derecho absoluto con un *núcleo esencial* muy fuerte, utilizando la argumentación de la expropiación regulatoria como excusa para evitar la utilización de las facultades que entrega la función social a la propiedad²⁷.

1.2.2. La esencia del derecho de propiedad

Como se comentó previamente, los integrantes de la CENC vieron como un problema en la consagración del derecho de propiedad de la Constitución de 1925, haber dado tanta injerencia en su determinación al legislador. Es por ello que, para evitar que el derecho de propiedad pudiese ser afectado, se discutió arduamente sobre la posibilidad de incorporar en el artículo 19 N°24 de la Constitución, que cuando se utilizara la facultad de afectar el derecho de propiedad en razón de su función social, ello no pudiese afectar, de ninguna manera, la esencia del derecho. En este sentido, se desprende de las discusiones de la CENC la insistencia por dejar claro que las limitaciones que pudiesen derivar de la función social solo podían afectar el ejercicio del derecho, pero nunca el derecho en sí mismo²⁸, pues en tal caso, la garantía podría pasar a ser un enunciado teórico sin contenido real²⁹.

La discusión derivó en la consagración expresa en el artículo 19 N°24 que “nadie puede, en caso alguno, ser privado de su propiedad, del bien sobre que recae o de alguno de los atributos o facultades esenciales del dominio, sino en virtud de ley general o especial que autorice la expropiación por causa de utilidad pública o de interés nacional, calificada por el legislador” y, más adelante, en la incorporación del numeral 26 al artículo 19 de la Constitución, pues se estimó que no se podía afectar ninguna garantía constitucional en su esencia, estableciéndose que:

“La seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que ésta establece o que las limiten en los casos en que ella lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio”.

Se ha interpretado que esta cláusula, por un lado, establece una reserva legal mediante la cual se ordena que los derechos fundamentales sean únicamente regulados por ley y, por el otro, que es una manifestación de la seguridad jurídica en la Constitución, entendiendo que no pueden producirse alteraciones o cambios en los elementos propios de los derechos, que los deje sin producir efectos o los transformen en otros diferentes³⁰.

Al respecto, el Tribunal Constitucional en su sentencia en la causa rol N°43³¹ del año 1987, desarrolló qué debemos entender por afectación de la esencia de un derecho, señalando que:

25 Tribunal Constitucional. Sentencia en causa rol 505-06. Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por la Empresa Eléctrica Panguipulli S.A. respecto del artículo 3° transitorio de la Ley N° 19.940, en la causa 11786-04 de la Corte de Apelaciones de Santiago. En el mismo sentido la sentencia del Tribunal Constitucional en la causa rol N°334 de 2001. Requerimiento presentado por un grupo de Senadores respecto del Proyecto de Ley que modifica el Decreto Ley N° 3.500, de 1980, que establece normas relativas al otorgamiento de pensiones a través de la modalidad de rentas vitalicias.

26 Corte Suprema. Sentencia en causa rol N°16743-1984, 7 de agosto de 1984. Galletué con Fisco y Corte Suprema, rol N°4303-1992, 8 noviembre 1994 Rodríguez Guaita con Servicio Agrícola y Ganadero.

27 Al respecto, ver: PERALTA, Ximena y YAÑEZ, Isabel (2019): La función social de la propiedad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno, en: Revista de Derecho Público, N° 19.

28 CENC (1975 b): Actas oficiales de la Comisión Constituyente, Sesión 149ª, celebrada en martes 2 de septiembre de 1975 [En línea] https://www.bcn.cl/lc/cpolitica/constitucion_politica/Actas_comision_ortuzar/Tomo_V_Comision_Ortuzar.pdf

29 CENC (1975 b): p. 3

30 MOLINA, Hernán (2011): Derecho Constitucional (Santiago, LegalPublishing, onceava edición). p. 283.

31 Tribunal Constitucional. Sentencia en causa rol N°43 de 06 de abril 1987. Control de constitucionalidad respecto del Proyecto de Ley orgánica constitucional de los partidos políticos. Considerando 21.



“un derecho es afectado en su ‘esencia’ cuando se le priva de aquello que le es consustancial de manera tal que deja de ser reconocible y que se ‘impide el libre ejercicio’ en aquellos casos en que el legislador lo somete a exigencias que lo hacen irrealizable, lo entran más allá de lo razonable o lo privan de tutela jurídico”.

En particular, para el caso del derecho de propiedad, de conformidad con lo señalado en el artículo 19N°24 de la Constitución, se ha sostenido que la esencia del derecho incluiría tanto sus atributos (su carácter absoluto, perpetuo y exclusivo) como las facultades del dominio (uso, goce y disposición)³².

Sobre lo primero, se dice que la propiedad es un derecho absoluto porque es oponible a cualquier persona y todos deben respetarlo, que es exclusivo en tanto supone que hay solo un titular que puede ejercer las facultades que le entrega el dominio sobre una cosa³³ y es perpetuo en el sentido que no se extingue por el no uso de la cosa mientras no se transfiera a otra persona o prescriba.

Por otro lado, cuando se dice que la propiedad entrega las facultades de uso, goce y disposición sobre una cosa, se está aludiendo i) a la facultad del titular del derecho para destinar el objeto de que es dueño a los servicios que es capaz de proporcionar o a los fines que estime necesario (servirse de ella) ii) a percibir los frutos de la cosa (las manzanas de un árbol, los intereses producidos por un capital o las rentas de los bienes inmuebles) y apropiarse de ellos y iii) a disponer arbitrariamente de la cosa.

Ahora bien, si se analizan los artículos 19 N°24 y 19 N°26 de la Constitución en conjunto, se aprecia que no cualquier molestia a las facultades o atributos de la propiedad son suficientes para estimar que se ha afectado el derecho en su esencia, pues la garantía se extiende a evitar la “privación” de ellos, siendo tolerable y admisible que, si es que se fundamenta en la dimensión social de la propiedad, esta sea limitada. En este sentido, el mismo Tribunal Constitucional ha sostenido en la sentencia en la causa Rol N°245 del año 1996 (sobre el acceso a las playas) que:

“Que, es fundamental distinguir entre la privación y las limitaciones al dominio, pues el sustento de la privación es el interés nacional y la utilidad pública, en cambio el fundamento de las limitaciones al dominio lo constituye la función social que debe cumplir la propiedad.

Además, privación supone, según su sentido natural y obvio “despojar a uno de una cosa que poseía” (...). En igual sentido se ha fallado que privar a alguien de un derecho consiste en “apartar a uno de algo o despojarlo de una cosa que poseía (Corte Suprema, 27.03.1983. Rev. 80, sección 5°, pág. 244).

Limitar, en cambio importa “acortar, cerrar, restringir (Diccionario de la Lengua Española, 1992, Tomo II, pág. 1258).

De esta manera las limitaciones suponen el establecimiento de determinadas cargas al ejercicio de un derecho, dejándolo subsistente en sus facultades esenciales” (considerando 22).

No obstante lo anterior, los límites entre privación y limitación no se encuentran especificados en la Constitución, siendo materia de interpretación. Ello ha sido especialmente importante cuando el Estado intenta regular una actividad que antes no lo estaba o cambiar una regulación existente, pues las interpretaciones que tienden a extender el concepto de privación han derivado en una limitación a las facultades del Legislador cuando debe hacerse cargo de proteger el interés social.

³² ALDUNATE, Eduardo (2006). Limitaciones y expropiación: Scilla y Caribdis de la dogmática constitucional, en: Revista Chilena de Derecho. Vol° 2, N°33:285-303. p. 290.

³³ Sin perjuicio de la existencia de la copropiedad



En efecto, el mismo Tribunal Constitucional, en su sentencia en la causa rol N° 334 del año 2001 sobre pensiones vitalicias, expresó que no solo se priva del dominio cuando se despoja totalmente a su dueño de él o de uno de sus atributos o facultades, “sino también, cuando ello se hace parcialmente o mediante regulaciones que le impidan libremente ejercer su derecho o uno de sus atributos mencionados”³⁴. Ello da luces sobre una de las teorías más polémicas en materia de limitación de la propiedad: la expropiación regulatoria.

1.3. LA TEORÍA DE LA EXPROPIACIÓN REGULATORIA

La consagración del deber de respetar la esencia del derecho de propiedad como límite a la función social y de que nadie puede ser privado de su derecho, a menos que medie un proceso legal expropiatorio que traiga aparejado el pago de una correspondiente indemnización (artículos 19 N°24 y 26 de la Constitución), ha derivado en un debate en torno a aquellos casos en que se estima que las limitaciones que se establecen por el legislador son demasiado intensas.

En estos casos, parte de la doctrina ha sostenido que estaríamos frente a una verdadera expropiación (privación de un bien, de su propiedad sobre él o de las facultades esenciales del dominio³⁵) en que no se cumple con los requisitos establecidos en la Constitución como sucede con la obligación de indemnizar. A ello se le ha llamado expropiación regulatoria, conceptualizándola como “aquella regulación cuya intensidad es tan grande que cancela el disfrute de las facultades o atributos esenciales del dominio, manteniendo, sin embargo, la posesión material del bien”³⁶.

Por el contrario, hay quienes plantean que la llamada expropiación regulatoria, de conformidad a lo establecido por la Constitución, no sería tal, pues es precisamente la propiedad uno de los derechos que cede frente a su función social, pudiendo ser limitada, incluso, de manera intensa. Al respecto, ALDUNATE plantea que el dominio como un derecho absoluto se encuentra mal comprendido. Explica que la propiedad no hace referencia a una suerte de libertad ilimitada para el ejercicio de facultades sobre una cosa, como se había entendido asimilando la propiedad al dominio, sino que hace referencia a un derecho pleno en el sentido de ausencia de otros titulares.

Ello tendría como consecuencia práctica que sí pueda existir una intervención legislativa intensa para regularlo³⁷.

Además, el mismo autor plantea que en los primeros fallos que se debatió acerca de las expropiaciones regulatorias el Tribunal Constitucional habría establecido un continuo conceptual entre las “limitaciones” y “privaciones”, sin introducir criterios jurídicos que permitan discriminar entre dichos conceptos, lo que sería a todas luces un error³⁸. En efecto, sostiene que las limitaciones sí encontrarían su sustento jurídico constitucional en la función social, mientras que la privación (expropiación) supone una actuación que sustrae un elemento del ámbito dominical constitucionalmente protegido, motivando con ello la respectiva indemnización³⁹.

En el mismo sentido BORDALÍ señala que el hecho de que la ley pueda limitar y establecer obligaciones debido a la función social de la propiedad es algo inherente a este derecho y, por lo

34 Carmona, Carlos y Navarro, Enrique (2015). Recopilación de Jurisprudencia del Tribunal Constitucional (1981-2015). Cuadernos del Tribunal Constitucional, N°59, p. 321.

35 BRONFMAN, Alan; MARTÍNEZ, José Ignacio, y NÚÑEZ, Manuel (2012): Constitución Política Comentada. Parte Dogmática. Doctrina y Jurisprudencia (Santiago, Abeledo-Perrot). p. 13.

36 BRONFMAN et al. (2012). p.17

37 ALDUNATE, Eduardo (2006), p. 286.

38 ALDUNATE, Eduardo (2006), p. 287.

39 ALDUNATE, Eduardo (2006), p. 288.



tanto, no existiría obligación de indemnizar. En específico sostiene que “la propiedad puede ser intervenida por el legislador, para la consecución de objetivos sociales, sin que sea procedente indemnizar al propietario por dichas intervenciones a su derecho. Esa indemnización es rechazada, por cuanto la intervención sobre la propiedad no es un fenómeno extraordinario ni proviene de su mundo externo, sino que nace de su seno”⁴⁰.

Finalmente, FUENTES sostiene que:

“El legislador tiene plena potestad de regular el instituto del dominio, constituyéndose en inconstitucional su actuación si por la regulación general del instituto se llegase a negar o impedir el ejercicio de las facultades de uso, goce o disposición sobre bienes corporales, puesto que se afectaría el derecho en su esencia. Cualquier otra regulación general no alcanza el carácter expropiatorio, aun cuando al cambiar el régimen del dominio pudiese llegar a afectar derechos o meras expectativas de sujetos concretos. En tal caso, la actuación no será inconstitucional sino que trasladará la discusión hacia la igualdad ante las cargas públicas y la responsabilidad del Estado por cuyo acto legislativo se altere dicha igualdad”⁴¹.

El debate acerca de las expropiaciones regulatorias no tiene antecedentes en el derecho continental. Es una teoría que proviene del derecho anglosajón, que tiene como primer antecedente el caso *Pennsylvania Coal Company vs Mahon*⁴², donde se resolvió que una prohibición impuesta por el Estado de Pennsylvania sobre la actividad de la minería a carbón había producido una expropiación en los derechos del señor Mahon -quien recientemente había comprado todos los derechos de un terreno minero a la compañía *Pennsylvania Coal Company*-, ordenando al estado indemnizarlo.

En Chile, este mismo debate se suscitó por primera vez, en el año 1984, a raíz del conocido caso *Galletué*⁴³. Con motivo de la declaración de la especie *Araucaria Araucana* como monumento natural y la prohibición de su tala, una forestal, propietaria de un predio en que existían ejemplares de esta especie para su explotación, alegó que el decreto que prohibía la tala de la *Araucaria* suponía una limitación excesiva de su derecho de propiedad. La Corte Suprema determinó que efectivamente se trataba de una regulación expropiatoria ya que el titular del predio no podría ejercer la actividad para la cual estaba destinado, generando una situación de desigualdad en las cargas públicas que requería indemnizarse, con independencia de si el acto era lícito.

Esta sentencia sentó un precedente que se extendió por 20 años, viendo su fin recién en el año 2004, con la dictación de la sentencia en la causa rol N°381/2004⁴⁴. En este caso, nuevamente frente a la declaración de la especie *Araucaria Araucana* como monumento natural, la Agrícola Lolco, quien explotaba la especie al interior del Fundo Lolco, alegó que se le había privado de su derecho absoluto de gozar y disponer de las especies. Sin embargo, contrario a lo sostenido previamente, la Corte Suprema definió y modificó ciertos criterios, asentando la noción de que “no cabe indemnización por daños causados por actos jurídicos legítimos de la Administración y que realizan el poder legal de fijar el contenido del derecho de propiedad y concretar su función social, compitiendo a la ley determinar el modo de gozar del derecho de dominio”⁴⁵.

El Tribunal Constitucional se ha referido a este debate en más de una ocasión. En su sentencia

40 BORDALÍ, Andrés (1998): La función social como delimitación interna e inherente del derecho de propiedad y la conservación del patrimonio ambiental, en: *Revista de Derecho*, N°9: 153-172.

41 FUENTES, Jessica (2012): La autorización de pesca y el derecho de propiedad, en: *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, N°38:543 – 571. p. 546 y 547.

42 FUENTES, Jessica (2012): La autorización de pesca y el derecho de propiedad, en: *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, N°38:543 – 571. p. 546 y 547.

43 Corte Suprema, rol N°16743-1984, 7 de agosto de 1984. *Galletué con Fisco*.

44 Corte Suprema. Sentencia en la causa rol N°381/2004 *Agrícola Lolco con Fisco de Chile*.

45 QUINTANILLA, Álvaro (2004): Corte Suprema en caso Lolco: no hay responsabilidad estatal por actos lícitos. El ocaso de la doctrina *Galletué*, en: Consejo de Defensa del Estado, *Revista de Derecho*, N°12, diciembre 2004). p. 29.



en la causa rol N°334 del año 2001, ya reseñada, estableció que hay una privación en el derecho de propiedad no solo cuando se despoja a una persona de un bien en su totalidad, sino también cuando no se puede ejercer libremente el derecho o una de sus facultades (las cuales fueron detalladas más arriba).⁴⁶

Complementó lo anterior en su sentencia causa Rol 505-06, en la que señaló que la magnitud de la regulación es relevante para determinar si estamos frente a una expropiación regulatoria. En específico señaló que “legitimar cualquier regulación o limitación, sin considerar su impacto sobre la propiedad, desnaturalizaría la protección de este derecho fundamental (“la limitación tiene sus límites”, para usar una expresión ya clásica del derecho anglosajón). El carácter esencial de lo privado en virtud de la regulación es un parámetro siempre útil para hacer la distinción y debe utilizarse, aunque se determine que, prima facie, se trata de una regulación ⁴⁷”.

En la regulación de la actividad de la pesca y la acuicultura, como se evidenciará al revisar las discusiones legislativas y las decisiones del Tribunal Constitucional, ha estado presente la discusión sobre la existencia de expropiación regulatoria. Específicamente, cuando se intenta incluir modificaciones que buscan avanzar hacia la sustentabilidad o hacia una mejora en el acceso a los recursos, se alega frecuentemente por la industria que no serían admisibles porque significan una vulneración al derecho de propiedad de quienes ejercen esta actividad y, de aplicarse, redundarían en una suerte de expropiación regulatoria.

Por su parte, son numerosos los intentos de algunos parlamentarios por mejorar la regulación de los recursos pesqueros y acuícolas. Ello, sobre todo frente a la constatación de que actualmente se encuentran regulados por una Ley con numerosos vicios de origen, en que, aunque se incluyen normas a favor de la sustentabilidad de los recursos, existen deficiencias que requieren de mejoras regulatorias en razón de la crisis climática y ecológica que se vive a nivel mundial. En este sentido, GUILLOFF, refiriéndose específicamente a la actividad pesquera, señala que hay ciertos casos que requieren cambios regulatorios ya sea por el bien común o por razones de tecnología, pues ciertos estándares regulatorios que antes eran aceptables, ya no lo son. En particular indica que “por más que sea beneficioso para la pesca artesanal e industrial el que se mantenga un régimen de libre acceso a los recursos marinos, ello resulta simplemente irresponsable si éstos se encuentran en una situación cercana al colapso”⁴⁸.

2. AUTORIZACIONES Y CONCESIONES PARA DESARROLLAR LAS ACTIVIDADES DE PESCA Y ACUICULTURA

Para comprender como se ha dado la relación entre el derecho de propiedad de quienes ejercen ciertas actividades pesqueras y acuícolas y las modificaciones que se ha buscado realizar en la regulación de esta actividad en los últimos años, a continuación, veremos algunas características de las actividades de pesca y acuicultura relacionadas con los títulos que habilitan para desarrollarlas. Partiremos por comprender como es que se ha extendido la propiedad sobre los recursos hidrobiológicos, para avanzar sobre los requisitos para desarrollar la actividad de pesca y los necesarios para llevar adelante la actividad de acuicultura.

2.1. RECURSOS HIDROBIOLÓGICOS: SOBERANÍA VERSUS DOMINIO

En Chile, los recursos hidrobiológicos se encuentran regulados, principalmente, en el Decreto N°430/1991 del 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

46 QUINTANILLA, Álvaro (2004): Corte Suprema en caso Lolco: no hay responsabilidad estatal por actos lícitos. El caso de la doctrina Galletué, en: Consejo de Defensa del Estado, Revista de Derecho, N°12, diciembre 2004). p. 29.

47 QUINTANILLA, Álvaro (2004): Corte Suprema en caso Lolco: no hay responsabilidad estatal por actos lícitos. El caso de la doctrina Galletué, en: Consejo de Defensa del Estado, Revista de Derecho, N°12, diciembre 2004). p. 29.

48 GUILLOFF, Matías (2018): La expropiación regulatoria: Una doctrina impertinente para controlar la imposición de límites al derecho de propiedad privada en la Constitución chilena, en: *Ius et Praxis* [online], 2(24):621-648. [En línea] https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122018000200621&lng=es&nrm=iso



Pesca y Acuicultura (en adelante indistintamente “Ley de Pesca” o “Ley N°18.892”). Esta Ley los define en su artículo 2 N°36, como las especies hidrobiológicas susceptibles de ser aprovechadas por el hombre, dentro de los que podemos encontrar, según la clasificación entregada por la Subsecretaría de Pesca y Acuicultura (en adelante Subpesca), peces, moluscos, crustáceos, equinodermos, algas, corales, reptiles, mamíferos y aves⁴⁹.

La Ley de Pesca declara que el Estado tiene soberanía sobre los recursos hidrobiológicos, y conforme con ello, que tiene la posibilidad de regular la exploración, explotación, conservación y administración de estos recursos. En específico señala en su artículo 1 A que:

“Los recursos hidrobiológicos y sus ecosistemas están sometidos a la soberanía del Estado de Chile en las aguas terrestres, aguas interiores y mar territorial, así como a sus derechos de soberanía y jurisdicción en la Zona Económica Exclusiva y en la Plataforma Continental, de acuerdo a las normas de derecho internacional y a las de la presente ley.

En conformidad a la soberanía, a los derechos de soberanía y a su jurisdicción a que se alude en el inciso anterior, el Estado de Chile tiene el derecho de regular la exploración, explotación, conservación y administración de los recursos hidrobiológicos y sus ecosistemas existentes en todos los espacios marítimos antes mencionados.

De acuerdo con lo dispuesto en los incisos anteriores, el Estado de Chile podrá autorizar la exploración y explotación de los antes mencionados recursos hidrobiológicos existentes en los espacios referidos, sujeto a las disposiciones de esta ley”.

Ahora bien, la entrega de soberanía al Estado sobre los recursos hidrobiológicos y la facultad de regular las actividades relacionadas con ellos no ha evitado la existencia de debates e inconsistencias a la hora de definir su naturaleza y responder a la pregunta de si se trata de bienes apropiables o no por privados (de conformidad con lo señalado en el artículo 19 N°23 de la Constitución).

Por un lado, se ha sostenido que, pese a que el Estado tiene la soberanía sobre los recursos hidrobiológicos, de acuerdo con lo señalado en el Código Civil, estos serían bienes apropiables. En específico, su artículo 607 señala a la pesca como un tipo de ocupación por la que se adquiere el dominio de los animales bravíos. Conforme con ello, los peces serían considerados *res nullius*, o bienes que no pertenecen a nadie, de modo que, una vez atrapados, entran al patrimonio privado de quien los pesca. Esta posición ha encontrado recepción en la industria, entre algunos parlamentarios y ha sido confirmada, como se verá, por el Tribunal Constitucional en su sentencia en la causa rol N°2386 de 2013.

Por el otro, hay quienes sostienen que los recursos hidrobiológicos no debiesen considerarse como bienes apropiables y han intentado publicar el bien. Ejemplo de ello es la propuesta incorporada en la Ley N°20.657 que modificó la Ley de Pesca, la que, sin éxito, intentó se reconociera expresamente que el Estado tiene el dominio sobre los recursos hidrobiológicos. Mismo intento que se realiza en el boletín N°11.704, y en el boletín N°12.013-21 (refundido con el boletín N°12012-21), ambos actualmente en tramitación.

Esta discusión, si bien no deriva directamente de la Constitución, pues se da a nivel de ley, como se verá, ha atravesado el debate sobre la posibilidad del Estado de regular las actividades que recaen sobre los recursos hidrobiológicos. En efecto, en la medida en que se conciben estos recursos como bienes privados sobre los que se puede reclamar un derecho de propiedad, podría

⁴⁹ Ver: SUBPESCA (s.f). Especies hidrobiológicas. [En línea] <http://www.subpesca.cl/portal/615/w3-propertyname-510.html>



potenciarse una discusión sobre el abanico de herramientas regulatorias que podría usar el Estado, en un escenario en que la administración de los recursos, e incluso su protección, se relaciona directamente con la protección de los ecosistemas marinos.

Sin perjuicio de lo anterior, y de la importancia de que los recursos hidrobiológicos sean considerados como bienes de todos a nivel constitucional, lo cierto es que no hay discusión sobre que el Estado tiene la soberanía sobre ellos y que le corresponde regular el régimen de autorizaciones y de acceso a los mismos.

2.2 ACTIVIDAD PESQUERA

2.1.1. Pesca industrial y pesca artesanal

La actividad pesquera extractiva está regulada en la Ley de Pesca y es definida en el artículo 2° números 1° como aquella “actividad pesquera que tiene por objeto capturar, cazar, segar o recolectar recursos hidrobiológicos” dejando fuera de ello la acuicultura, la pesca de investigación y la deportiva.

El mismo artículo 2° de la Ley de Pesca, en sus numerales 28 y 30 distingue entre la pesca artesanal y la pesca industrial. Mientras la pesca artesanal es definida como una “actividad pesquera extractiva realizada por personas naturales que, en forma personal, directa y habitual, trabajan como pescadores artesanales inscritos en el Registro Pesquero Artesanal, con o sin el empleo de una embarcación artesanal”⁵⁰, la pesca industrial es definida como “la actividad pesquera extractiva realizada por armadores industriales, utilizando naves o embarcaciones pesqueras, de conformidad con esta ley”.

En las actividades pesqueras, la captura de los recursos se lleva a cabo mediante las Artes de Pesca, las que son definidas en el artículo 2 N°9, como el “sistema o artificio de pesca preparado para la captura de recursos hidrobiológicos, formado principalmente con paños de redes”. Las artes de pesca son, en definitiva, los métodos o técnicas que utiliza una industria para capturar recursos hidrobiológicos, definiendo así su actividad.

Existen distintos artes de pesca como, por ejemplo, el uso de una red cerco, la pesca de arrastre de fondo o de media agua, redes de enmalle o “pared”, espinel y trampas, los que varían dependiendo del recurso que se intente capturar y de sus condiciones (si éste se encuentra cercano a la superficie, en cardúmenes, en el fondo marino, etc.).

Dentro de los artes de pesca, la pesca por arrastre⁵¹—que consiste en la utilización de redes de gran tamaño y peso, que se arrastran por el fondo del mar para capturar las especies— ha sido fuertemente cuestionada, porque se trata de uno de los métodos de pesca menos selectivos, en que “la red de arrastre captura a una gran diversidad de especies que no son el objetivo de la pesca y que, una vez fuera del agua, en su mayoría son descartadas y arrojadas al mar, muertas o moribundas”. Ello ha generado que exista “un amplio consenso científico a nivel mundial sobre los graves impactos ambientales que este arte de pesca tiene sobre los fondos marinos”, los que una vez que han sufrido los impactos de la pesca de arrastre, tardan décadas, y a veces siglos, en recuperarse⁵².

50 Sin perjuicio de lo anterior, se considerará también como pesca artesanal la actividad pesquera extractiva realizada por personas jurídicas que estén compuestas exclusivamente por personas naturales inscritas como pescadores artesanales en los términos establecidos en esta ley. Esta excepción será aplicable sólo a armadores y a organizaciones de pescadores artesanales.

51 OCEANA (s.f). Ecosistemas Marinos Vulnerables: Pesca de Arrastre de Fondo [En línea] <https://chile.oceana.org/ecosistemas-marinos-vulnerables-pesca-de-arrastre-de-fondo>

52 OCEANA (s.f).



2.2.1. Régimen de acceso para la pesca artesanal e industrial

La Ley de Pesca dispone un tipo de acceso a los recursos hidrobiológicos distinto para la pesca artesanal e industrial. Para la pesca artesanal señala, en su artículo 50, que el acceso es libre, estableciendo, únicamente, el requisito de inscribirse en un registro llevado por Servicio Nacional de Pesca.

Para el caso de la pesca industrial, la última ley que introdujo modificaciones a la Ley de Pesca (la Ley N° 20.657 del año 2013⁵³), introdujo importantes modificaciones sobre el régimen de acceso. Hasta antes de esta Ley, la asignación de cuotas de pesca se determinaba mediante el mecanismo establecido por la Ley del Límite Máximo de Captura por Armador (Ley N°19.713), el cual respondía a criterios de participación histórica. El Estado entregaba un permiso denominado “autorización de pesca”, consistente en un acto administrativo mediante el cual se faculta a una persona, natural o jurídica, por tiempo indefinido, para realizar actividades pesqueras extractivas con una determinada nave, condicionada al cumplimiento de las obligaciones que en la respectiva resolución se establezcan⁵⁴.

Dado que la Ley N°19.713 perdía vigencia en diciembre de 2012, la Ley N°20.657 vino a introducir una nueva institucionalidad al respecto. El nuevo sistema se basa en Cuotas Individuales Transferibles (de captura), mediante la entrega de Licencias Transables de Pesca Clase A. Estas se otorgan a aquellas pesquerías que se declaren en plena explotación, es decir, aquellas cuyo punto biológico está en o cerca de su rendimiento máximo sostenible⁵⁵, y en que se establezca una cuota global de captura, por un plazo de 20 años renovables⁵⁶. El criterio de asignación de la cuota, de acuerdo a lo señalado en el artículo 26 letra A de la Ley de Pesca, al igual que en el régimen anterior, se basa en un criterio de participación histórica en el mercado. En específico se indica:

“el coeficiente de participación original de cada armador titular de autorizaciones de pesca vigente para la unidad de pesquería de que se trate, se determinará dividiendo las capturas de todas las naves autorizadas al armador, correspondientes a los 3 años calendario anteriores a la declaración del régimen, por las capturas totales, extraídas durante el mismo período, correspondientes a todos los armadores que cuenten con autorización de pesca vigente a esa fecha”.

Las licencias poseen ciertas características, que son detalladas en el artículo 30 de la Ley de Pesca, estableciendo que éstas son: divisibles, transferibles, transmisibles y susceptibles de todo negocio jurídico. Agrega también que las licencias transables de pesca se deberán inscribir en un Registro Público que llevará la Subsecretaría en un soporte electrónico y estará disponible en su sitio de dominio electrónico⁵⁷.

⁵³ En general, esta normativa es la primera que introduce criterios de sostenibilidad, específicamente al aplicar en la administración y conservación de los recursos hidrobiológicos y la protección de sus ecosistemas el principio precautorio (Artículo 1B letra b) Ley General de Pesca) y al aplicar el enfoque ecosistémico para la conservación y administración de los recursos pesqueros y la protección de sus ecosistemas (Artículo 1B letra b) Ley General de Pesca).

⁵⁴ Artículo 2 N°10 de la Ley de Pesca.

⁵⁵ Artículo 2 N°59 de la Ley de Pesca.

⁵⁶ Artículo N°26, Ley N° 20.657.

⁵⁷ Específicamente, las características de las licencias de tipo A fueron abordadas por el Tribunal Constitucional en sentencia en la causa rol N°2386-2012, señalando que: “10°. Que las licencias de pesca tipo A se caracterizan porque, en primer lugar, son susceptibles de todo negocio jurídico. Por lo mismo, son transferibles, transmisibles, divisibles. En segundo lugar, sólo pueden acceder a ellas ciertos sujetos: los armadores titulares de autorizaciones de pesquerías administradas mediante límite máximo de captura por armador. En tercer lugar, se trata de licencias temporales por veinte años, renovables a petición del interesado, por otros veinte años. La negativa de la autoridad sólo es posible sobre la base de causales regladas, impugnables por el afectado. Si queda a firme la negativa de prórroga, la cuota se debe licitar; pero los adjudicatarios obtienen licencias clase B. En cuarto lugar, dado que estas licencias clase A sólo se pueden renovar por una vez, en cambio las licencias clase B, si bien por licitación, se pueden renovar infinitamente, la regla general del sistema, después de cuarenta años, será la licencia clase B. En quinto lugar, estas licencias (clase A) tienen asegurado un 85% de las toneladas a pescar por año, pues el 15%



Por otro lado, se establece en el artículo 27 de la Ley de Pesca que, en caso que una determinada pesquería sujeta a régimen de plena explotación y administrada con Cuota Global Anual se encuentre en un nivel igual o superior al 90% de su rendimiento máximo sostenible, se iniciará un proceso de pública subasta de la fracción industrial de la cuota global (hasta un 15% de dicha cuota), dando origen a las Licencias Transables de Pesca clase B, las cuales gozan de vigencia de 20 años al cabo de los cuales se volverán a licitar por igual período.

Es en relación a las subastas que se establecen en el artículo 27, el artículo 26 A dispone que el porcentaje de participación de cada armador podrá decrecer “si se realiza una o más subastas de conformidad con el artículo 27 de esta ley. En este caso los coeficientes de cada armador no podrán disminuir en más de un quince por ciento del coeficiente de participación original”.

En la pesca industrial, entonces, existen Licencias Transables de Pesca clase A o B, ambas otorgadas por 20 años y con posibilidad de renovación, pero con importantes diferencias. Las Licencias Transables de Pesca clase A se entregan a quienes ya poseían autorizaciones de pesca, determinándose la cantidad que pueden extraer de la fracción industrial, en función de las capturas históricas de los titulares de autorización anteriores (criterio que no ha estado exento de polémicas como veremos más adelante). Por su parte, las Licencias Transables clase B son las que se adquieren mediante subastas cuando se verifica la hipótesis señalada en el artículo 27 de la Ley de Pesca, es decir, cuando una pesquería alcanza el 90% de su punto biológico del rendimiento máximo sostenible. Esta subasta disminuye proporcionalmente las toneladas que pueden extraer los titulares de las licencias clase A.

En las subastas de Licencias Transables clase B, pertenecientes a la fracción industrial de la cuota de pesca global, pueden participar tanto armadores industriales como artesanales, ya que se ha considerado que las Licencias transables de pesca son divisibles, transferibles, transmisibles y susceptibles de todo negocio jurídico⁵⁸.

2.3. ACTIVIDAD DE ACUICULTURA

La actividad de acuicultura también está regulada en la Ley de Pesca, pero, a diferencia de la actividad de pesca, es una técnica que “tiene por objeto la producción de recursos hidrobiológicos organizada por el hombre”⁵⁹, de modo que lo que se busca es fomentar la reproducción de peces, moluscos o especies acuáticas vegetales (algas).

Por lo mismo, para el desarrollo de esta actividad lo que se requiere no es que el Estado permita “pescar” u adquirir peces, sino que permita utilizar una porción de mar donde poder aplicar la técnica de reproducción. Esto es relevante porque el mar adyacente, donde se puede autorizar la actividad, a diferencia de los peces que contiene, es considerado indiscutiblemente como un bien nacional de uso público, de acuerdo a lo establecido en el artículo 593 del Código Civil.

Al respecto, la Ley de Pesca señala que, para poder realizar la actividad de acuicultura, lo que se requiere es contar una concesión de acuicultura, las que son definidas como “el acto administrativo mediante el cual el Ministerio de Defensa Nacional otorga a una persona los derechos de uso y goce, por el plazo de 25 años renovables sobre determinados bienes nacionales, para que ésta realice en ellos actividades de acuicultura” (artículo 2 número 12).

restante es el que se licita para los nuevos interesados. Finalmente, por esta licencia se paga una patente y un impuesto específico.

58 CENTRO COMPETENCIA (2019): TDLC rechaza consultas sobre subasta pesquera: asunto regulatorio y no de libre competencia. [En línea] <https://centrocompetencia.com/tdlc-rechaza-consulta-sobre-subasta-pesquera-asunto-regulatorio-y-no-de-libre-competencia/>

59 Artículo 2 N°3 de la Ley General de Pesca.



Estas concesiones podrán existir para la actividad acuícola en las áreas de playas de mar, terrenos de playa fiscales, porciones de agua y fondo, y rocas dentro y fuera de las bahías, y en los ríos que sean navegables por buques de más de cien toneladas de registro grueso, fijadas como apropiadas para el ejercicio de la acuicultura, por grupo o grupos de especies hidrobiológicas⁶⁰.

Sobre el objeto de estas concesiones o autorizaciones la Ley de Pesca también establece que:

“Artículo 69.- La concesión o autorización de acuicultura tienen por objeto único la realización de actividades de cultivo en el área concedida, respecto de la especie o grupo de especies hidrobiológicas indicadas en la resolución o autorización que las otorgan, y permiten a sus titulares el desarrollo de sus actividades, sin más limitaciones que las expresamente establecidas en esta ley y sus reglamentos.

Las concesiones de acuicultura tendrán un plazo de 25 años y se renovarán por igual plazo, a menos que la mitad de los informes ambientales hayan sido negativos o se hayan verificado las causales de caducidad de esta ley.

Las concesiones y autorizaciones de acuicultura serán transferibles y en general susceptibles de negocio jurídico (...).”

Finalmente, la Ley de Pesca establece como requisito la inscripción de los titulares de concesiones de acuicultura en el Registro nacional de acuicultura, llevado por el Servicio Nacional de Pesca (artículo 2 N°8 de la Ley de Pesca).

⁶⁰ Artículo 67, de la Ley General de Pesca.



V. ANÁLISIS LEGISLATIVO: PROPIEDAD Y REGULACIÓN DE LA PESCA Y ACUICULTURA

En este apartado se analizan las principales discusiones que se han dado en el Senado y que se relacionan con la propiedad y la regulación de la actividad de pesca y acuicultura, a objeto de determinar la existencia de argumentaciones que se basen en la garantía constitucional de la propiedad y la forma en que se han planteado, cuando se han presentado iniciativas que intenten avanzar en materia de sostenibilidad y acceso a los recursos hidrobiológicos.

Para ello, se realizó un catastro de los Proyectos de Ley ingresados al Congreso durante los últimos 10 años. Debido a que la información de la cámara del Senado es de fácil acceso en su página web institucional, la búsqueda se realizó en ella, utilizando como criterios las palabras “pesca”, “acuicultura”, “arrastre”, “océano”, y “recursos hidrobiológicos”. También se realizó una búsqueda de los comentarios acerca de dichos Proyectos de Ley en prensa.

Luego de un filtro de selección con tal de analizar sólo las historias legislativas de aquellas leyes o proyectos de ley que fueran afines al objeto de este informe, la búsqueda arrojó el siguiente resultado:

Tabla 1
Leyes

Ley / Nombre	Año	Artículos
Ley N° 20.657 Modifica en el ámbito de la sustentabilidad de recursos hidrobiológicos, acceso a la actividad pesquera industrial y artesanal y regulaciones para la investigación y fiscalización, la ley general de pesca y acuicultura contenida en la ley n° 18.892 y sus modificaciones.	2013	Artículo 1 A, 26A, 26 B, 27, 30, segundo transitorio
Ley N° 21.134 Modifica la Ley General de Pesca y Acuicultura, con el objeto de regular la captura de la jibia.	2018	Artículo único
Ley N° 20.434 Modifica la ley general de pesca y acuicultura, en materia de acuicultura.	2010	Artículo 67 bis, 80 bis, 81, 81 bis, 81 ter, décimo quinto transitorio.



Tabla 2
Proyectos de Ley⁶¹

Proyecto de Ley	Boletín N°	Fecha de ingreso	Moción / Mensaje	Estado de tramitación
Modifica la Ley General de Pesca y Acuicultura, en lo relativo a las licencias transables de pesca y que incorpora normas para prevenir la pesca ilegal.	11.704-21 (refundido con N°11.642-21, N°10.190-21 y N°7.926-03)	05/2018	Mensaje	Primer Trámite Constitucional en el Senado. Aprobado en general, con indicaciones acordadas por la Comisión de Intereses Marítimos, Pesca y Acuicultura en segundo informe (12/08/2020) y actualmente en la Comisión de Hacienda.
Modifica la ley N°18.892, General de Pesca y Acuicultura, en materia de dominio sobre los recursos hidrobiológicos, y regulación del acceso a los mismos.	12013-21 (refundido con N° 12012-21)	08/2018	Moción Cámara de Diputadas y Diputados. Gabriel Ascencio, Jorge Brito, Camila Rojas	Primer trámite constitucional, en la Cámara de Diputados, presentado el primer informe de la comisión de Pesca, Acuicultura e Intereses Marítimos (18/10/2019).
Modifica la ley N°18.892, General de Pesca y Acuicultura, para prohibir las operaciones pesqueras extractivas de carácter industrial en la zona reservada a la pesca artesanal.	11976-21	08/2018	Moción Cámara de Diputadas y Diputados. Boris Barre-ra, Jorge Brito, Marcela Her-nan-do, Diego Ibáñez, Tuca-pel Jiménez, Manuel Mon-sal-ve, Jaime Naranjo, Emilia Nuyado, Luis Rocafull, Jaime Tohá	Primer trámite consti-tucional, sólo consta la moción. A la espera primer informe comisión Pesca, Acuicultura e Intereses Marítimos
Modifica la ley N°18.892, General de Pesca y Acuicultura, para restringir la pesca de arras-tre respecto del recurso merluza	12937-21 Refun-dido con 13019-21	10/2019	Moción Cámara de Diputadas y Dipu-tados Boris Barrera, Jorge Bri-to, Marcela Hernan-do, Carlos Abel Jarpa, Cosme Mellado, Da-niel Núñez, José Pérez, Luis Rocafull, Ale-xis Sepúlveda, Víctor Torres	Primer trámite consti-tucional, sólo consta la moción. A la espera primer informe comisión Pesca, Acuicultura e Intereses Marítimos
Modifica la ley N°18.892, General de Pesca y Acuicultura, para prohibir la práctica de la pesca de arras-tre en los su-puestos y térmi-nos que indica	13268-21	05/2020	Moción Cámara de Diputadas y Dipu-tados René Alin-co, Fidel Espi-noza, Renato Garín, Jaime Mu-let, René Saffirio, Ale-jandra Sepúl-veda, Esteban Velás-quez	Primer trámite consti-tucional, sólo consta la moción. A la espera primer informe comisión Pesca, Acuicultura e Intereses Marítimos

⁶¹ Los proyectos de ley mencionados luego de los dos primeros, no se exponen ni describen en el apartado, por no constar aún, en su tramitación, informe ni discusión alguna. No obstante, se considera que las materias que proponen podrían derivar en un debate que para el objeto de este informe.



A continuación, se hará un recuento de lo señalado en relación con el derecho de propiedad que es alegado sobre las autorizaciones de pesca, las artes de pesca, y las concesiones de acuicultura, en cada una de las tramitaciones de las leyes y proyectos de leyes seleccionados. Lo anterior, con el fin de mostrar cómo la garantía constitucional del derecho de propiedad se ha utilizado como una barrera cuando se intenta avanzar en materia de acceso a los recursos y sustentabilidad.

1. LAS CUOTAS Y SU NATURALEZA EN LA HISTORIA LEGISLATIVA LEY N°20.657 DE PESCA Y ACUICULTURA

La Ley N°20.657 tuvo por objeto modificar la Ley de Pesca vigente en el ámbito de la sustentabilidad de recursos hidrobiológicos, el acceso a la actividad pesquera industrial y artesanal y las regulaciones para la investigación y fiscalización.

Para lograr sus objetivos, planteó diversas modificaciones relativas al régimen de acceso a la pesca industrial, dando lugar a debates en torno i) a las ideas de publicar los recursos hidrobiológicos, es decir, de sacarlos de la esfera privada y otorgarles la calidad de públicos; y ii) a la idea de modificar el régimen de acceso a las pesquerías en plena explotación y con cuota global de captura.

En primer lugar, como se señaló previamente, los conceptos de soberanía y dominio han estado en constante pugna a la hora de delimitar las facultades que tendría o no el Estado sobre estos recursos. Aunque no hay duda sobre la soberanía del Estado sobre los recursos hidrobiológicos, se discute sobre si se debe reconocer su dominio sobre estos recursos o si, por el contrario, estos corresponden a bienes apropiables privadamente.

Por ello, la propuesta de modificar el artículo 1 A de la Ley N°18.892, General de Pesca y Acuicultura⁶², relativo al dominio o soberanía del Estado respecto de los recursos hidrobiológicos, generó un arduo debate, que luego de diversas indicaciones concluyó, nuevamente, por reconocer la soberanía del Estado sobre los recursos hidrobiológicos, pero no su dominio.

En la Cámara de Diputados la Comisión de Pesca se aprobó la siguiente redacción:

“El Estado tiene el dominio absoluto, exclusivo, inalienable e imprescriptible de los recursos hidrobiológicos existentes en los espacios marítimos sometidos a su jurisdicción. Podrá conceder su explotación conforme a las disposiciones de esta ley y demás normas legales y reglamentarias. El establecimiento de tales permisos o autorizaciones otorgará a sus titulares la facultad de extraerlos sólo mientras se encuentren vigentes y no generará derecho alguno respecto de su continuidad o permanencia en el tiempo. La extinción de los mismos no ocasiona responsabilidad alguna para el Estado”⁶³.

Sin embargo, tras presentarse una indicación del Ejecutivo, la redacción fue rechazada, aprobándose, finalmente, la redacción propuesta por la Comisión Mixta de Hacienda y de Intereses Marítimos, Pesca y Acuicultura:

⁶² El artículo 1 A de la Ley 18.892 (Ley de Pesca) sostiene: Los recursos hidrobiológicos y sus ecosistemas están sometidos a la soberanía del Estado de Chile en las aguas terrestres, aguas interiores y mar territorial, así como a sus derechos de soberanía y jurisdicción en la Zona Económica Exclusiva y en la Plataforma Continental, de acuerdo a las normas de derecho internacional y a las de la presente ley.

En conformidad a la soberanía, a los derechos de soberanía y a su jurisdicción a que se alude en el inciso anterior, el Estado de Chile tiene el derecho de regular la exploración, explotación, conservación y administración de los recursos hidrobiológicos y sus ecosistemas existentes en todos los espacios marítimos antes mencionados.

De acuerdo con lo dispuesto en los incisos anteriores, el Estado de Chile podrá autorizar la exploración y explotación de los antes mencionados recursos hidrobiológicos existentes en los espacios referidos, sujeto a las disposiciones de esta ley.

⁶³ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. Historia de la Ley N° 20.657, p 105. [En línea]

https://www.bcn.cl/historiadelaley/fileadmin/file_ley/4452/HLD_4452_37a6259cc0c1dae299a7866489dff0bd.pdf



“Artículo 1ºA.- Los recursos hidrobiológicos y sus ecosistemas están sometidos a la soberanía del Estado de Chile en las aguas terrestres, aguas interiores y mar territorial, así como a sus derechos de soberanía y jurisdicción en la Zona Económica Exclusiva y en la Plataforma Continental, de acuerdo a las normas de derecho internacional y a las de la presente ley. En conformidad a la soberanía, a los derechos de soberanía y a su jurisdicción a que se alude en el inciso anterior, el Estado de Chile tiene el derecho de regular la exploración, explotación, conservación y administración de los recursos hidrobiológicos y sus ecosistemas existentes en todos los espacios marítimos antes mencionados. De acuerdo con lo dispuesto en los incisos anteriores, el Estado de Chile podrá autorizar la exploración y explotación de los antes mencionados recursos hidrobiológicos existentes en los espacios referidos, sujeto a las disposiciones de esta ley”⁶⁴.

Dicha redacción, si bien fue aprobada posteriormente por el Senado, se sumó a la propuesta de la Comisión de Hacienda de explicitar que “las autorizaciones o permisos de pesca que establece la ley y otorga la autoridad, son permisos temporales para la explotación de los recursos pesqueros, no constituyendo derecho de propiedad sobre éstos”, generando un intenso debate en que se sostuvo mayoritariamente que los recursos hidrobiológicos serían *res nullius*, sin existir necesidad de reconocer dominio del Estado sobre ellos.

En este sentido se manifestó el Gerente de la Asociación de Industriales Pesqueros, señor Luis Felipe Moncada, enfatizando respecto del carácter de *res nullius* de los recursos señaló:

“Sobre el carácter fundamental de la conservación del estatus jurídico de los peces, cabe preguntarse, profundizó, la necesidad de cambiar el régimen de *res nullius* establecido en el Código Civil por la propiedad sobre ellos del Estado de Chile, como se planteó mediante una indicación presentada en la Honorable Cámara de Diputados, que fuera rechazada, y que se pretende insistir ante este Honorable Senado. Los peces, afirmó, en estado de libertad no pertenecen a nadie, o en estricto rigor, no son objeto de derecho de propiedad sino hasta el momento de la pesca, mediante el modo de adquirir el dominio denominado ocupación. La Ley de Pesca y Acuicultura vigente, puntualizó, establece que el Estado debe regular la actividad como un sujeto que administra, no en calidad de propietario, por tal razón aquel otorga una autorización a un sujeto de derecho para ejercer la actividad de pesca, y en definitiva, para que ese sujeto pueda adquirir los peces por ocupación”⁶⁵.

Posteriormente, en la discusión en Sala del Senado se pronunció sobre esta materia el Senador Walker, quien también es de la opinión de que no existe propiedad de nadie sobre los recursos hidrobiológicos:

“Convengamos previamente en que ni los privados ni el Estado son o pueden ser dueños de los peces. Lo digo por una indicación -legítima, por cierto- de los Honorables señora Allende y señores Escalona, Rossi, Gómez, Letelier, Muñoz Aburto y Navarro en el sentido de que “El Estado tiene el dominio absoluto, exclusivo, inalienable e imprescriptible de los recursos hidrobiológicos”. ¡No es así, pues! ¡Ahí está el error! La norma fue sacada, en forma textual, del artículo 19, número 24º, de la Carta Fundamental que se refiere al

64 En el Segundo Informe de la Comisión de Intereses Marítimos, Pesca y Acuicultura del Senado, consta el rechazo de sendas indicaciones a el artículo en comento: (i) incluir como inciso “En la zona económica exclusiva, el Estado de Chile tiene derechos de soberanía para los fines de exploración y explotación, conservación y administración de los recursos hidrobiológicos. En base a ese título irrenunciable, reconocido por el Derecho Internacional, esta ley establece las reglas que garantizan la conservación y el uso sustentable de este patrimonio nacional. Las autorizaciones o permisos de pesca que establece la ley y otorga la autoridad, son permisos temporales para la explotación de los recursos pesqueros, no constituyendo derecho de propiedad sobre éstos.” y (ii) “Los usos hidrobiológicos existentes en los espacios marítimos sometidos a la jurisdicción del Estado de Chile, pertenecen a todos los chilenos. Nadie podrá tener derechos indefinidos ni propiedad de los recursos naturales y de los ecosistemas”. Historia de la Ley N°20.657, p.359. [En línea]

https://www.bcn.cl/historiadelaley/fileadmin/file_ley/4452/HLD_4452_37a6259cc0c1dae299a7866489dff0bd.pdf

65 Historia de la Ley N°20.657, p.46.



dominio absoluto, exclusivo, inalienable e imprescriptible del Estado de Chile sobre las minas que se dan en concesión. Eso es distinto. Es harina de otro costal. Entiendo que nadie pretende insistir en la estatización de los peces, porque ni en Corea del Norte se da una situación de esa naturaleza. Entonces, no hay propiedad sobre ellos. Ahora bien, una vez capturados, en virtud de la cuota global o individual, del uso de la licencia y de la autorización de pesca, es obvio que se incorporan al patrimonio y se pueden vender, enajenar, comercializar. ¡Pero sí hay propiedad sobre la licencia, pues! El titular de una de ellas, otorgada por el Estado en conformidad a la ley, tiene una propiedad privada⁶⁶.

También explícita su parecer en contra de dicha fórmula el Senador Larraín, acotando que los recursos pesqueros cabrían dentro de la excepción que hace el artículo 19 N° 23 al régimen de la libre apropiabilidad de los bienes, y que por tanto no serían apropiables por nadie:

“Ahora, la parte final del inciso segundo dispone que las autorizaciones son permisos temporales, “no constituyendo derecho de propiedad” sobre los recursos pesqueros. Esta materia se encuentra regulada en nuestro ordenamiento constitucional y legal desde hace mucho rato y de una manera bastante más precisa que la que se contempla en esta norma. Desde luego, lo está en la Constitución. Cabe recordar, por ejemplo, el artículo 19, número 23°, que dice: “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”. En consecuencia, está claro que no existe sobre esta materia la posibilidad de establecer una apropiación, porque los bienes que son “comunes a todos los hombres”, como dice nuestra Carta Fundamental, no son propiedad privada de nadie. Es de propiedad la autorización de pesca, no el recurso pesquero⁶⁷.”

Como se puede apreciar, pese a la propuesta de reconocer el dominio del Estado sobre los recursos hidrobiológicos en la Cámara de Diputados, y a haberse discutido también en la Cámara del Senado, prevaleció la posición de rechazar la idea. Con ello, se rechazó la posibilidad de entregar al Estado mayores herramientas para regular e incidir en las actividades que los requieren para su desarrollo. Actualmente, existen dos proyectos tramitados en conjunto ante la Cámara de Diputados (boletín N°12.013-21, refundido con el boletín N°12012-21), que tienen como único objetivo que se reconozca el dominio del Estado sobre los recursos hidrobiológicos.

En segundo lugar, al discutirse el Proyecto de la Ley N°20.657 otro de los principales temas a debatir fue la modificación del régimen de acceso de los pescadores industriales a las pesquerías en plena explotación en que se establezca cuota global de captura. Al respecto, cabe mencionar, en específico, el debate en torno a los artículos i) 26 A⁶⁸ que establece las cuotas globales de captura y las licencias transables de pesca clase A, ii) 26 B⁶⁹ que establece las reasignaciones de licencias

⁶⁶ Historia de la Ley N°20.657, p. 1.139.

⁶⁷ Historia de la Ley N°20.657, p. 1.142.

⁶⁸ Artículo 26 A Ley N° 20.657: “En aquellas pesquerías que se declaren en plena explotación y se establezca una cuota global de captura se les otorgarán licencias transables de pesca clase A, a los titulares de autorizaciones de pesca, modificándose dichas autorizaciones de pesca en el sentido de eliminar el recurso sujeto a licencia transable de pesca. Estas licencias temporales se otorgarán por un plazo de 20 años renovables y equivaldrán al coeficiente de participación de cada armador expresado en porcentaje con siete decimales el cual podrá decrecer si se realiza una o más subastas de conformidad con el artículo 27 de esta ley. En este caso los coeficientes de cada armador no podrán disminuir en más de un quince por ciento del coeficiente de participación original. [...]. El coeficiente de participación original de cada armador titular de autorizaciones de pesca vigente para la unidad de pesquería de que se trate, se determinará dividiendo las capturas de todas las naves autorizadas al armador, correspondientes a los 3 años calendario anteriores a la declaración del régimen, por las capturas totales, extraídas durante el mismo período, correspondientes a todos los armadores que cuenten con autorización de pesca vigente a esa fecha[...].”

⁶⁹ Artículo 26 B Ley N° 20.657: “Antes del vencimiento de las licencias transables de pesca clase A, a solicitud del titular, arrendatario o mero tenedor de las licencias transables de pesca, mediante decreto supremo fundado se asignarán según la legislación vigente, siempre que el solicitante o los titulares previos no hayan incurrido en un lapso de 10 años en uno o más de los siguientes hechos: a) Haber sido sancionado con más de cuatro infracciones de las contempladas en los artículos 40 B y 40 C de esta ley, en una misma pesquería, no existiendo por parte del armador recursos administrativos ni judiciales pendientes. b) Haber sido sancionado con más de tres caducidades parciales en una misma pesquería, declaradas mediante resolución firme y ejecutoriada. c) El reiterado incumplimiento grave de las normas laborales y de seguridad social con sus



en caso de que se soliciten antes de su vencimiento por el titular, arrendatario o mero tenedor, y las causales de no renovación, iii) artículo 27⁷⁰ que establece la pública subasta del 15% de la cuota global de captura, iv) artículo 30⁷¹ que lista las características de las licencias de pesca y v) el artículo segundo transitorio⁷², sobre el mantenimiento de las autorizaciones indefinidas y la opción de cambiarlas por licencias transables de pesca.

Todas estas modificaciones tuvieron por objeto instaurar en el sistema pesquero un nuevo régimen de acceso que amenazó la subsistencia del *status quo* legal con que funcionan las autorizaciones indefinidas de pesca.

En esta disyuntiva —cambio legal de un régimen a otro que pone en jaque supuestos derechos adquiridos por el sector— se insertaron los principales argumentos esgrimidos, tanto por representantes del gremio, como por el Gobierno y Senadores, los que giraron en torno a al reconocimiento de los derechos históricos que reclamaba el gremio sobre sus autorizaciones de pesca basándose en el derecho de propiedad sobre éstas amparado por el artículo 19 N°24 de la Constitución Política. En línea con ello, se debatió respecto de la necesidad de expropiación por parte del Estado y de la correspondiente indemnización en caso de que el debate legislativo concluyese en no reconocer el referido derecho de propiedad o bien subastar parte de él.

En primer lugar, un argumento dice relación con la modificación de la duración de los permisos de pesca, pasando de una indefinición en el tiempo a una limitación en el tiempo, susceptibles de ser renovables. Esta limitación temporal se consideró por algunos como una vulneración del derecho de propiedad constitucional, lo cual hubiera derivado en una regulación expropiatoria.

Se debe mencionar que la propuesta inicial formulada en el mensaje presidencial, establecía que el nuevo permiso de pesca, llamado “licencia transable de pesca”, también sería indefinido. Y, si bien, dicha propuesta fue aprobada por la Cámara de Diputados, fue luego cuestionada en el segundo trámite constitucional (ante el Senado) tanto en la Comisión de Intereses Marítimos, Pesca y Acuicultura, como en la discusión general del proyecto.

trabajadores. Se tendrán como vulneraciones de este tipo, los atrasos u omisiones en el pago de remuneraciones, cotizaciones previsionales o de salud que excedan tres periodos mensuales o la existencia de cuatro o más condenas ejecutoriadas por infracciones a los derechos del trabajador sobre remuneraciones, feriados, protección a la maternidad, sindicalización y prácticas antisindicales en el plazo de siete años. Para los efectos de este artículo, si en un período de 10 años, el titular de la licencia transable de pesca, no cuenta con ninguna sentencia condenatoria ejecutoriada o resolución ejecutoriada, no se contabilizarán las infracciones por las cuales haya sido condenado durante el período anterior. El acto administrativo que niegue la solicitud del inciso primero deberá ser notificado al peticionario por carta certificada. Este último dispondrá de un plazo de 30 días contado desde la fecha del despacho de la notificación, para reclamar de esa resolución ante el Ministro, el que resolverá dentro de igual plazo. Esta última decisión no será susceptible de recurso administrativo alguno. Las licencias transables de pesca que no se renueven se licitarán conforme a las reglas establecidas en el reglamento para la licitación de licencias transables de pesca clase B y por un período de 20 años.”

70 Artículo 27 Ley N° 20.657: “En los casos que una determinada pesquería sujeta a régimen de plena explotación y administrada con cuota global de captura, se encuentre en un nivel igual o superior al 90 por ciento de su rendimiento máximo sostenible, se iniciará un proceso de pública subasta de la fracción industrial de la cuota global de la siguiente forma: a) El 5 por ciento de la fracción industrial de la cuota global de captura una vez que la pesquería de que se trate se encuentre en un nivel del 90 por ciento de su punto biológico del rendimiento máximo sostenible; b) El 5 por ciento de la fracción industrial de la cuota global de captura una vez que la pesquería de que se trate se encuentre en un nivel del 95 por ciento de su punto biológico de su rendimiento máximo sostenible; c) El 5 por ciento de la fracción industrial de la cuota global de captura una vez que la pesquería de que se trate se encuentre en un nivel de su punto biológico del rendimiento máximo sostenible. Las licitaciones que se produzcan darán origen a las licencias transables de pesca clase B. Estas licencias tendrán una vigencia de 20 años al cabo de los cuales se vuelven a licitar por igual período. Las licencias transables de pesca clase A, decrecerán en el mismo coeficiente de participación que se licite de las licencias transables de pesca clase B, hasta un límite de 15 por ciento de su coeficiente de participación. Las licencias transables de pesca clase A tendrán una vigencia de 20 años renovables de conformidad con el artículo 26 B.[...]”

71 Artículo 30 Ley N° 20.657 “Las licencias transables de pesca serán divisibles, transferibles, transmisibles y susceptibles de todo negocio jurídico [...]”.

72 Artículo segundo transitorio Ley N°20.657: “En el plazo de 6 meses contado desde la entrada en vigencia de la presente ley, los armadores titulares de autorizaciones de pesca de pesquerías administradas mediante límite máximo de captura por armador, de conformidad con la ley N°19.713, podrán optar por cambiar sus autorizaciones de pesca por licencias transables de pesca clase A con las regulaciones del Título III de la Ley General de Pesca y Acuicultura. [...]”



Durante el debate del Primer Informe de la Comisión de Intereses Marítimos, Pesca y Acuicultura, el Senador Horvath enfatizó en los temas que a su parecer debían consignarse en la iniciativa legal en estudio, mencionando especialmente:

“Fijar un plazo de duración a las Licencias de Pesca Transferibles, de manera que no tengan el carácter de indefinidas; [...]si el titular de la licencia no ha incumplido normas laborales o atentado contra los recursos hidrobiológicos se podrá renovar la misma, también por un período limitado sin necesidad de legislar nuevamente”⁷³.

A su vez, el Senador Muñoz Aburto adujo que “No puede pretenderse una duración de más de diez años para cualquier norma que surja, por la sencilla razón de que el estado en que se encuentran las pesquerías requiere una evaluación de sus resultados”⁷⁴. De esa manera, aludió a la relevancia para la sustentabilidad de las pesquerías, que el Estado pueda tener mayor incidencia en la renovación de las licencias, lo que resultaría imposible de conservarse el carácter indefinido.

Por otro lado, en el primer informe de la comisión de Intereses Marítimos, Pesca y Acuicultura del Senado, consta la intervención del Gerente de la Asociación de Industriales Pesqueros (ASIPES), señor Luis Felipe Moncada, quien enfatizó en el carácter autónomo de las autorizaciones de pesca, cuya “vigencia no depende de los regímenes de administración pesquera que el Estado ha establecido para conservar los recursos y ordenar la captura. [...] Dichos derechos se han entregado vía cuotas a quienes históricamente los han ejercido, de lo contrario, podría incurrirse en un acto expropiatorio por parte del Estado”⁷⁵.

De la misma opinión fue el Presidente de Asociación Gremial de Armadores e Industriales Pesqueros del Norte Grande, señor Francisco Mujica, quien aseveró que la “la licitación de las licencias de pesca tiene un carácter expropiatorio respecto de los actuales actores”⁷⁶.

Por su parte, el entonces Subsecretario de Pesca, señor Pablo Galilea Carrillo, representante de la opinión del Gobierno, advirtió que “debe considerarse en la normativa un adecuado reconocimiento a los derechos históricos de quienes han ejercido la actividad, ya que los pescadores artesanales, que capturan más del 50% de los recursos pesqueros del país, también tienen asignados derechos indefinidos. En definitiva, razonó, debe equilibrarse adecuadamente el respeto a los derechos históricos y la posibilidad de que se licite cierto porcentaje de la cuota de pesca”⁷⁷.

Sin perjuicio de la convergencia de las opiniones anteriores, también se plantearon argumentos que rebaten dicha posición. En especial el Senador Tuma en la discusión general en Sala, argumentó que sería “contrario a disposiciones del Código Civil [artículo 593 que dispone que el mar adyacente es mar de dominio nacional] y de la Carta [artículo 19 N°23 sobre la garantía de libre apropiabilidad de los bienes] otorgar sobre esa agua títulos exclusivos, indefinidos o permanentes, susceptibles de ser aducidos como títulos de propiedad”. Agregó que “resulta inaceptable que un grupo de industriales reclame ‘derechos históricos’ sobre los peces de todos los chilenos”⁷⁸.

Luego de aquella etapa, en la discusión particular en la Sala del Senado, el Senador Espina insistió en el derecho de propiedad sobre las autorizaciones y la necesaria indemnización expropiatoria en caso de que lo anterior no se reconozca por la futura normativa:

73 Historia de la Ley N°20.657, p. 116.

74 Historia de la Ley N°20.657, p. 239.

75 Historia de la Ley N°20.657, p. 46.

76 Historia de la Ley N°20.657, p. 62.

77 Historia de la Ley N°20.657, p. 91.

78 Historia de la Ley N°20.657, p. 208.



“La ley actual, dictada en democracia, el año 91, y modificada posteriormente, le otorga a la industria, por nave, una autorización indefinida. Y al darle una autorización indefinida le confiere un derecho de propiedad. La Constitución chilena garantiza “El derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales o incorporales.” ¿Qué significa eso en la práctica? Que, de acuerdo a la Ley de Pesca vigente, la industria tiene respecto a su autorización de pesca un derecho indefinido. Y si la ley quiere quitarle ese derecho indefinido, debe indemnizarla. En segundo lugar, debo señalarle a Su Señoría que, si les fija a los industriales un plazo que no genere ningún incentivo para cambiarse del sistema de autorización de pesca al de licencias transables, van a seguir con el régimen vigente. Y seguirán con él porque la ley, o los expropia y les indemniza todo el valor comercial que tienen proyectado indefinidamente, o irán al Tribunal Constitucional y a los tribunales de justicia para pedir que se les respete el derecho que les otorga la actual Ley de Pesca”⁷⁹.

A su vez, el Senador Larraín incorporó al debate el concepto de derechos adquiridos, comenzado por citar la definición legal de autorización de pesca: “acto administrativo mediante el cual la Subsecretaría faculta a una persona, natural o jurídica, por tiempo indefinido, para realizar actividades pesqueras extractivas con una determinada nave”, y relacionando dicha disposición con que “cuando una persona adquiere un derecho en conformidad a las reglas vigentes, este forma parte de su patrimonio. Es un derecho adquirido. Por eso mismo, un cuerpo legal posterior no se lo puede quitar sin pasar por encima de una garantía constitucional. [...] No se trata de un derecho de propiedad a la pesca, sino de un derecho real sobre la autorización”⁸⁰.

Por otro lado, cuando se discutió sobre artículo segundo transitorio – que se refiere al mantenimiento de las autorizaciones indefinidas y la opción de cambiarlas por licencias transables de pesca, también se esgrimieron estos mismos argumentos. En especial, el Senador Espina intervino, refiriéndose a la teoría de los derechos adquiridos:

“[...] cualquier lectura de las normas que haga un abogado o alguien que haya estudiado el Derecho Constitucional indicará, en forma absolutamente clara, que el otorgamiento de una autorización de pesca por tiempo indefinido conlleva un derecho adquirido sobre la misma autorización. Ello da origen a una indemnización por la expropiación.⁸¹ [...] Quien opta por la licencia transable, pierde la autorización de pesca, con lo cual el Estado se garantiza que ese derecho indefinido de autorización de pesca queda derogado por la propia voluntad de la persona que opta por ejercer tal derecho. Porque la norma expresa: “podrán optar por cambiar sus autorizaciones de pesca por licencias transables de pesca”. Por lo tanto, si alguien se queda con esta última, es evidente que renuncia a la autorización de pesca que hoy tiene. De ahí, señor Presidente, que el precepto que ahora discutimos es fundamental para resguardar los intereses de nuestro país, a fin de evitar que se abra una brecha para la judicialización de esta materia; que se genere incertidumbre en el sector y, producto de ella, una gran disminución de la inversión, y que se produzcan demandas y, probablemente (porque esto lo resuelven los tribunales) indemnizaciones que le cuesten a Chile una fortuna”⁸².

79 Historia de la Ley N°20.657, p. 1.003 y 1.004.

80 Historia de la Ley N°20.657, p. 1.008.

81 Sustenta lo anterior en el inciso 1 y 3 del artículo 19 N°24: “El derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales o incorporales. [...] Nadie puede, en caso alguno, ser privado de su propiedad, del bien sobre que recae o de alguno de los atributos o facultades esenciales del dominio, sino en virtud de una ley general o especial que autorice la expropiación por causa de utilidad pública o de interés nacional”.

82 Historia de la Ley N°20.657, p. 1.363



Sobre este punto de la discusión se torna relevante mencionar el artículo 14° de la Ley N°19.713, que, respecto de los pescadores industriales, dispone que: “El establecimiento del límite máximo de captura por armador a que se refiere este título no constituirá derecho alguno en asignaciones de cualquier tipo que se efectúen en el futuro”. En efecto, fue citado tanto por el Senador Gómez como por la Senadora Rincón⁸³, en el seno de sus argumentaciones en contra de la posibilidad de otorgar a los industriales el poder ejercer la opción de quedarse en el régimen de autorizaciones de pesca de la Ley N°19.713⁸⁴, o bien cambiarse al nuevo sistema implementado por la ley en comento. Además de lo dispuesto por el artículo 14, se argumenta que el derecho de propiedad que se reclama por sobre dichas autorizaciones tiene su origen en una ley que es transitoria, por 10 años, de 2001 a 2011.

No obstante, ambos elementos son ignorados en la retórica de, por ejemplo, el Senador Larraín, quien expone en la misma línea que el Senador Espina:

“Lo que aquí estamos creando es un sistema que reconoce una realidad, porque pareciera que no existe la ley de 1991, en la cual se entregó una autorización de pesca con derechos indefinidos para ejercerla a quienes fueron objeto de tal beneficio en esa oportunidad. Y todavía lo tienen, por haber sido incorporado a su patrimonio y formar parte de su derecho de propiedad para llevar a cabo la autorización de pesca y no sobre los recursos mismos. [...] ¿Y qué hace de manera inteligente esta norma? Si la persona quiere conservar su autorización, que recibió en 1991 y se reafirmó en el 2002 y la tiene hasta el día de hoy, le dice que puede seguir otro camino: sumarse al régimen que establece esta ley, caso en el cual se le van a aplicar todas estas disposiciones. Sin embargo, puede optar -esto es lo que puede molestar a algunos- por conservar su autorización”⁸⁵.

Por último, cabe mencionar que, como consecuencia de la prevalencia del derecho de propiedad sobre las autorizaciones de pesca y su mantención dentro del sistema pesquero, la normativa relativa a la renovación de las licencias quedó, evidentemente, relegada sólo a éstas y no a las autorizaciones. Como se mencionó anteriormente, las licencias transables de pesca se renuevan a los 20 años, a menos de que se haya incurrido en alguna(s) de las causales del artículo 26 B, en un plazo de 10 años.

El establecimiento de estas causales de no renovación fue criticado por algunos parlamentarios en la tramitación de la ley, por permitir, prácticamente, una renovación automática de las licencias. Esto, por cuanto sólo en caso de reiterados incumplimientos gravísimos no se renovarían; cuando en realidad la renovación debería responder a un actuar particularmente responsable del ejercicio del derecho. Así lo expresaron los Senadores Gómez⁸⁶, Lagos⁸⁷, y Tuma:

“si bien es cierto se dispuso que las licencias son temporales, no podemos acoger un eufemismo que las convierte en indefinidas a través de renovarlas cada 20 años. En verdad, creemos que no se sincera este debate cuando se dice: “Mire, las licencias son temporales y caducan”. ¡No es así! ¡No caducan por el vencimiento del plazo, sino por condiciones que muy difícilmente se van a cumplir! [...]. Se trata [...] de crear condiciones de competencia, instancia en que el Estado se reserva el derecho de establecer las bases para garantizar la sustentabilidad del recurso hidrobiológico, el incremento del valor agregado en los productos y la sanidad en el manejo de recursos que son de todos los chilenos”.

83 Historia de la Ley N°20.657, p. 1.013, 1.071, 1.075, 1.302, 1354.

84 Artículo segundo transitorio Ley N°20.657: “En el plazo de 6 meses contado desde la entrada en vigencia de la presente ley, los armadores titulares de autorizaciones de pesca de pesquerías administradas mediante límite máximo de captura por armador, de conformidad con la ley N°19.713, podrán optar por cambiar sus autorizaciones de pesca por licencias transables de pesca clase A con las regulaciones del Título III de la Ley General de Pesca y Acuicultura. [...]”

85 Historia de la Ley N°20.657, p. 1.358.

86 Historia de la Ley N°20.657, p. 1061.

87 Historia de la Ley N°20.657, p. 704, 1006, 1.148.



Esto también se resaltó en prensa:

“[...] Longueira, aunque efectivamente incorporó la sustentabilidad pesquera como foco, lo hizo de una manera totalmente insuficiente para detener o estabilizar al menos la degradación de los recursos. Y, para colmo, los permisos se consolidaron como derechos que, en principio, duran 20 años, pero que en la práctica –dadas las preferencias y automatismos en el sistema de renovación– se vuelven perpetuos y constituyen bienes transables que se pueden fraccionar (licencias transables de pesca, LTP) y que aceptan todo tipo de negocio jurídico en su operación. [...]”⁸⁸.

Preciso es indicar que, además de que estas causales hacen que, en la práctica, las licencias se vuelvan perpetuas, no se aplican a todos quienes cuentan con autorizaciones. Ello ya que solo las licencias transables de pesca están sujetas a las causales de no renovación, quedando fuera de este régimen las autorizaciones indefinidas.

Ello es relevante porque de las tres causales establecidas en el artículo 26 B, dos de ellas contemplan criterios de sostenibilidad. En efecto, la primera causal se refiere a “Haber sido sancionado con más de cuatro infracciones de las contempladas en los artículos 40 B⁸⁹ y 40 C⁹⁰ [de la ley], en una misma pesquería, no existiendo por parte del armador recursos administrativos ni judiciales pendientes”. Y, dentro de las infracciones contempladas en los artículos señalados, se encuentran algunas relacionadas con la sobreexplotación de las pesquerías, en el sentido de capturar más toneladas de las autorizadas; el incumplimiento de normas relativas al informe de desembarques y la certificación de dicha información por parte de una empresa auditora (las cuales permiten a la autoridad llevar un control del ejercicio de la actividad extractiva); el incumplimiento de la normativa relativa al descarte⁹¹, entre otras.

Por otro lado, la segunda causal establece “haber sido sancionado con más de tres caducidades parciales en una misma pesquería, declaradas mediante resolución firme y ejecutoriada”. Dentro de las razones para incurrir en caducidad el artículo 143° de la Ley de Pesca contempla haber excedido la cuota de captura individual⁹², motivo que se entiende, tiene el objetivo de desincentivar la sobreexplotación de las pesquerías por parte de los titulares de las Licencias Transables de Pesca.

88 EL MOSTRADOR (2019): Ley Longueira. Norma espuria que incuba conflictos sociales, políticos y ambientales. [En línea] <https://www.elmostrador.cl/destacado/2019/01/18/la-pugna-en-torno-a-la-ilegitima-ley-de-pesca/>

89 Artículo 40 B.- Al titular, arrendatario o mero tenedor de una licencia transable de pesca o permiso extraordinario de pesca, cuyas naves inscritas sobrepasen las toneladas autorizadas a capturar para un año calendario, se le sancionará administrativamente con una multa equivalente al resultado de multiplicar el valor de sanción de la especie respectiva, vigente a la fecha de la infracción, por el triple del exceso, expresado en toneladas. Asimismo, lo capturado en exceso por el infractor se le descontará de las toneladas autorizadas a capturar para el año calendario siguiente. [...]

90 Artículo 40 C.- Al titular, arrendatario o mero tenedor de una licencia transable de pesca o permiso extraordinario de pesca, cuyas naves inscritas desembarquen y no informen sus capturas de acuerdo con el procedimiento a que se refiere el artículo 63; no dé cumplimiento al procedimiento de certificación a que se refiere el artículo 64 E de esta ley; o realice sus capturas con una nave no inscrita, se le sancionará administrativamente con una multa que se determinará de la siguiente forma [...] Al titular, arrendatario o mero tenedor de una licencia transable de pesca o permiso extraordinario de pesca, cuyas naves inscritas para capturar efectúen descartes en contravención a las normas de esta ley, o efectúen operaciones de pesca extractiva en áreas de reserva artesanal no autorizadas conforme al artículo 47 de esta ley o efectúen capturas en una unidad de pesquería distinta a la inscrita, se le sancionará administrativamente con una multa [...] Al titular, arrendatario o mero tenedor de una licencia transable de pesca o permiso extraordinario de pesca que efectúe operaciones de pesca sin estar inscrito en el Registro del artículo 29, se le sancionará administrativamente con una multa que se determinará con el procedimiento del inciso anterior. [...]

91 Artículo 2 n°14 bis de la Ley N°18.892. Descarte: es la acción de devolver al mar especies hidrobiológicas capturadas

92 Cabe destacar que el artículo 143 establece once causales de caducidad, las cuales se aplican a las autorizaciones, permisos y licencias transables de pesca según corresponda. En especial la letra b) dispone que “En el caso de autorizaciones de pesca, no iniciar actividad pesquera extractiva, entendiendo esta la no realización de operaciones de pesca con una o más naves, por dos años consecutivos, o suspender dichas actividades por más de 12 meses sucesivos, salvo caso fortuito o fuerza mayor debidamente [...]”. Es decir, caduca la autorización de pesca en caso de no ejercer la actividad extractiva, formulándose así un incentivo a la explotación. Por otro lado, la causal a) mencionada anteriormente especifica que sólo aplica para las licencias transables de pesca y los permisos extraordinarios de pesca, y no así para las autorizaciones de pesca indefinidas.



Por tanto, la mantención de las autorizaciones indefinidas no sólo beneficia a sus titulares al no estar sujetos a un plazo limitado en el tiempo, sino también permite que existan dos estándares ambientales distintos en el ejercicio de los derechos de pesca, uno para quienes tiene autorizaciones indefinidas, y otro para quienes tienen licencias transables de pesca.

2. LA SUBASTA COMO NUEVO MECANISMO DE ASIGNACIÓN

Como segunda materia a exponer, es importante mencionar el boletín N° 11.704-21 (refundido con los boletines N°11.642-21, N°10.190-21 y N°7.926-03)⁹³, cuya principal modificación sería la de terminar con las autorizaciones indefinidas e instaurar el sistema de subasta para la totalidad de la cuota global de captura.

El Proyecto fue iniciado por mensaje del Presidente en mayo de 2018, y de sus ideas matrices se desprende que, en parte, fue motivado por un informe efectuado por la Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura (FAO), en el que se realizaron recomendaciones legales⁹⁴. El mensaje presidencial reconoce que hay materias en las que avanzar en relación al uso sostenible de los recursos pesqueros, señalando que:

“(…) el informe [de la FAO] señala, que existen áreas de oportunidad de mejora tanto a nivel de técnica legislativa y de elaboración de normativa complementaria, como en su aplicación efectiva, a fin de alinearla con los instrumentos y buenas prácticas internacionales para la sostenibilidad y buena gobernanza del sector pesquero. Nuestro Programa de Gobierno contiene como objetivo en el corto plazo avanzar hacia la recuperación de las pesquerías y en el mediano plazo consolidar un marco regulatorio e institucional que asegure su manejo sustentable. Respecto del acceso a la actividad pesquera industrial, se propone evaluar y perfeccionar el marco jurídico del sector industrial, ampliando el porcentaje de licitación de la cuota pesquera y revisando la condición de renovación indefinida de la titularidad de las cuotas asignadas sin licitación, respetando los derechos ya asignados⁹⁵.”

El Proyecto se encuentra actualmente en Primer Trámite Constitucional en el Senado, aprobado en general, con indicaciones acordadas por la Comisión de Intereses Marítimos, Pesca y Acuicultura en segundo informe (12/08/2020) y actualmente en la Comisión de Hacienda. Hasta la fecha, no se ha discutido el articulado en particular por la Sala, por lo que la argumentación en favor o en contra de las propuestas concretas aún no se ha dado. De todas formas, a continuación, se describe el nuevo régimen en discusión.

La propuesta viene a desafiar la argumentación dada en el debate legislativo de la Ley N° 20.657, comentada anteriormente y que finalmente prevaleció, relativa al derecho histórico sobre las autorizaciones de pesca, amparado por el derecho de propiedad del artículo 19 N°24 de la Constitución Política.

Desafía tal visión porque elimina las clases A y B de las Licencias Transables de Pesca⁹⁶, para dejar sólo una genérica, cuyo origen será en todo caso la subasta, desplazando el criterio histórico

93 BOLETÍN N°11.704-21, Modifica la Ley General de Pesca y Acuicultura, en lo relativo a las licencias transables de pesca e incorpora normas para prevenir la pesca ilegal. Presentación: 05/2018. [en línea] www.senado.cl/apps Senado/templates/tramitacion/index.php?boletin_ini=11704-21

94 BOLETÍN N°11.704-21, p. 6.

95 BOLETÍN N°11.704-21, p. 7.

96 Las Licencias Transables de Pesca clase A y B son las creadas por la Ley N°20.657, con el objeto de regular el régimen de acceso a las pesquerías que se declaren en plena explotación y se establezca una cuota global de captura. Las licencias clase A son aquellas que se otorgaron a quienes eran titulares de autorizaciones de pesca, de acuerdo a su coeficiente de participación en el mercado, por 20 años renovables (artículo 26 A de la ley). Las licencias clase B son aquellas que nacen de la subasta del 15% de la cuota industrial (artículo 27 de la ley).



como criterio de asignación⁹⁷. Esta Licencia se subastará sólo respecto de la fracción industrial de aquellas pesquerías que se declaren en plena explotación y en que se establezca una cuota global anual de captura, y su duración sería de 20 años sin renovación. La frase final del nuevo artículo 26 A propuesto dispone que “Desde la fecha en que entren en vigencia las licencias antes indicadas, expirarán por el sólo ministerio de la ley todas las autorizaciones de pesca relativas a esas unidades de pesquería no pudiendo, asimismo, otorgarse nuevas autorizaciones”⁹⁸. Así, las autorizaciones que en su momento fueron blindadas por el derecho de propiedad constitucional, en este Proyecto pasan a expirar por el sólo ministerio de la ley, sin cláusula alguna relativa a una eventual indemnización expropiatoria.

En los artículos transitorios se determina que las subastas se realizarían una vez concluida la vigencia original de las Licencias Transables de Pesca Clase A otorgadas conforme lo dispuesto en el artículo Segundo Transitorio de la Ley N° 20.657 (año 2032) excluyendo la renovabilidad que dispone dicha normativa. En la sesión de la comisión que despachó el segundo informe (08/07/2020), participó el actual Subsecretario de Pesca y Acuicultura, señor Román Zelaya, quien realizó una especial mención a la importancia de estas modificaciones, sobre todo en lo relativo a la transparencia del acceso al sistema y las consecuencias positivas que eso conlleva para la sostenibilidad de los recursos:

“terminar con la renovación indefinida de las licencias transables de pesca, poniendo fin a ciertos privilegios, fue un compromiso del Presidente [...] El nuevo sistema será más transparente y propiciará una efectiva competencia entre quienes deseen entrar a la actividad, bajo condiciones que resguarden la sustentabilidad de los recursos”⁹⁹.

Por otro lado, se propone eliminar el artículo 26 B, relativo a las Licencias Transables de Pesca Clase B (que se generan por la subasta del 15% de la cuota industrial, explicada en el primer apartado de este informe), y en el nuevo artículo 27 se establecerían los contenidos del Reglamento que regula la subasta de las Licencias. En particular, dispone que “tanto éste [el reglamento] como las bases respectivas deberán velar por un sistema transparente y público de asignación, que permita el acceso de nuevos actores y/o la expansión de los de menor tamaño; evite la concentración del mercado y promueva la libre competencia entre los interesados”¹⁰⁰.

No obstante, la iniciativa no ha estado exenta de críticas. En una declaración dada por el Presidente de la Comisión de Intereses Marítimos, Pesca y Acuicultura, Senador Quinteros, éste afirma, a raíz de una exposición realizada por los abogados Cristián Eyzaguirre y Jorge Correa Sutil en sesión de la comisión, que la iniciativa sería inconstitucional¹⁰¹. Así también lo sostuvo la presidenta de la Asociación de Industriales Pesqueros del Bío Bío, Macarena Cepeda que “el fin de la renovación de las licencias de la pesca industrial y su posterior licitación es inconstitucional, expropiatoria para las empresas”¹⁰².

97 En efecto, así lo enfatiza el Subsecretario de Pesca y Acuicultura, señor Eduardo Riquelme, en sesión de la comisión de Intereses Marítimos, Pesca y Acuicultura: “Confirmó que el Gobierno ha tomado la decisión de enfrentar las modificaciones que hay que hacer a la Ley General de Pesca y Acuicultura. La determinación de poner término a la renovación de las licencias de la industria en la forma actualmente vigente está asumida y, por lo tanto, se ha presentado el Proyecto de Ley en debate”. Primer informe Comisión Intereses Marítimos, Pesca y Acuicultura, p. 24. En: BOLETÍN N°11.704-21.

98 Comparado segundo informe Comisión Intereses Marítimos, Pesca y Acuicultura del Senado, p. 26 y 27. En: BOLETÍN N°11.704-21.

99 AQUA (2020) Comisión del Senado aprueba poner fin a renovación indefinida de licencias industriales de pesca. [En línea] <https://www.aqua.cl/2020/07/08/comision-del-senado-aprueba-poner-fin-a-renovacion-indefinida-de-licencias-industriales-de-pesca/>

100 Comparado segundo informe Comisión Intereses Marítimos, Pesca y Acuicultura, página 31. En: BOLETÍN N°11.704-21.

101 El informe de dicha sesión no se encuentra disponible en la web. DIARIO FINANCIERO (2019) Senador Quinteros señala que la Ley Corta de Pesca enviada por el gobierno sería inconstitucional. [En línea] <https://www.df.cl/noticias/economia-y-politica/pais/ahora-en-df-senador-quinteros-senala-que-la-ley-corta-de-pesca-enviada/2019-08-23/170514.html>

102 TERRAM. Sector industrial y artesanal enfrentados por proyecto que elimina renovación de licencias de pesca. [En línea] <https://www.terram.cl/2019/05/sector-industrial-y-artesanal-enfrentados-por-proyecto-que-elimina-renovacion-de-licencias-de-pesca/>



A su vez, el Proyecto de Ley boletín N° 10.190-21, ingresado por moción de las Senadoras Goic y Muñoz y el Senador Quinteros - cual fue una de las mociones refundidas con el Proyecto de Ley boletín N°11.704-21 - propone modificar el artículo 1 A de la Ley N°18.892 General de Pesca y Acuicultura, comentado previamente¹⁰³. Sin que conste discusión al respecto, la Comisión aprobó por unanimidad la siguiente redacción:

“Los recursos hidrobiológicos y sus ecosistemas son de la Nación toda. Su régimen está sometido a la soberanía del Estado de Chile en las aguas terrestres, aguas interiores y mar territorial, así como a sus derechos de soberanía y jurisdicción en la Zona Económica Exclusiva y en la Plataforma Continental, de acuerdo a las normas de derecho internacional y a las de la presente ley. El Estado podrá conceder su explotación, conforme a las disposiciones de esta ley y demás normas legales y reglamentarias que regulen la preservación de los recursos hidrobiológicos y toda actividad pesquera extractiva, de acuicultura y de investigación. El establecimiento de tales permisos o autorizaciones otorgará a sus titulares la facultad de extraerlos sólo mientras se encuentren vigentes y no generará derecho ni indemnización alguna respecto de su continuidad o permanencia en el tiempo. La extinción de los mismos no ocasiona responsabilidad alguna para el Estado”¹⁰⁴.

Como se aprecia, se incorpora en esta propuesta un elemento que fue sumamente discutido en la tramitación de la Ley N°20.657, que modifica el acceso a la actividad pesquera industrial: el que los permisos o autorizaciones no constituyen ningún derecho (no obstante, acá se omite la referencia expresa al “derecho de propiedad”, como se propuso en su oportunidad en dicha discusión legislativa); y por otro lado la comisión aprobó una indicación que adiciona una mención expresa a que no habría lugar a indemnización alguna.

3. PROHIBICIÓN DE LA PESCA DE ARRASTRE PARA EXTRAER LA JIBIA

Como tercer punto, es relevante hacer referencia a la Ley N°21.134, de 2019, que modifica la Ley General de Pesca y Acuicultura, con el objeto de regular la captura de la jibia. Esta norma prohíbe su captura mediante el arrastre, pues se consideró que al ser éste un método no selectivo (que termina capturando especies que no son el objetivo de la pesca), atentaba contra la preservación de la biodiversidad marina.

El artículo único de la Ley establece que:

“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”¹⁰⁵.

103 El artículo 1 A de la Ley 18.892 (Ley de Pesca) sostiene: Los recursos hidrobiológicos y sus ecosistemas están sometidos a la soberanía del Estado de Chile en las aguas terrestres, aguas interiores y mar territorial, así como a sus derechos de soberanía y jurisdicción en la Zona Económica Exclusiva y en la Plataforma Continental, de acuerdo a las normas de derecho internacional y a las de la presente ley.

En conformidad a la soberanía, a los derechos de soberanía y a su jurisdicción a que se alude en el inciso anterior, el Estado de Chile tiene el derecho de regular la exploración, explotación, conservación y administración de los recursos hidrobiológicos y sus ecosistemas existentes en todos los espacios marítimos antes mencionados.

De acuerdo con lo dispuesto en los incisos anteriores, el Estado de Chile podrá autorizar la exploración y explotación de los antes mencionados recursos hidrobiológicos existentes en los espacios referidos, sujeto a las disposiciones de esta ley.

104 Comparado segundo informe Comisión Intereses Marítimos, Pesca y Acuicultura del Senado, p. 1 y 2. En: BOLETÍN N°11.704-21.

105 Ley N°21.134 que Modifica el capítulo XV de la Constitución Política de la República.



La tramitación legislativa de este precepto no tuvo como obstáculo argumentativo el de un eventual derecho de propiedad sobre la facultad con la que contarían los titulares de las autorizaciones de pesca, para extraer la jibia mediante arrastre. Sólo se cuestionó su constitucionalidad por cuanto ciertos parlamentarios, parte del gremio y el ejecutivo argumentaron en torno a que regular las artes o aparejos de pesca sería de iniciativa exclusiva del Presidente¹⁰⁶.

No obstante, fuera de la discusión legislativa sí hubo más revuelo acerca de la constitucionalidad del proyecto. Así lo deja en claro una columna publicada en Aqua:

“El Presidente Sebastián Piñera al amenazar primero, a través de su vocera de gobierno (Cecilia Pérez), que recurriría al Tribunal Constitucional (TC) para declararla inconstitucional y que luego su ministro de Economía (José Ramón Valente) amenazara con recurrir al veto presidencial, el Presidente puso en cuestión la atribución constitucional que depositó la Constitución del 80 sobre el Legislativo en materia de protección medioambiental y dejó en claro ante el país que desde su concepción política económica el medio ambiente debe quedar relegado a un segundo plano si ello coloca en riesgo el modo de hacer negocios de los grandes grupos económicos, en este caso los que giran en torno a las empresas pesqueras de propiedad de las “7 Familias. No debe perderse de vista que en esta ocasión la exigencia de especificidad establecida en la regla constitucional -el artículo 19 N°8 inciso 2- fue cumplida a cabalidad por el Congreso, de allí que pese a la frágil protección del medio ambiente que posee Chile la amenaza de inconstitucionalidad se volvió un imposible para el gobierno y debió renunciar a insistir en ello”¹⁰⁷.

Con todo, a raíz de requerimientos interpuestos por dos empresas en contra de esta ley, se dio una argumentación interesante sobre la propiedad y la libertad económica en la discusión ante el Tribunal Constitucional. Los requirentes alegaron que la norma afectaba su derecho de propiedad sobre la autorización de pesca, la cual contemplaría como atributo esencial la facultad de pescar con arrastre. Tales argumentaciones se expondrán en detalle más adelante.

4. RÉGIMEN DE LAS CONCESIONES ACUÍCOLAS

Como último punto del análisis legislativo, es preciso mencionar los cambios que introdujo la Ley N°20.434, de 2010, que modificó la Ley General de Pesca y Acuicultura en el ámbito de la acuicultura, y la discusión legislativa que se dio en su tramitación. Esta norma, como se mencionó anteriormente, vino a integrar a la legislación diferentes aspectos que modificaron el panorama jurídico de la actividad acuícola en el ámbito de la propiedad de las concesiones acuícolas, siendo dos de los más importantes la limitación temporal de las concesiones y la posibilidad de constituir hipotecas sobre la concesión.

En primer lugar, las concesiones pasaron de ser indefinidas, a contar con un plazo de 25 años renovables¹⁰⁸, lo que se acordó con el beneplácito del ejecutivo¹⁰⁹, y sin mayores intervenciones al respecto, más allá de si el plazo debía ser de 30, 25 o 20 años. En general, las intervenciones de los Senadores que se pronunciaron al respecto ahondaron en la incongruencia que implica un derecho indefinido sobre un bien público. Por ejemplo, el Senador Gazmuri argumentó que “La

106 Historia de la Ley N° 21.134. Así lo esgrime el senador Moreira (p.156), el Ministro Secretario General de la Presidencia señor Blumel (p. 203-204), el Subsecretario de Pesca y Acuicultura, señor Eduardo Riquelme Portilla (p. 113), Sonapesca (p.145). [En línea]

https://www.bcn.cl/historiadela Ley/fileadmin/file_ley/7631/HLD_7631_37a6259cc0c1dae299a7866489dff0bd.pdf

107 AQUA (2019): “Ley de la Jibia” La fragilidad del derecho de protección el medio ambiente en la Constitución de Pinochet y que tensionó al extremo el Presidente Piñera” <https://www.aqua.cl/columnas/ley-la-jibia-la-fragilidad-del-derecho-proteccion-del-medio-ambiente-la-constitucion-pinochet-tensiono-al-extremo-presidente-pinera/#>

108 A menos que la mitad de los informes ambientales hayan sido negativos o se hayan verificado las causales de caducidad de esta ley. Artículo 69 de la Ley N°20.434.

109 Historia de la Ley N° 20.434, p. 85.



concesión indefinida es una burla al principio constitucional de la propiedad pública de los bienes naturales. O sea, no resulta coherente declarar la propiedad pública y después establecer concesiones de dominio indefinidas¹¹⁰, y así también el Senador Ominami: “En el fondo, una concesión sin plazo fijo es casi una contradicción en sí misma, casi como establecer derechos de propiedad sobre un determinado bien”¹¹¹.

Ahora bien, esta nueva normativa se aplicaría sólo respecto de las concesiones acuícolas otorgadas a partir de la entrada en vigencia de la ley, y no respecto de las ya otorgadas. A diferencia de la discusión suscitada en la tramitación de la Ley N° 20.657 - que modifica el acceso a la actividad pesquera industrial - en la que se cuestionó con fuerza la legitimidad de que persistieran las autorizaciones de pesca indefinidas¹¹², en la tramitación de la Ley N° 20.434 no hubo mayor debate al respecto. El artículo décimo quinto transitorio, relativo a este punto, expresa:

“Las concesiones de acuicultura otorgadas a la fecha de publicación de esta ley mantendrán su carácter indefinido, a menos que se haya verificado una causal de caducidad.

No obstante lo dispuesto en el inciso anterior, las concesiones vigentes a la fecha de publicación de esta ley que, a partir de esa fecha, sean relocalizadas o dentro de los dos años siguientes sean objeto de un crédito garantizado por la Corporación de Fomento de la Producción, tendrán una vigencia de 25 años contados desde la fecha de la relocalización o del otorgamiento del crédito, según corresponda, y serán renovables en los términos señalados en el artículo 69”.

Dicha redacción—junto con la definición del plazo de las concesiones—se aprobó sin discusión, tanto en la Comisión de Intereses Marítimos, Pesca y Acuicultura del Senado¹¹³ como en la discusión particular en la Sala¹¹⁴.

Sólo hubo comentarios esporádicos sobre esta materia, como por ejemplo del Senador Horvath, quien señaló que “aquéllas [concesiones] que han sido otorgadas de conformidad con la regulación existente no pueden limitarse en razón de que los titulares ya cuentan con derechos adquiridos sobre dichas concesiones, salvo que ocurran causas de orden público, como el resguardo del medioambiente, que permita acotarlas en el tiempo previo procedimiento expropiatorio”¹¹⁵. O bien del Senador Arancibia, quien consideró que “las inversiones que los privados efectúan en infraestructura deben ser siempre (salvo la comisión de algún delito o infracción contractual) indemnizadas, pues existen derechos adquiridos sobre una potestad que el Estado ha delegado en privados. Lo mismo ocurre en el caso de la salmonicultura, en que determinadas empresas han desarrollado planes de inversión de acuerdo a reglas pactadas según un entorno diferente al que hoy se enfrenta la industria, por lo que éstas deben ser resarcidas para el caso de que se les obligue por ley a cambiar de lugar de operaciones”¹¹⁶. No obstante, la idea del Senador Arancibia relativa al deber de indemnizar no tuvo mayor desarrollo en la tramitación.

110 Historia de la Ley N° 20.434, p. 78.

111 Historia de la Ley N° 20.434, p.82.

112 Consideramos que es por el hecho de que ellas fueron siempre asignadas mediante un criterio histórico, y por leyes que eran de duración transitoria.

113 Acordados por la unanimidad de los miembros presentes de la Comisión de Intereses Marítimos, Pesca y Acuicultura, Honorables Senadores señores Arancibia, Ávila, Escalona y Horvath. En: Historia de la Ley N° 20.434, p. 144.

114 Disposiciones relativas al rubro “Concesión de Acuicultura”, entre las cuáles la adición del inciso segundo al artículo 69, y el artículo 15 transitorio, aprobadas por 21 votos a favor, 3 en contra y 5 abstenciones. En: Historia de la Ley N° 20.434, p. 411.

115 Historia de la Ley N° 20.434, p. 142.

116 Historia de la Ley N° 20.434, p. 142.



No obstante lo anterior, importante es resaltar que el artículo 69° de la Ley N° 20.434, que dispone acerca del nuevo plazo de 25 años al que estarán afectas las concesiones acuícolas que se otorguen a posteriori, también establece que “se renovarán por igual plazo, a menos que la mitad de los informes ambientales hayan sido negativos o se hayan verificado las causales de caducidad de esta ley”. Sabemos que las concesiones de acuicultura indefinidas que hayan verificado una causal de caducidad, no se mantienen, por lo dispuesto en el citado artículo décimo quinto transitorio. No obstante, la disposición acerca del resultado negativo de informes ambientales no se aplica a las concesiones indefinidas, lo que, en definitiva, tiene como efecto que éstas estén afectas a un estándar ambiental menor que las renovables.

En segundo lugar, una de las modificaciones que fue objeto de mayor debate, fue la relativa a la posibilidad de constituir hipotecas sobre las concesiones acuícolas, extendiéndose, de este modo, el régimen de la propiedad sobre ellas. En efecto, desde la aprobación en general del proyecto de ley en el Senado se manifestaron opiniones específicamente relativas a dicho articulado. A modo de ejemplo, el senador Ominami cuestionó la facultad de constituir una hipoteca sobre un bien nacional de uso público y la privatización del mar que se derivaría de aquello:

“[...] lo único que digo es que la iniciativa plantea algo que no existía: la posibilidad de constituir hipoteca sobre un bien de uso público. Con ello, el derecho a uso de ese bien se va al mercado y puede ser objeto de remate. [...] El señor Ministro expresó [...]: “Pero las concesiones hoy día otorgadas no podrán ser modificadas”. Entonces, ¿qué ocurre? Si se aprueba la iniciativa tal como está, de todas maneras habrá concesiones indefinidas, que además podrán ser prendadas en los bancos. Pero sucede que la mayor parte del borde costero -no soy experto en la materia- ya se encuentra concesionada. [...] Si la mayor parte del mar ya está concesionada; si, por disposiciones constitucionales, no es factible cambiar el carácter indefinido de las concesiones ya otorgadas, y si, más encima, se podrá constituir hipoteca sobre ellas. ¿Cómo se llama eso, señor Presidente? [...]”¹¹⁷.

Frente a la exposición de dichas ideas, el senador Prokurica argumentó bajo la misma lógica que la argumentación dada en la tramitación de la Ley N°20.657: relacionar las autorizaciones de pesca con el derecho de propiedad, en el sentido de contar con el derecho de propiedad sobre la autorización en cuanto a bien incorporal, mas no respecto del mar en sí mismo. Así, a pesar de ser el bien objeto de la concesión o autorización un bien nacional de uso público, no habría conflicto alguno en cuanto a aplicar un régimen estricto de derecho privado (como lo sería el poder hipotecar), ya que este se aplicaría respecto del título (autorización o concesión) y no sobre el objeto (el mar). A su vez, como se observa al final de su intervención, tal lógica operaría también respecto de las minas y el agua continental:

“¿Pero qué se adjudica en el remate? ¿El mar, como expresa Su Señoría? No: la concesión. Porque se es dueño de la concesión, no del mar. Esa es la cuestión. Su Señoría no ha entendido que un privado no puede apropiarse un bien nacional de uso público. Entonces, la argumentación pertinente adolece de un error desde el punto de vista jurídico. [...] Entonces, no tiene asidero el temor que Su Señoría plantea en cuanto a que por la vía del remate un banco, un tercero, un cuarto, un quinto se hará dueño de una porción de mar. No existe esta posibilidad, porque los bienes del Estado son inapropiables por parte de los privados. ¿De qué son dueños los concesionarios? De la concesión, no del mar. Por tanto, no llevemos la discusión a situaciones inexistentes. Porque aquello se está diciendo también respecto de las concesiones mineras. Puedo leer el inciso sexto del número 24° del artículo 19 de la Constitución, que dispone que las minas son del dominio exclusivo del Estado, etcétera. ¡Hasta cuándo seguimos con eso! Otro discurso: hay que nacionalizar los derechos de agua. ¡Pero si el agua es un bien nacional de uso público! Igual que el mar”¹¹⁸.

¹¹⁷ Historia de la Ley N° 20.434, p. 84.

¹¹⁸ Historia de la Ley N° 20.434, p. 108.



La misma idea desarrolló el senador Orpis en la discusión particular del proyecto en Sala:

“[...]en definitiva, con la concesión no se otorga la propiedad de nada. Es simplemente lo que es. Además, según el proyecto, será por tiempo limitado. Y si así es, ¿qué sentido tiene y en qué puede perjudicar el que se pueda fijar un gravamen a través de una hipoteca de la concesión, cuando el Estado sigue manteniendo la propiedad? Pero precisamente el hecho de fijar esa garantía permite que se alleguen recursos; se puedan acelerar los proyectos y se fomente la actividad productiva. Entonces, yo no logro entender que, en vez de fortalecer un sistema en donde no se traspasa la propiedad -se trata meramente de una concesión, con lo que el Estado no pierde absolutamente nada-, estemos impidiendo que se potencien y se desarrollen actividades productivas. [...] mediante la lógica con que se ha enfrentado el debate, no se habría permitido el desarrollo minero ni el régimen de las aguas y sus concesiones en distintos lugares. Y la verdad es que los bordes costeros y el desierto no habrían tenido ningún tipo de inversión ni desarrollo. Reitero que el Estado no pierde la propiedad”¹¹⁹.

El senador Prokurica insistió en lo anterior durante la discusión particular¹²⁰, aludiendo al artículo 67 bis, que también se incorpora mediante la ley en comento: “Las concesiones y autorizaciones acuícolas no entregan dominio alguno a su titular sobre las aguas ni el fondo marino ubicado en los sectores abarcados por ellas”. A dicha alusión se sumó a su vez la senadora Matthei¹²¹.

Por su parte, algunos parlamentarios en contra de la normativa en comento desarrollaron una argumentación en torno a la inconstitucionalidad que ella podría suponer, además de consecuencias que podrían derivarse, como lo sería una eventual propiedad por parte de bancos extranjeros de las concesiones acuícolas. Esto lo desarrollan los senadores Ruiz Ezquide¹²², Girardi¹²³, y en especial Muñoz Aburto¹²⁴:

“Jurídicamente, además, me parece que esta hipoteca puede ser inconstitucional en dos sentidos. Primero, en tanto constituye un claro beneficio estatal en favor de una actividad económica particular y, como tal, un acto de discriminación prohibido por la Carta Fundamental. Y segundo, porque hay una renuncia al rol público. El articulado señala que, mientras exista un litigio sobre la hipoteca, el Estado quedará impedido de caducar la concesión. ¿De qué estamos hablando? De que un conflicto comercial o financiero entre privados ata de manos al sector público para cautelar aspectos tan sustantivos como la vida y la integridad de la población que podría estar siendo afectada, por ejemplo, por una concesión en riesgo biosanitario”.

Pese al debate anterior la ley fue aprobada, con el fallido intento por parte de un grupo de Senadores, de que el Tribunal Constitucional declarara inconstitucionales los artículos referidos a la hipoteca (Causa rol 1655 de 2010 del Tribunal Constitucional)¹²⁵.

La situación que se dio en el ámbito pesquero con la Ley N°20.657, en que se reconoció el derecho de propiedad sobre las autorizaciones de pesca indefinidas, permitiéndose así la coexistencia de dos regímenes de acceso con tal de no afectarlas, es la misma que ocurrió con la dictación de esta ley en el ámbito de la acuicultura y las concesiones.

¹¹⁹ Historia de la Ley N° 20.434, p. 351.

¹²⁰ Historia de la Ley N° 20.434, p. 380.

¹²¹ Historia de la Ley N° 20.434, p. 382.

¹²² Historia de la Ley N° 20.434, p. 344.

¹²³ Historia de la Ley N° 20.434, p. 380.

¹²⁴ Historia de la Ley N° 20.434, p. 325.

¹²⁵ El requerimiento fue declarado inadmisibles por lo que, lamentablemente no contamos con un pronunciamiento del Tribunal al respecto.



Sin embargo, a diferencia de lo que sucede en materia de pesca en que se considera que los peces son bienes apropiables y no bienes nacionales de uso público, en el caso de la acuicultura, de manera indiscutible dicha concesión recae sobre un bien nacional de uso público (el mar)¹²⁶, de modo que la extensión del régimen de propiedad se hace aún más cuestionable al recaer sobre un bien que nos pertenece a todos.

En este sentido, pese a que se esgrime que la propiedad recae sobre la concesión y no sobre el mar o el fondo marino, es evidente que, si a su vez tal concesión recae sobre un bien nacional de uso público, las características del régimen de la concesión y las consecuencias prácticas que deriven de él, se verán reflejadas en el bien nacional de uso público, afectándose así, las facultades del Estado de regular las actividades que nos afectan a todos.

5. CONCLUSIONES PRELIMINARES

Del examen realizado se puede concluir que nuestra actual institucionalidad tolera ampliamente una preponderancia del ejercicio de lo privado respecto de los bienes comunes, por sobre normas que entiendan su carácter colectivo, lo que a su vez va en la línea de su conservación y preservación. Esto se ve reflejado tanto en la regulación del acceso y ejercicio de la pesca, como de la acuicultura.

El ejemplo más patente es el mantenimiento de las autorizaciones de pesca y concesiones de acuicultura indefinidas bajo el amparo del derecho de propiedad constitucional. Esto primó ante la voluntad de cierto sector de pasar a un régimen en que dichos permisos se limiten en el tiempo, rigiendo sólo para los permisos otorgados a posteriori de la dictación de las leyes.

El efecto de esta preponderancia no es sólo que ciertos permisos persistan como indefinidos y otros no, sino también que se crean dos categorías de cumplimiento ambiental. Como se mencionó anteriormente, las causales de no renovación, tanto en pesca como en acuicultura, constituyen un límite al ejercicio del derecho y en parte buscan una gestión sostenible del recurso hidrobiológico¹²⁷. Sin embargo, tanto las autorizaciones de pesca indefinidas como las concesiones de pesca indefinidas, que persisten en el sistema jurídico en virtud de la garantía de propiedad, pese a los avances de la regulación, no están afectados a ellos.

¹²⁶ Recordamos que, en relación a las autorizaciones de pesca, existe discusión sobre si los recursos hidrobiológicos son bienes públicos o bienes que derechamente no son de nadie, es decir, *res nullius*.

¹²⁷ Cabe recordar que no obstante las autorizaciones de pesca indefinidas y las concesiones acuícolas indefinidas no están afectas a las causales de renovación, si cuentan con causales de caducidad, tratadas en el Título XI de la Ley General de Pesca y Acuicultura.



VI. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Para el análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en materia de pesca y acuicultura, de modo de establecer las formas en que la propiedad ha sido interpretada en la especie y si dicha interpretación ha entorpecido o no una mayor probabilidad de protección de los ecosistemas marinos, se realizó un catastro de sentencias en las páginas oficiales del organismo y en un buscador de jurisprudencia (Vlex), utilizando los conceptos de “pesca” “océano” “acuicultura” “concesión de acuicultura”; “autorización de pesca”, arrojando el siguiente resultado:

Tabla 3

Fecha	Rol	Tipo de control constitucional	Fallo
23/01/2013	2386-12	Cuestión de constitucionalidad suscitada en tramitación del Proyecto de Ley de la Ley N°20.657, interpuesto por un grupo de Senadores. Artículo 93 n°3 de la Constitución Política.	Rechazado
23/01/2013	2387-12	Cuestión de constitucionalidad suscitada en tramitación del Proyecto de Ley de la Ley N°20.657, interpuesta por un grupo de Senadores. Artículo 93 n°3 de la Constitución Política.	Inadmisible
23/06/2020	8728-20	Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, interpuesto por empresa. Artículo 93 n°6 de la Constitución Política.	Inadmisible
12/11/2020	8614-20	Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, interpuesto por empresa. Artículo 93 n°6 de la Constitución Política.	Rechazado
14/11/2006	467-06	Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucional interpuesto por empresa. Artículo 93 n°6 de la Constitución Política	Rechazado
12/05/2011	1849-10	Requerimiento de inconstitucionalidad de decreto supremo, interpuesto por grupo de diputados. Artículo 93 n°16 de la Constitución Política.	Acoge parcialmente

1. DERECHO DE PROPIEDAD HISTÓRICO SOBRE LAS AUTORIZACIONES DE PESCA

En cuanto al régimen de pesca, corresponde examinar dos causas en que, si bien no se alegó vulneración del derecho de propiedad directamente, se evidenciaron los problemas de mantener dos regímenes de acceso a la pesca y la posición del Tribunal Constitucional sobre la existencia de un régimen de propiedad sobre las autorizaciones de pesca.

En primer lugar, en la causa Rol 2386-2012¹²⁸ se revisó un requerimiento presentado por un grupo de Senadores ante Tribunal Constitucional, durante la tramitación de la Ley N°20.657, que introdujo modificaciones al régimen de acceso de la actividad pesquera industrial, creando las Licencias Transables de Pesca, renovables por 20 años, pero manteniendo en el sistema las autorizaciones de pesca indefinidas para aquellas obtenidas con anterioridad a la Ley. El objetivo del requerimiento era que se declarara la inconstitucionalidad de ciertos artículos claves para la

128 Tribunal Constitucional. Sentencia en causa rol 2386 de 2012, Requerimiento presentado por un grupo de Senadores, que representan más de la cuarta parte de los miembros en ejercicio, para que se declare la inconstitucionalidad de los artículos 1°; numeral 19 y segundo transitorio del Proyecto de Ley que “modifica en el ámbito de la sustentabilidad de recursos hidrobiológicos, acceso a la actividad pesquera industrial y artesanal y regulaciones para la investigación y fiscalización, la ley General de Pesca y Acuicultura contenida en la ley N° 18.892 y sus modificaciones”, contenido en el Boletín N° 8091-21.



configuración de este nuevo régimen. En específico se objetó:

(i) El nuevo artículo 26 A en los siguientes términos:

- En el inciso primero, la expresión “renovables” en la frase “Estas licencias temporales se otorgarán por un plazo de 20 años renovables”;

- La parte final del inciso primero que señala “en este caso los coeficientes de cada armador no podrán disminuir en más de un 15% del coeficiente de participación original”.

- El inciso tercero que indica que “el coeficiente de participación original de cada armador titular de autorizaciones de pesca vigente para la unidad de pesquería de que se trate, se determinará dividiendo las capturas de todas las naves autorizadas al armador, correspondientes a los 3 años calendario anteriores a la declaración del régimen, por las capturas totales, extraídas durante el mismo período, correspondientes a todos los armadores que cuenten con autorización de pesca vigente a esa fecha.”

(ii) El nuevo artículo 26 B, que regula la renovación de las licencias, estableciendo las causales que impiden la renovación.¹²⁹

(iii) El artículo segundo transitorio, que regula las condiciones bajo las cuales los armadores titulares de autorizaciones de pesca podrán optar - o no - a cambiarlas por licencias transables clase A, en los siguientes términos:

- El inciso quinto que señala que “las licencias transables de pesca otorgadas de conformidad a este artículo en una determinada pesquería serán equivalentes a la sumatoria de los coeficientes de participación relativo de cada una de sus embarcaciones de conformidad con la ley N°19.713”, es decir, este inciso establece que si el armador ejerce la opción de cambiarse de régimen, las licencias que se entreguen serán según el coeficiente de participación que hayan tenido bajo dicha ley;

- El inciso sexto que señala “si el armador no opta dentro del plazo establecido en el inciso primero, mantendrá vigentes sus autorizaciones de pesca con las regulaciones contenidas en la Ley General de Pesca y Acuicultura y las hará efectivas en el remanente de cuota de la fracción industrial una vez efectuados los descuentos de todos aquellos que hayan optado por cambiar las autorizaciones de pesca por licencias transables de pesca y por los descuentos que puedan efectuarse por la regulación del artículo 27 de la Ley General de Pesca y Acuicultura”, es decir, regula la cuota con la que queda el armador que no opta por cambiarse de régimen.

129 Antes del vencimiento de las licencias transables de pesca clase A, a solicitud del titular, arrendatario o mero tenedor de las licencias transables de pesca, mediante decreto supremo fundado se asignarán según la legislación vigente, siempre que el solicitante o los titulares previos no hayan incurrido en un lapso de 10 años en uno o más de los siguientes hechos: a) Haber sido sancionado con más de cuatro infracciones de las contempladas en los artículos 40 B y 40 C de esta ley, en una misma pesquería, no existiendo por parte del armador recursos administrativos ni judiciales pendientes. b) Haber sido sancionado con más de tres caducidades parciales en una misma pesquería, declaradas mediante resolución firme y ejecutoriada. c) El reiterado incumplimiento grave de las normas laborales y de seguridad social con sus trabajadores. Se tendrán como vulneraciones de este tipo, los atrasos u omisiones en el pago de remuneraciones, cotizaciones previsionales o de salud que excedan tres períodos mensuales o la existencia de cuatro o más condenas ejecutoriadas por infracciones a los derechos del trabajador sobre remuneraciones, feriados, protección a la maternidad, sindicalización y prácticas antisindicales en el plazo de siete años. Para los efectos de este artículo, si en un período de 10 años, el titular de la licencia transable de pesca, no cuenta con ninguna sentencia condenatoria ejecutoriada o resolución ejecutoriada, no se contabilizarán las infracciones por las cuales haya sido condenado durante el período anterior. El acto administrativo que niegue la solicitud del inciso primero deberá ser notificado al peticionario por carta certificada. Este último dispondrá de un plazo de 30 días contado desde la fecha del despacho de la notificación, para reclamar de esa resolución ante el Ministro, el que resolverá dentro de igual plazo. Esta última decisión no será susceptible de recurso administrativo alguno. Las licencias transables de pesca que no se renueven se licitarán conforme a las reglas establecidas en el reglamento para la licitación de licencias transables de pesca clase B y por un período de 20 años.



Los Senadores requirentes alegaron la vulneración del artículo 19 números i) 2º, sobre igualdad ante la ley; ii) 21, sobre el derecho a desarrollar cualquier actividad económica; iii) 22, sobre no discriminación arbitraria en materia económica y iv) 23, sobre la libertad para adquirir el dominio de toda clase de bienes. Señalan al respecto, que los artículos impugnados de la Ley N°20.657, garantizarían una posición de privilegio a un grupo específico de personas, “pues a los actuales titulares de autorizaciones de pesca sujetas a límite máximo de captura por armador se les da la posibilidad exclusiva y excluyente de ser asignatarios de licencias clase A renovables, portadoras del 100% de los coeficientes históricos de pesca, lo cual carece de razón o fundamento suficiente y acarrea como resultado la imposibilidad para otras personas de desarrollar una actividad económica lícita y el derecho a acceder a la propiedad”¹³⁰.

Además, acerca de la renovabilidad de las licencias, sostienen que, en la práctica, significan una temporalidad cuasi indefinida, porque las únicas causales para que no se renueven son las expresadas en el artículo 26 B, que refieren a incumplimientos gravísimos.

Así, cuestionan la licitud constitucional de entregar a un grupo de personas un privilegio legal que importa para ellas una ganancia patrimonial. A su parecer, la diferencia que haría el legislador en los artículos impugnados sería arbitraria.

En primer lugar, porque el argumento de los derechos históricos sobre las autorizaciones de pesca indefinidas supone desconocer la historia de la ley 19.713 y el artículo 14 establecido por la misma, el que indica que “el establecimiento del límite máximo de captura por armador a que se refiere este título no constituirá derecho alguno en asignaciones de cualquier tipo que se efectúen en el futuro”¹³¹.

En seguida, señalan que no existiría derecho de propiedad alguno sobre las autorizaciones de pesca indefinidas, respaldándose en las sentencias del Tribunal Constitucional que esgrimen la diferencia entre autorización y concesión, excluyendo un derecho de propiedad sobre las autorizaciones¹³².

Finalmente, argumentan que la función social, como ha señalado el mismo Tribunal Constitucional “se aplica prima facie, a todas clases y especies de propiedad, incluyendo la propiedad sobre bienes incorpóreos” y que “el privado no puede impedir que una necesidad pública modifique la cuantía del lucro que venía percibiendo”¹³³.

El Tribunal Constitucional rechazó el requerimiento interpuesto, sosteniendo que:

i) No sería el Proyecto de Ley el que establece las diferencias arbitrarias, ya que tal diferencia “viene impuesta desde hace más de dos décadas por el hecho objetivo y real de no existir más recursos que capturar dentro de pesquerías que se encuentran copadas y en nivel de plena explotación”¹³⁴;

ii) El hecho de quitarle las autorizaciones de pesca a los armadores históricos para subastar las cuotas con tal de abrir el mercado, es similar a realizar una subasta de los terrenos donde alojan legalmente los colonos¹³⁵;

¹³⁰ Tribunal Constitucional. Sentencia en causa rol 2386 de 2013, p. 6.

¹³¹ A modo de ejemplo, el entonces diputado Pablo Galilea (que al momento de la interposición del requerimiento ocupaba el cargo de Subsecretario de Pesca), señaló “indudablemente [el Proyecto de la Ley N°19.713] ordena al sector en su carácter transitorio, termina con la “carrera olímpica”, no constituye derechos adquiridos - son las mismas cuotas globales para los mismos actores industriales y artesanales [...]. Requerimiento ante el Tribunal Constitucional rol 2386 de 2013, p. 22.

¹³² En específico, las sentencias del tribunal constitucional en la causa rol N°467-06, considerandos 40 y 41 y en la causa rol N°1849 de 2010, considerando 38.

¹³³ Requerimiento ante el Tribunal Constitucional, causa rol 2386 de 2013, p.29. Cita a la Sentencia del Tribunal Constitucional “Peajes de Transmisión Eléctrica” rol 506-06.

¹³⁴ Tribunal Constitucional. Sentencia en causa rol N°2386 de 2013, considerando octavo, p. 20.

¹³⁵ Tribunal Constitucional. Sentencia en causa rol N°2386 de 2013, considerando décimo primero, p. 21.



iii) Los artículos impugnados no tendrían como efecto la creación de privilegios para grupos determinados ni la generación de una discriminación arbitraria, por cuanto “del hecho que -a posteriori- la ley ocasione ciertos efectos positivos para singulares armadores, no se infiere que se haya legislado -a priori- con el solo designio de obsequiarles gratuitamente una ventaja particular, con ausencia de causas basadas en el interés general”¹³⁶ y, además, que aquel trato jurídico relativo a los primeros no aparece caprichoso o antojadizo, al tener como sustento intelectual un hecho atendible y con clara connotación racional “cual es haberse valorado su presencia histórica como armadores, de modo que sosteniéndose en unas autorizaciones de que fueron legítimos destinatarios, han ejercido efectivamente la actividad y contribuido al desarrollo del rubro”¹³⁷.

iv) Por último, consagra que el régimen de pesca, no obstante no tener referencia explícita en la Constitución, se encuentra plenamente protegido e integrado por el artículo 19 N°23 de la Constitución Política, que consagra la libre apropiabilidad de los bienes. Relaciona dicho artículo con la regulación de la ocupación como modo de adquirir el dominio en el Código Civil, en que se considera la pesca como una especie ocupación: “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”¹³⁸.

Así las cosas, al observar los argumentos esgrimidos por el Tribunal Constitucional en esta sentencia, se concluye que para dicho organismo existe un régimen de propiedad privada relativamente consolidado sobre las autorizaciones de pesca y que, además, consideran que existiría un derecho de libre apropiabilidad sobre los recursos hidrobiológicos mediante la ocupación.

En segundo lugar, cabe mencionar la causa Rol 2387 de 2012¹³⁹ del Tribunal Constitucional, que revisa el requerimiento interpuesto por un grupo de Senadores, también durante la tramitación de la Ley N° 20.657, que modifica el acceso a la actividad pesquera industrial. En esta oportunidad, se solicitó al Tribunal Constitucional la declaración de inconstitucionalidad de las siguientes normas¹⁴⁰:

(i) el nuevo artículo 27, relativo a la regulación de la subasta pública del 15% de la cuota industrial de una pesquería sujeta a régimen de plena explotación y administrada con cuota global de captura una vez se encuentre en un nivel igual o superior al 90% de su rendimiento máximo sostenible.

(ii) la nueva letra c) del artículo 3, que regula la fijación de cuotas anuales de captura por especie en un área determinada o cuotas globales de captura.

El requerimiento argumenta, con base en la vulneración del artículo 19 N°2, sobre la igualdad ante la ley y del artículo 19 N°22, sobre la no discriminación arbitraria en materia económica, que

¹³⁶ Tribunal Constitucional. Sentencia en causa rol N°2386 de 2013, considerando décimo tercero, p. 22

¹³⁷ Tribunal Constitucional. Sentencia en causa rol N°2386 de 2013, considerando décimo quinto, p. 24

¹³⁸ Tribunal Constitucional. Sentencia en la causa rol N°2386 de 2013, considerando décimo sexto, p. 24 y 25

¹³⁹ Requerimiento presentado por un grupo de Senadores, para que se declare la inconstitucionalidad del artículo 1°, numerales 20, 3, letra c) y 48 del Proyecto de Ley que “modifica en el ámbito de la sustentabilidad de recursos hidrobiológicos, acceso a la actividad pesquera industrial y artesanal y regulaciones para la investigación y fiscalización, la ley General de Pesca y Acuicultura contenida en la ley N° 18.892 y sus modificaciones”, contenido en el Boletín N° 8091-21. Refundido con causa rol N°2388, requerimiento de un grupo de Diputados, que representan más de la cuarta parte de los miembros en ejercicio de la Cámara de Diputados, para que se declare la inconstitucionalidad del artículo 1°, numeral 20; letra c) número 3 y número 48 del Proyecto de Ley General de Pesca y Acuicultura contenida en la ley N° 18.892 y sus modificaciones”, contenida en el boletín N° 8091-21. En causa rol N°2387 de 2012, del Tribunal Constitucional.

¹⁴⁰ También se impugnó otro artículo relacionado con pueblos indígenas (independiza el registro pesquero artesanal de la Isla de Pascua con respecto al del continente), alegando discriminación arbitraria y vulneración de la norma de rango constitucional que obliga a realizar Consultas a los pueblos indígenas cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente. Tal argumentación no se expone por exceder el objeto de este informe, cuál es el derecho de propiedad.



la aplicación de los artículos impugnados conllevaría a la creación de diferencias arbitrarias. Esto sería así ya que la asignación de cuotas que hace la ley es exclusivamente a aquellas personas que cuenten con derechos históricos, esto es, a 7 familias (Angelini, Stengel, Sarquis, Cruz, Cifuentes, Jiménez e Izquierdo) dueñas de 3 mega consorcios pesqueros que controlan el 92% de la capacidad pesquera industrial del país, y un grupo de pescadores artesanales que representando el 10% del total, capturan el 90% de dicha cuota¹⁴¹. Así, esta ley otorgaría un privilegio para aquel grupo “en perjuicio de todas las personas y especialmente de aquellas pertenecientes a los pueblos originarios de Chile, que con mejores derechos - más que históricos, ancestrales- no han sido considerados como sujetos susceptibles de ser asignatarios de ningún tipo de cuota de pesca”¹⁴².

El Tribunal desestimó el recurso, sosteniendo que “las argumentaciones con las que se intenta demostrar las pretendidas infracciones constitucionales adolecen de una evidente generalidad e imprecisión que, sumada a la falta de una conexión clara con los textos impugnados y a la circunstancia de que aparecen mezcladas o dependientes del cuestionamiento principal, esto es, del incumplimiento de normas del Convenio 169, no logran articular un razonamiento constitucional consistente que alcance a configurar una real cuestión de constitucionalidad, de aquellas a que alude el N° 3 del artículo 93 de la Carta Fundamental”¹⁴³.

2. PROHIBICIÓN DE PESCAR LA JIBIA MEDIANTE PESCA DE ARRASTRE

La Ley N°21.134 contiene un artículo único que prohíbe la pesca de arrastre para la captura de la jibia, con el objeto de preservar la biodiversidad marina fuertemente depredada. Dicha ley dio lugar a dos requerimientos que intentaron ser declarados su inconstitucionalidad. Esta ley, en específico señala que “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 requirentes solicitaron la declaración de inconstitucionalidad de la aplicación de dicho artículo en los casos concretos que describen, alegando la vulneración del derecho de propiedad sobre su autorización de pesca, que incluiría como elemento esencial el arte de pesca por el cual se autoriza a capturar, en este caso el arrastre.

En primer lugar, la empresa Pacific Blu, titular de tres autorizaciones para realizar actividades pesqueras extractivas en tres naves, con el arte de pesca de arrastre sobre el recurso jibia, solicitó a la Subsecretaría de Pesca y Acuicultura certificados de transferencia de tales autorizaciones - que harían las veces de certificado de dominio vigente¹⁴⁴-, esta institución los emitió con la prevención de que las respectivas naves deben dar cumplimiento a la prohibición del uso del método de arrastre, contenida en la Ley N°21.134.

Frente a esto, Pacific Blu interpuso una demanda de declaración de mera certeza y de nulidad de derecho público en contra del Fisco de Chile, con el objeto de declarar que la mencionada Ley N°21.134 no se aplica con efecto retroactivo, y que en ese sentido los certificados emitidos por la Subsecretaría de Pesca y Acuicultura adolecerían de nulidad de derecho público. En este contexto, Pacific Blu interpuso un recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, del artículo único de la Ley N°21.134, sosteniendo que la ley no puede afectar las autorizaciones de pesca que integren en su descripción la pesca con arrastre y que hayan sido otorgadas con anterioridad a la referida ley, por constituir derechos ingresados al patrimonio del requirente.

Lo anterior, pues de acuerdo a su interpretación, permitir la afectación que impone la Ley que prohíbe la pesca de arrastre, se vulneraría i) el derecho de propiedad de los titulares de las autorizaciones de pesca y de las cuantiosas inversiones realizadas por éstos en forma previa (artículo

¹⁴¹ Requerimiento en causa rol N°2387 del Tribunal Constitucional, p. 10.

¹⁴² Requerimiento en causa rol N°2387 del Tribunal Constitucional, p. 10.

¹⁴³ Tribunal Constitucional. Sentencia en causa rol N°2387, considerando 6°.

¹⁴⁴ Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad interpuesto por PacificBlu SpA, en causa rol N°8728-202, del Tribunal Constitucional, p.7



19 N°24 CPR); (ii) el artículo 19 N°26 de la Constitución por afectarse el derecho de propiedad en su esencia; (iii) el artículo 19 N°2 de la Constitución, pues existiría una discriminación arbitraria respecto de quienes realizan actividades pesqueras extractivas sobre el recurso jibia con arte de pesca de arrastre; (iv) la garantía establecida en el artículo 19 N°22 de la Constitución, toda vez que en dicha norma se garantiza la no discriminación arbitraria “en el trato que deben dar el Estado y sus organismos en materia económica” y (v) la garantía derecho a desarrollar cualquier actividad económica lícita consagrado en el art. 19 N°21 de la Constitución”¹⁴⁵⁻¹⁴⁶.

Se vulnerarían tales derechos pues se considera que el arte de pesca con el que se realiza la captura es parte de los elementos de la esencia de la autorización de pesca, configurándose así una privación del dominio y no una mera limitación. Para respaldar sus argumentos, se citan las sentencias del Tribunal Constitucional (STC 334-01, STC 505-06 y STC 15-82), las que sostienen que (i) hay privación del dominio no sólo cuando se despoja de él a su dueño sino también si se impide ejercer libremente el derecho; (ii) no se puede legitimar cualquier regulación o limitación sin considerar su impacto sobre el derecho de propiedad; y (iii) en materia civil, no se puede, por medio de la retroactividad de la ley, violar la garantía constitucional del derecho de propiedad. Así, el requirente sostiene que la aplicabilidad de la ley en comento sería constitucional sólo respecto de las autorizaciones de pesca que se otorguen a futuro.

Además, el requirente sostuvo que la aplicación del artículo impugnado les impediría realizar su actividad económica, ya que los obligaría a cambiar la estructura de las embarcaciones para poder pescar con potera en vez de arrastre, para lo que deberían, a su vez, utilizar barcos fábricas o factorías (con tal de poder procesar en el mismo barco el producto)¹⁴⁷, lo que sería imposible ya que el artículo 162 de la Ley de Pesca prohíbe la operación de este tipo de barcos en el área donde operan.

En seguida, en la Causa Rol 8614-2020¹⁴⁸ se revisó un requerimiento de inaplicabilidad de la empresa LANDES, en contra del mismo artículo único de la Ley 21.134. En este caso, al igual que lo sucedido con Pacific Blu, se indicó en los certificados de transferencia el deber de que las naves cumplan con no utilizar pesca de arrastre como mecanismo de extracción. Ello motivó la interposición de un recurso de protección, por vulnerarse, a su juicio, las garantías de libertad económica y propiedad consagradas en la Constitución.

En este contexto, se presentó el recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo único de la ley N°21.134, ante el Tribunal Constitucional, sosteniéndose que sería inconstitucional aplicar esta ley a aquellas autorizaciones otorgadas con anterioridad a su entrada en vigencia, considerando admisible su aplicación sólo respecto de las que se otorguen a futuro. Ello pues, su

145 Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad interpuesto por PacificBlu SpA, en causa rol 8728-202, del Tribunal Constitucional. p.5

146 Artículo 19 n°2: “[...] En Chile no hay persona ni grupo privilegiados [...] Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias”.

Artículo 19 n°21: “El derecho a desarrollar cualquiera actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional, respetando las normas legales que la regulen”.

Artículo 19 n°22: “La no discriminación arbitraria en el trato que deben dar el Estado y sus organismos en materia económica. [...]”;

Artículo 19 n°23: “La libertad para adquirir el dominio de toda clase de bienes, excepto aquellos que la naturaleza ha hecho comunes a todos los hombres o que deban pertenecer a la Nación toda y la ley lo declare así”.

Artículo 19 n°24: El derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales o incorporales. [...] Nadie puede, en caso alguno, ser privado de su propiedad, del bien sobre que recae o de alguno de los atributos o facultades esenciales del dominio, sino en virtud de una ley general o especial que autorice la expropiación por causa de utilidad pública o de interés nacional”.

147 Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad interpuesto por PacificBlu SpA, en causa rol N°8728-202, del Tribunal Constitucional. p.12.

148 Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por Sociedad Pesquera LANDES S.A., en causa rol N°8614-2020 del Tribunal Constitucional, respecto del artículo 5°; inciso tercero, del Decreto Supremo N° 430, de 1992, del entonces Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción (Ley General de Pesca y Acuicultura), en el proceso rol N° 42.027-2019, sobre recurso de protección seguido ante la Corte de Apelaciones de Valparaíso.



aplicación vulneraría los derechos de libertad económica, propiedad y la prohibición de afectar la esencia de los derechos, garantizados por la Constitución (artículo 19 N°21, 24 y 26).

En particular, sostuvieron que (i) la única limitación impuesta por la Constitución Política al libre desarrollo de cualquier actividad económica, son la moral, el orden público o a la seguridad nacional, dentro de las que no cabría la limitación impuesta por la Ley N°21.134¹⁴⁹ y (ii) que a pesar de que este numeral autoriza el establecimiento de limitaciones al derecho de propiedad en virtud de su función social y la conservación de patrimonio ambiental, la referida ley no constituye una limitación sino una privación de unos de los atributos esenciales del dominio sobre las autorizaciones de pesca, lo que implicaría una expropiación y la correspondiente indemnización¹⁵⁰. Además, afirmaron que:

“Si la autoridad aplica la ley N°21.134 a las autorizaciones de pesca de esta parte, 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.”¹⁵¹.

La sentencia del Tribunal Constitucional rechazó el requerimiento. En primer lugar, resaltó la calidad de bien nacional de uso público del mar adyacente (artículo 589 del Código Civil) y la facultad que tiene el Estado de Chile para regular la explotación de los recursos hidrobiológicos ¹⁵²⁻¹⁵³.

En segundo lugar, el Tribunal estableció que “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” y que el deber constitucional de consecución del bien común incluye “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)”¹⁵⁴. En este sentido, plantea que se configura un deber estatal de preservar la naturaleza, lo cual también se gesta como directriz constitucional sobre el legislador.

En tercer lugar, confirma la posición dada en la Sentencia en la causa Rol 2386-12, sobre que los recursos hidrobiológicos constituirían *res nullius*. No obstante, precisa, sobre la posibilidad de reglamentar la ocupación de las especies *res nullius* como modo de adquirir el dominio, que “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

149 Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por Sociedad Pesquera LANDES S.A. en causa rol 8614-2020 del Tribunal Constitucional, p.30.

150 Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por Sociedad Pesquera LANDES S.A., en causa rol 8614-2020 del Tribunal Constitucional, p.31 y 32

151 Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por Sociedad Pesquera LANDES S.A. en causa rol 8614-2020 del Tribunal Constitucional, p.28.

152 Tribunal Constitucional. Sentencia en causa rol N°8614 de 2020, Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por Sociedad Pesquera LANDES S.A., respecto del artículo 5°, inciso tercero, del Decreto Supremo N° 430, de 1992, del entonces Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción (Ley General de Pesca y Acuicultura), en el proceso rol N° 42.027-2019, sobre recurso de protección seguido ante la Corte de Apelaciones de Valparaíso.

153 Basó tal razonamiento en el artículo 56 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, en que se establece que en la zona económica exclusiva los Estados tienen jurisdicción para, entre otras cosas, la protección y preservación del medio marino; en el artículo 596 del Código Civil, en que se dispone que en la zona económica exclusiva 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 en el artículo 1° A de la Ley General de Pesca y Acuicultura, en que se reconoce al Estado “el derecho de regular la exploración, explotación, conservación y administración de los recursos hidrobiológicos y sus ecosistemas existentes en todos los espacios marítimos” 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”.

154 Tribunal Constitucional. Sentencia en causa rol N°8614-2020, considerando décimo primero y siguientes. p. 23.



determine la ley” y que “el derecho a la propiedad se precisa en el de adquirirlos de acuerdo con las bases consagradas por el mismo legislador”¹⁵⁵.

A ello agregó que esta habilitación para regular el modo de adquirir el recurso está especialmente consagrada en la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, que integra reglas específicas a aplicar en relación al deber estatal de preservación del recurso marino. La sentencia determina que “para garantizar tales obligaciones internacionales, el Estado ha de ajustarse al principio precautorio a través de un enfoque ecosistémico”¹⁵⁶.

Luego, enfatiza en la diferencia entre las concesiones y las autorizaciones, en el sentido de que las primeras serían creadoras de derechos, mientras que las segundas habilitarían para el ejercicio de derechos. Así, dado que mediante el otorgamiento de una autorización no se crean nuevos derechos, sino que se levanta una barrera para habilitar su ejercicio, concluye que la autorización administrativa “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”¹⁵⁷.

Por otro lado, ante la alegación por parte de LANDES de una afectación de su derecho de propiedad sobre la autorización de pesca, en cuanto la facultad de extraer la jibia mediante arrastre constituiría un atributo esencial del dominio, el Tribunal se remite a diversas sentencias anteriores en las que ha confirmado que no existe derecho de propiedad sobre las normas, desechando así la argumentación esgrimida por el requirente. En específico señaló:

“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°)”¹⁵⁸.

En la misma línea de argumentación, razona que la norma impugnada por el requerimiento es un asunto de política pública, y que las leyes administrativas y de orden público rigen in actum; estando plenamente habilitado el legislador para modificar la legislación bajo la cual se otorgó la autorización de pesca. A mayor abundamiento, específicamente en este caso se justifica dicha modificación por cuanto se realiza en el cumplimiento de su deber Constitucional de preservar la naturaleza, y en aplicación tanto del enfoque precautorio como el ecosistémico.

Finalmente, el Tribunal desechó la alegación sobre la afectación del derecho a desarrollar actividades económicas, señalando, en primer lugar, que el artículo 19 n°21 de la Constitución establece como límite a tal derecho, el ajuste a las normas legales que regulen la actividad económica en cuestión y que, dado que la actividad de la pesca incide en la conservación de los recursos hidrobiológicos, hay otros intereses y derechos a ponderar a la hora de regular dicha actividad, referidos al deber Estatal de conservación del patrimonio ambiental. Además, indicó que por medio de la norma el legislador persigue un desarrollo sustentable del recurso y la aplicación del enfoque precautorio, y que en la tramitación de la ley se dejó en claro por diversos expertos de la idoneidad del medio – prohibir la pesca de arrastre- para la consecución del fin – propender hacia la sustentabilidad del recurso. Así, “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 apropiación

155 Tribunal Constitucional. Sentencia en causa rol 8614-2020, considerando décimo séptimo. p. 27.

156 Tribunal Constitucional. Sentencia en causa rol 8614-2020, considerando vigésimo. p. 28.

157 Tribunal Constitucional. Sentencia en causa rol 8614-2020, considerando trigésimo séptimo. p. 41.

158 Tribunal Constitucional. Sentencia en causa rol 8614-2020, considerando trigésimo cuarto, p. 38.



bilidad del recurso, por lo que resulta del todo proporcional”¹⁵⁹.

Así las cosas, aparecen como los argumentos más importantes de la sentencia, la idea de que integrar en un patrimonio un cierto derecho, no incluye apropiarse también de la legislación vigente en ese momento, pudiendo ésta modificarse posteriormente con el objeto de regular el ejercicio de tal derecho. Por otro lado, que según el artículo 19 N°23 la libre apropiabilidad de los bienes debe enmarcarse en la normativa vigente, la que debe responder a la facultad y deber del Estado de regular la explotación de los recursos hidrobiológicos, tendiendo a su desarrollo sostenible. A su vez, este deber se extiende también a la regulación del derecho a desarrollar actividades económicas consagrado en el artículo 19 N°21 de la Constitución, en este caso, el desarrollo de la actividad pesquera. Por último, la diferencia entre autorización y concesión es también punto clave de la argumentación sostenida, en cuanto la autorización es sólo un mecanismo que habilita el ejercicio de un derecho, y en ese sentido no existiría derecho alguno susceptible de ser expropiado.

Este caso es relevante pues, por un lado, la pretensión del requirente pone en jaque de manera directa la preservación de los ecosistemas marinos basándose el derecho de propiedad y, por el otro, en la argumentación del Tribunal Constitucional se visualizan herramientas contundentes en el ordenamiento jurídico que permiten defender el deber de preservación medioambiental frente al ejercicio del derecho de propiedad y del desarrollo de la actividad económica.

159 Tribunal Constitucional. Sentencia en causa rol 8614-2020, considerando quincuagésimo, p. 48.



VII. ANALISIS Y CONCLUSIONES

De la revisión realizada es posible identificar que la garantía constitucional del derecho de propiedad, consagrada en el artículo 19 N°24 de la Constitución Política de la República, fue contemplada como un derecho robusto a favor de los individuos (dimensión individual), pero que, a su vez, consideró como una dimensión esencial el deber de atender a su función social (dimensión social o colectiva).

Sin embargo, tal como se constata en materia de pesca y acuicultura, la interpretación generalizada de la garantía ha tendido a privilegiar su resguardo en su dimensión individual, erigiéndose como una verdadera barrera cuando el legislador intenta modificar la regulación con el fin de avanzar en materia de acceso a los recursos hidrobiológicos y de la protección ambiental.

Es así como, en el debate legislativo, el argumento de existir un derecho de propiedad por sobre las autorizaciones o concesiones que entrega el Estado para explotar los recursos hidrobiológicos es recurrente y, en la mayoría de los casos, ha primado por sobre los argumentos esgrimidos en contrario. Así, cuando se discutió sobre la posibilidad de limitar la vigencia de las autorizaciones para permitir el ingreso de nuevos competidores y para resguardar la sostenibilidad de los recursos, primaron las consideraciones que sostienen que ello sería una afectación a los derechos de propiedad de la industria.

Ello ha significado, por un lado, que se permitiera la sobrevivencia de las autorizaciones de pesca y concesiones de acuicultura indefinidas bajo el amparo del derecho de propiedad constitucional y, por el otro, que, en la práctica, se permitiera la convivencia de dos estándares distintos en materia de sustentabilidad, en que solo un grupo se encuentra afecto a las causales de no-renovación por incumplimientos ambientales.

Por su parte, el Tribunal Constitucional por mucho tiempo hizo eco de estas argumentaciones, confirmando que las autorizaciones de pesca cuentan con la protección constitucional del derecho de propiedad, y con ello, permitiendo que prime la idea de que no es posible modificar, mediante un cambio regulatorio, una autorización ya otorgada sin caer en una afectación de la esencia del derecho de propiedad, en incluso en una expropiación regulatoria. Con ello se han avalado las alegaciones que generan una propietarización de las autorizaciones entregadas por el Estado¹⁶⁰.

Afortunadamente, el reciente fallo dictado a raíz de la prohibición de la pesca de arrastre para la extracción de la Jibia, que reconoce que el Estado puede limitar otros derechos, para cumplir con su deber de protección ambiental, y descarta la existencia de un derecho de propiedad sobre las autorizaciones de pesca, sienta un gran precedente en la línea de reconocer que la propiedad no solo tiene una dimensión individual, sino también colectiva, que podrá ser puesto a prueba a la hora de tramitar las diversas iniciativas parlamentarias que buscan prohibir la pesca de arrastre para otros recursos, como la merluza¹⁶¹, ya que muy posiblemente surgirán voces que buscarán su rechazo, obstaculizando en los hechos la posibilidad de protección de los ecosistemas marinos.

Finalmente, importante es considerar que las discusiones generadas, atravesadas, por el debate sobre la calidad de bienes apropiables o no de los recursos hidrobiológicos, pueden tener su origen en la inexistencia de una referencia explícita por la actual Constitución a los recursos hidrobiológicos y al mar, delimitándose su calidad de bienes apropiables o bienes inapropiables a nivel legal. Pero, además, pueden tener su origen en la debilidad con que se ha concebido a la función social de la propiedad, dimensión fundamental de una institución que, aunque sea fuerte, requiere convivir armónicamente con el interés común de la nación.

¹⁶⁰ Entrevista Dominique Hervé.

¹⁶¹ Proyectos mencionados en la Tabla 2.



Para efectos de cumplir con sus objetivos y obligaciones, pareciera que el Estado debe tener la capacidad de administrar y regular las actividades que tengan incidencia sobre el medio ambiente, en tanto es un bien que nos pertenece a todos y que está estrechamente relacionado con la sustentación de la vida. En este sentido, reconocer a los recursos hidrobiológicos como bienes de todos los chilenos y relevar la función social de la propiedad a favor del bien común y de la sustentabilidad¹⁶² (ajustándose para ello a los requisitos y resguardos legales), podrían ser pasos esenciales para lograr la efectiva protección de los ecosistemas marinos.

162 Entrevista diputada Camila Rojas.



VII. BIBLIOGRAFÍA

TEXTOS

1. ALDUNATE, Eduardo (2006): Limitaciones y expropiación: Scilla y Caribdis de la dogmática constitucional, en: Revista Chilena de Derecho. 2(33):285-303.
2. AGUILA, Raquel (2019): Derecho de propiedad en Chile: Hacia una concepción no liberal, en: Revista de Estudios urbanos y Rurales Vol.2. N°4: pp. 22-23.
3. ATRIA, Fernando (2013): La Constitución Tramposa. (Santiago, Editorial LOM) p. 34-35
4. BANDA, Alfonso (1988) Medio ambiente y función social del dominio, en: Revista de Derecho.
5. BORDALÍ, Andrés (1998): La función social como delimitación interna e inherente del derecho de propiedad y la conservación del patrimonio ambiental, en: Revista de Derecho, N°9: 153-172.
6. BRONFMAN, Alan; MARTÍNEZ, José Ignacio, y NÚÑEZ, Manuel (2012): Constitución Política Comentada. Parte Dogmática. Doctrina y Jurisprudencia (Santiago, Abeledo-Perrot).
7. Carmona, Carlos y Navarro, Enrique (2015): Recopilación de Jurisprudencia del Tribunal Constitucional (1981-2015). Cuadernos del Tribunal Constitucional, N°59.
8. CORDERO, Eduardo (2008): De la propiedad a las propiedades. La evolución de la concepción liberal de la propiedad, en: Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. N°31: pp. 493 – 525.
9. CORDERO, Eduardo (2006): La dogmática constitucional de la propiedad en el derecho chileno. En: Revista de derecho (Valdivia), vol.19, N°1: pp.125-148.
10. CEA EGAÑA, José Luis (2012). Derecho Constitucional, Tomo II (Santiago, Ediciones UC, segunda edición).
11. CORDERO, Luis (2015): Lecciones de derecho administrativo (Santiago, Thompson Reuters, segunda edición).
12. FERRADA, Juan Carlos (2015): El derecho de propiedad privada en la Constitución Política de 1980, en: BASSA et al. (edit.) La Constitución chilena. (Santiago, Editorial LOM).
13. FUENTES, Jessica (2012): La autorización de pesca y el derecho de propiedad, en: Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, N°38:543 – 571.
14. FUENTES, Ximena (2013). La Jerarquía y el Efecto Directo del Derecho Internacional en el Sistema Jurídico Chile. En: Una Vida en la Universidad de Chile. Celebrando al Profesor Antonio Bascañán Valdés, Thomson Reuters.
15. GUILOFF, Matías (2011): El dilema del artículo 19 N°8 inciso 2. Revista de Derecho Universidad Católica del Norte Sección: Estudios. 1(18): 147-169.
16. GUILOFF, Matías (2018): La expropiación regulatoria: Una doctrina impertinente para controlar la imposición de límites al derecho de propiedad privada en la Constitución chilena. *Ius et Praxis* [online], 2(24):621-648.
17. MOLINA, Hernán (2011) Derecho Constitucional (11° edición). Santiago, Chile. LegalPublishing.
18. NASH, Claudio (2012). Derecho internacional de los derechos humanos en Chile: recepción y aplicación en el ámbito interno. Centro de Derechos Humanos, Universidad de Chile.
19. PEÑA, Julio (1996): Regulación pesquera en Chile: una perspectiva histórica. Cuadernos de Economía. N°100. PP. 367-395. [En línea] <http://economia.uc.cl/docs/100penaa.pdf>
20. PERALTA, Ximena y YAÑEZ, Isabel (2019): La función social de la propiedad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno, en: Revista de Derecho Público, N°19.
21. QUINTANILLA, Álvaro (2004): Corte Suprema en caso Lolco: no hay responsabilidad estatal por actos lícitos. El ocaso de la doctrina Galletué. En: Consejo de Defensa del Estado, en: Revista de Derecho, N°12, diciembre 2004.
22. RUIZ-TAGLE, Pablo (2006): La trampa del neopresidencialismo: la Constitución 'Gatopardo', e: CRISTI, Renato y RUIZ-TAGLE, Pablo (edit.), La República en Chile. Teoría práctica del Constitucionalismo Republicano (Santiago, LOM ediciones).
23. RUIZ-TAGLE. Pablo (2006): El constitucionalismo chileno: entre el autoritarismo y la democracia. En: CRISTI, Renato y RUIZ-TAGLE,



Pablo (2006). p. 131 y siguientes y CEA EGAÑA, José Luis (2015): Derecho Constitucional Chileno. Tomo I. (Santiago, Ediciones UC, segunda edición).

24. SERNAPESCA (2017). Desembarque total. [En línea] http://www.sernapesca.cl/sites/default/files/desembarque_total_2017_1.pdf

25. SUBPESCA (s.f): Características del Sector de la Pesca y Acuicultura Chilena [En línea] <http://mardechile.cl/wordpress/wp-content/uploads/Caracter%C3%ADsticas-de-del-Sector-de-la-Pesca-y-Acuicultura-Chilena-2.pdf>

26. SUBPESCA (2020). Estado de situación de las principales pesquerías chilenas, año 2019. [en línea] <http://www.subpesca.cl/portal/618/w3-article-107314.html>

27. VERGARA, Alejandro (1980) La summa diviso de bienes y recursos naturales en la constitución de 1980. Ius Publicum N°12, 2004.

HISTORIA DE LA LEY Y PROYECTOS DE LEY

1. BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. Historia de la Ley N° 20.657. [En línea] https://www.bcn.cl/historiadelaley/fileadmin/file_ley/4452/HLD_4452_37a6259cc0c1dae299a-7866489dff0bd.pdf

2. BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. Historia de la Ley N° 20.434. [En línea] https://www.bcn.cl/historiadelaley/fileadmin/file_ley/4810/HLD_4810_a4ebcee3a847cb6f93aeb-78cfa95dbf.pdf

3. BOLETÍN N°11.704-21, Modifica la Ley General de Pesca y Acuicultura, en lo relativo a las licencias transables de pesca e incorpora normas para prevenir la pesca ilegal. Presentación: 05/2018. [En línea] www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php?boletin_ini=11704-21

4. BOLETÍN N°12013-21. Modifica la ley N°18.892, General de Pesca y Acuicultura, en materia de dominio sobre los recursos hidrobiológicos, y regulación del acceso a los mismos. Presentación: 08/2018. [En línea] www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php?boletin_ini=12013-21

5. CENC (1975 a): Actas oficiales de la Comisión Constituyente Sesión 116a, celebrada en Jueves 24 de abril de 1975, p, 891 [En línea] https://www.bcn.cl/lc/cpolitica/constitucion_politica/

[Actas_comision_ortuzar/Tomo_IV_Comision_Ortuzar.pdf](https://www.bcn.cl/lc/cpolitica/constitucion_politica/Actas_comision_ortuzar/Tomo_IV_Comision_Ortuzar.pdf)

6. CENC (1975 b): Actas oficiales de la Comisión Constituyente, Sesión 149ª, celebrada en Martes 2 de septiembre de 1975 [En línea] https://www.bcn.cl/lc/cpolitica/constitucion_politica/Actas_comision_ortuzar/Tomo_V_Comision_Ortuzar.pdf

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

1. Tribunal Constitucional. Sentencia en causa rol N°43 de 1987 Control de constitucionalidad respecto del Proyecto de Ley orgánica constitucional de los partidos políticos.

2. Tribunal Constitucional. Sentencia en causa rol N°331 de 2001. Requerimiento presentado por un grupo de Senadores respecto del Proyecto de Ley que modifica el Decreto Ley N°3.500, de 1980, que establece normas relativas al otorgamiento de pensiones a través de la modalidad de rentas vitalicias.

3. Tribunal Constitucional. Sentencia en causa rol N°334 de 2001. Requerimiento presentado por un grupo de Senadores respecto del Proyecto de Ley que modifica el Decreto Ley N°3.500, de 1980, que establece normas relativas al otorgamiento de pensiones a través de la modalidad de rentas vitalicias (23.07.2001).

4. Tribunal Constitucional. Sentencia en causa rol N°467 de 2006, Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucional presentado por la Sociedad Visal Ltda. respecto del inciso segundo del artículo 23 de la Ley N°19.542, que moderniza el Sector Portuario Estatal, en la causa caratulada “Sociedad Visal Ltda. con Empresa Portuaria de Arica”, seguida ante el Primer Juzgado Civil de Arica, considerandos 36, 37 y 42.

5. Tribunal Constitucional. Sentencia en causa rol N°505 de 2006. Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por la Empresa Eléctrica Panguipulli S.A. respecto del artículo 3° transitorio de la Ley N° 19.940, en la causa 11786-04 de la Corte de Apelaciones de Santiago.

6. Tribunal Constitucional. Sentencia en causa rol N°1298 de 2009. Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de Anita del Carmen Gatica Fuentes y Olga Rosa Gatica Fuentes, respecto de los artículos 15° y 16° del Decreto Ley 2.695, en rol 767 – 2006 de la Cor-



te de Apelaciones de Chillán.

7. Tribunal Constitucional. Sentencia en causa rol N°1655 de 2010, Requerimiento de 34 Honorables Diputados del Proyecto de Ley que modifica la Ley General de Pesca y Acuicultura N° 18.892, contenido en el Boletín N° 6.365-21.

8. Tribunal Constitucional. Sentencia en causa rol N°1849 de 2010. Requerimiento de inconstitucionalidad de 36 señores diputados del Decreto Supremo N° 264, del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, de 6 de octubre de 2010.

9. Tribunal Constitucional. Sentencia en causa rol N°1863 de 2010. Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por Compañía Nacional de Fuerza Eléctrica S.A. respecto del artículo 41, inciso final, del DFL N° 850 de 1997, del Ministerio de Obras Públicas en los autos Rol N° 4617-2009 sobre cobro de pesos en juicio de hacienda sustanciados ante el Tercer Juzgado de Letras de La Serena.

10. Tribunal Constitucional. Sentencia en causa rol N°2386 de 2012, Requerimiento presentado por un grupo de Senadores, que representan más de la cuarta parte de los miembros en ejercicio, para que se declare la inconstitucionalidad de los artículos 1°, numeral 19 y segundo transitorio del Proyecto de Ley que “modifica en el ámbito de la sustentabilidad de recursos hidrobiológicos, acceso a la actividad pesquera industrial y artesanal y regulaciones para la investigación y fiscalización, la ley General de Pesca y Acuicultura contenida en la ley N° 18.892 y sus modificaciones”, contenido en el Boletín N° 8091-21.

11. Tribunal Constitucional. Sentencia en causa rol N°2387 de 2012. Requerimiento presentado por un grupo de Senadores, que representan más de la cuarta parte de los miembros en ejercicio, para que se declare la inconstitucionalidad de los artículos 1°, numeral 19 y segundo transitorio del Proyecto de Ley que “modifica en el ámbito de la sustentabilidad de recursos hidrobiológicos, acceso a la actividad pesquera industrial y artesanal y regulaciones para la investigación y fiscalización, la ley General de Pesca y Acuicultura contenida en la ley N° 18.892 y sus modificaciones”, contenido en el Boletín N° 8091-21.

12. Tribunal Constitucional. Sentencia en causa

rol N°2683 de 2014. Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por la Confederación de Empleados Particulares de Chile respecto del artículo 9° de la Ley N° 18.689, en los autos ordinarios, caratulados “Confederación de Empleados Particulares de Chile con Instituto de Normalización Previsional”, de que conoce el Primer Juzgado Civil de Viña del Mar, bajo el Rol N° C-3090-1999.

13. Tribunal Constitucional. Sentencia en causa rol N°8614 de 2020. Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por Sociedad Pesquera LANDES S.A., respecto del artículo 5°, inciso tercero, del Decreto Supremo N° 430, de 1992, del entonces Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción (Ley General de Pesca y Acuicultura), en el proceso Rol N° 42.027-2019, sobre recurso de protección seguido ante la Corte de Apelaciones de Valparaíso.

14. Tribunal Constitucional. Sentencia en la causa rol N°245 del año 1996. Requerimiento de un grupo de Diputados y Senadores respecto del Decreto Supremo N° 1°, de 10 de enero de 1996, del Ministerio de Bienes Nacionales, publicado en el Diario Oficial de 6 de agosto del mismo año.

15. Tribunal Constitucional. Sentencia en la causa rol N°334 del año 2001. Requerimiento presentado por un grupo de Senadores respecto del Proyecto de Ley que modifica el Decreto Ley N° 3.500, de 1980, que establece normas relativas al otorgamiento de pensiones a través de la modalidad de rentas vitalicias.

CORTE SUPREMA

1. Corte Suprema, Rol N°16743-1984, de 7 de agosto de 1984. “Galletué con Fisco”

2. Corte Suprema, Rol N° 4303-1992, de 8 noviembre 1994. “Rodríguez Guaita con Servicio Agrícola y Ganadero”.

3. Corte Suprema. Rol N°381-2004 “Agrícola Lolco con Fisco de Chile”.







El Derecho a Vivir en un Medio Ambiente Libre de Contaminación



RESUMEN EJECUTIVO



© Oceana | Claudio Almarza



El presente informe releva la importancia de la consagración constitucional del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación y el deber del Estado de garantizarlo y de velar por la preservación de la naturaleza en el artículo 19 N°8 de la Constitución. Sin embargo, destaca que dicha consagración, además de ser un hito en el reconocimiento de la protección del medio ambiente en la legislación nacional, también ha sido el origen de interpretaciones y debates sobre el alcance específico del derecho, que no siempre han favorecido la protección del medio ambiente. En este contexto, a partir de una revisión doctrinaria y jurisprudencial, se analizan tres puntos de debate relativos al inciso 1° del artículo 19 N°8 de la Constitución, que podrían ser zanjados con la redacción de un nuevo texto constitucional.

LA CONSAGRACIÓN DEL DERECHO A VIVIR EN UN MEDIO AMBIENTE LIBRE DE CONTAMINACIÓN

En el primer apartado, este informe muestra el debate sobre el contenido del concepto de medio ambiente. Se explica que, en un inicio, acorde con las discusiones de la CENC, se adoptó una interpretación restrictiva, que entendía que el concepto de medio ambiente solo comprendía elementos naturales. Sin embargo, tal interpretación fue dejada atrás luego de la dictación de la Ley 19.300, la que definió al medio ambiente como “el sistema global constituido por elementos naturales y artificiales de naturaleza física, química o biológica, socioculturales y sus interacciones” (artículo 2 letra II).

Al debate anterior, se sumó la discusión sobre la determinación del contenido del concepto “libre de contaminación”, existiendo i) dificultades interpretativas asociadas a las definiciones de “contaminación”, “contaminante” y “medio ambiente libre de contaminación” que existen en la Ley 19.300 y ii) interrogantes frente a aquellos casos en que el medio ambiente se ve dañado por razones diversas a la contaminación.

Sobre lo primero, mientras el concepto de contaminación estaría enfocado en la existencia de un parámetro legal que, de ser superado en elementos, sustancias u otros, da lugar a la contaminación, los conceptos de contaminante y libre de contaminación se centrarían en la existencia de un riesgo. Así, por un lado, estaremos frente a un medio ambiente libre de contaminación cuando los contaminantes se encuentran en concentraciones y períodos superiores o inferiores a aquellos susceptibles de constituir un riesgo para la salud de las personas o su calidad de vida y al medio ambiente y, por el otro, estaremos frente a un contaminante cuando un elemento constituya un riesgo a las personas o al medio ambiente.

La discusión es importante pues si se adopta la interpretación del parámetro legal, tendremos como consecuencia que, de no existir este parámetro (expresado en una norma), no podrá existir afectación del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Por su parte, si se adopta una posición centrada en el concepto de riesgo, la afectación del derecho se daría sin perjuicio de existir o no un parámetro legal que haya sido superado. Además, muestra que, si bien el Tribunal Constitucional ha adoptado la interpretación del parámetro legal, la Corte Suprema ha seguido el criterio del riesgo, entendiendo que habrá afectación del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación cuando los contaminantes se encuentran en concentraciones y períodos que los hacen susceptibles de constituir un riesgo para la salud de la población o el medio ambiente.



Sobre el segundo punto, es decir, sobre la posibilidad de que el medio ambiente se vea dañado sin estar frente a una situación de contaminación, el informe expresa que los Tribunales Superiores de Justicia han extendido el rango del derecho del artículo 19 N°8 de la Constitución, alejándose de los márgenes de la contaminación propiamente tal, para incluir bajo el manto del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, situaciones de degradación ambiental y de afectación del patrimonio ambiental y cultural. Esto, ya que se ha entendido que no solo la contaminación puede dañar el medio ambiente, existiendo otras acciones u omisiones que también tienen este efecto como, por ejemplo, la tala de árboles o la letalidad de especies marinas por efecto de una mala tecnología, la intervención de formaciones xerofíticas o el patrimonio histórico y cultural de un lugar.

De acuerdo con lo anterior, se expone que la consagración del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación podría no ser la más adecuada, existiendo otras, vinculadas al concepto de medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado, que, además de evitar la discusión sobre qué debemos entender por “libre de contaminación”, serían mejores relevando la relación del ser humano con el medio ambiente, permitiendo, además, alinear la Constitución a los estándares internacionales de derechos humanos.

LA FALTA DE PROTECCIÓN DEL DERECHO A VIVIR EN UN MEDIO AMBIENTE SANO EN SU DIMENSIÓN COLECTIVA: LA TUTELA MEDIANTE EL RECURSO DE PROTECCIÓN AMBIENTAL

En el segundo apartado se aborda la doble dimensión que se le ha atribuido al derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Este tendría tanto una dimensión como derecho subjetivo (referente a un individuo determinado) como una dimensión como derecho colectivo (referente a intereses supraindividuales o a la comunidad).

Su cariz de derecho subjetivo ha sido derivado de la misma redacción del artículo y de los mecanismos de justiciabilidad incorporados en la Constitución. El encabezado del artículo 19 señala “la Constitución asegura a todas las personas”, el N°8 consagra el derecho a “vivir” en un medio ambiente libre de contaminación y, la posibilidad de recurrir de protección está otorgada a “el que” sufra afectación de su derecho. Así, lo que importaría a la Constitución es que las personas, individualmente, no vean afectado su derecho.

Por su parte, la dimensión de derecho social colectivo o difuso del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación dice relación con que el resguardo del medio ambiente interesa a toda la comunidad, pues su conservación compromete las bases de la existencia como sociedad y nación, por lo que exige tomar determinadas acciones que permitan remover los obstáculos que impiden a las personas gozar plenamente de este derecho. Ello se traduce, en la Constitución, en el establecimiento de un deber activo para el Estado de garantizar el derecho y promover la conservación de la naturaleza y el patrimonio ambiental.

El informe plantea que la discusión sobre las dimensiones del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación tiene consecuencias cuando se habla de la titularidad sobre el derecho, es decir, cuando se intenta definir quién es el beneficiario con la protección de este. Si consideramos que es un derecho subjetivo, tendremos como consecuencia que será titular del derecho una persona determinada (afectada en su esfera individual), mientras que si se considera como derecho social colectivo o difuso debemos estimar que su titularidad corresponde a la comunidad o a todas las personas. Ello es importante para determinar quien tiene la capacidad de



hacer valer en juicio su derecho (legitimado activo), ya que, por lo general, el titular de un derecho tendrá la posibilidad de exigir la protección de este ante los tribunales.

El problema, en el contexto de la protección constitucional es que, en línea con el catálogo de garantías del artículo 19 de la Constitución y con el alcance del recurso de protección establecido, la Carta Magna solo consideraría protección del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación en su dimensión de derecho subjetivo quedando fuera la dimensión colectiva. En este sentido, el informe plantea que es reiterado por los Tribunales Superiores de Justicia, que el recurso de protección no es una acción popular, es decir, que no es una acción que se pueda interponer por cualquier persona para proteger el ordenamiento o destinada a proteger derechos colectivos.

EL OBJETO PROTEGIDO POR EL ARTÍCULO 19 DE LA CONSTITUCIÓN NO CONTEMPLA AL MEDIO AMBIENTE EN SÍ MISMO

En el último apartado, sobre la posibilidad de que el artículo 19 N°8 de la Constitución se extienda a la protección del medio ambiente en sí mismo, se revisan las opiniones de la doctrina, tendiente, en su mayoría, a descartar esta posibilidad.

Lo anterior, por un lado, debido a que su inclusión se habría hecho dentro del artículo 19° de la Constitución, el que establece un catálogo de garantías basadas en las personas y, por el otro, debido a que el numeral 8° del artículo busca proteger el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, el que se encuentra estrechamente ligado a otros derechos como a la vida, a la integridad física y psíquica y a la salud, todos derechos subjetivos asociados a una persona específica y no al medio ambiente en sí mismo.

En este sentido, se plantea que la Constitución habría declarado una preocupación basada en la relación del ser humano con el medio ambiente y no una preocupación por el medio ambiente en sí mismo, mostrando un marcado acento antropocéntrico, en que lo central es mantener o mejorar la calidad de vida de las personas.

En contraste, se destaca la existencia de voces que sostienen la importancia de reconocer el medio ambiente por su valor intrínseco, inclinándose por sistemas valóricos en que el medio ambiente se encuentra en el centro (ecocentrismo) e, incluso, por el reconocimiento de derechos a la naturaleza.

En este sentido, se sostiene que la postura que defendió la idea de reconocer derechos de la naturaleza en Chile fue desplazada por la visión antropocéntrica imperante y adoptada por la Constitución, pero que, en la actualidad se hace necesario volver a esa discusión, frente a la creciente concientización sobre la necesidad de proteger el medio ambiente, la crisis climática actual y el avance internacional en el reconocimiento de derechos a la naturaleza a nivel constitucional, legal y jurisprudencial como mecanismo para avanzar en la protección del medio ambiente.

Finalmente, se destaca que, sin perjuicio de que la mayoría de las causas ambientales han dejado de discutirse en sede constitucional desde la creación de los Tribunales Ambientales y a pesar del carácter antropocéntrico de la Constitución, la práctica jurisprudencial tiende a la moderación, pues se ha buscado y determinado la protección del medio ambiente en sí mismo, a través de la protección de los componentes del medio ambiente (suelo, aire, agua).



CONCLUSIONES

La conclusión del presente informe plantea que el contexto del proceso constituyente entrega una oportunidad para resolver los nudos de la actual Constitución en relación con el derecho al ambiente, hoy consagrado como “a vivir en un medio ambiente libre de contaminación”. En este sentido se destacan tres puntos:

- i) En primer lugar, se sostiene que avanzar en la protección del medioambiente podría asociarse al reconocimiento del derecho a un medio ambiente sano, adecuado y ecológicamente equilibrado, dejándose atrás las dificultades interpretativas del concepto “libre de contaminación”;
- ii) Luego, que, sin abandonar la dimensión de derecho subjetivo y su protección procesal a través del recurso de protección, es posible consagrar una acción popular o colectiva, que complemente y otorgue protección al medio ambiente en su dimensión de derecho colectivo.
- iii) Finalmente, que la crisis actual urge por tener discusiones éticas sobre el valor de la naturaleza y la necesidad de que el medio ambiente, en tanto sostenedor de la vida, se ponga en el centro. En este sentido, la posibilidad de reconocer derechos a la naturaleza aparece como una opción que permitiría avanzar en su protección.





CAPÍTULO III

EL DERECHO A VIVIR EN UN MEDIO AMBIENTE LIBRE DE CONTAMINACIÓN



© Oceana | Eduardo Sorensen



I. INTRODUCCIÓN

El 18 de octubre del año 2019 marcó un antes y un después en Chile. Una serie de eventos relacionados con el alza del precio del boleto del metro pusieron el foco de atención, entre otras cosas, en las dificultades que existen para avanzar en reformas legales debido al marco constitucional rígido que tiene nuestro país.

La respuesta institucional la entregó el parlamento en la madrugada del 15 de noviembre del 2019, alcanzando un acuerdo para cambiar la Constitución Política imperante. Dicho pacto, denominado “Acuerdo por la Paz Social y nueva Constitución” estableció el compromiso de los partidos políticos del país, con representación parlamentaria (con excepción del Partido Comunista y el Partido Humanista) de llamar a un plebiscito en el mes de abril del 2020, que resuelva dos preguntas: 1) ¿Quiere usted una Nueva Constitución? y 2) Qué tipo de órgano debiera redactar la Nueva Constitución? (Convención Mixta o Convención Constitucional) ¹.

Desde aquel acuerdo, el país se abocó al objetivo de concretar el Plebiscito Constitucional. Si bien este no pudo llevarse a cabo en la fecha estimada inicialmente, producto de la crisis sanitaria generada por la pandemia del Covid-19, se realizó sin contratiempos con fecha 25 de octubre de 2020, teniendo como resultado un avasallador resultado a favor del apruebo y de la convención constitucional.

Con ello, un importante proceso constituyente abre su camino, siendo tarea de todos y todas discutir sobre los desafíos que presentó la formulación de la Constitución Política de 1980, y las posibilidades que se abren en una nueva Constitución, por primera vez democrática.

En este contexto, y con el fin de enriquecer la discusión constitucional, es que nos hemos propuesto identificar cómo ha operado la Constitución actual cuando se intenta avanzar en la protección del medio ambiente y los océanos. Para ello, se han escogido algunos grandes temas a desarrollar en tres informes. Este, es el tercero de ellos y se refiere al derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación.

1. Acuerdo por la Paz y la Constitución. Punto N°2. p. 1. [En línea] <https://media.elmostrador.cl/2019/11/Acuerdo-por-la-Paz-Social-y-la-Nueva-Constitucion%CC%81n-1.pdf>



II. LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA EN CHILE

La Constitución es una norma superior y fundacional que divide, regula y limita el poder del Estado frente a los ciudadanos. CORDERO señala que el concepto de Constitución se desarrolla sobre cuatro ideas “(a) la de un conjunto de normas de rango superior a cualquier otra manifestación reguladora; (b) la de un texto escrito que codifica las reglas de organización y funcionamiento de los poderes públicos; (c) la de norma fundacional; (d) la de una norma cuya finalidad es limitar el poder del Estado en defensa de las libertades de los ciudadanos”².

El poder de la Constitución radica, por un lado, en el reconocimiento de principios y acuerdos fundamentales que permiten mantener la unidad e identidad del pueblo y por el otro, en el establecimiento de mecanismos que promueven su estabilidad en el tiempo, impidiendo alterarla fácilmente. Ello, entendiendo que la modificación de su texto supone el alcance de otro acuerdo fundamental que lo permita³. En este sentido ATRIA explica que la modificación de ciertas normas “implicaría transformar la identidad o la forma de la unidad política que conformamos. Si esas decisiones han de ser tomadas, no pueden ser tomadas por mandatarios del pueblo, tendrán que ser tomadas por el pueblo mismo”⁴.

Para resguardar la superioridad de la Constitución por sobre otras normas (o su supremacía constitucional), VIVANCO sostiene que existen diferentes mecanismos en los estados democráticos: a) la jurisdicción constitucional; b) el control de constitucionalidad; c) la rigidez constitucional y d) la jerarquía normativa⁵.

En Chile no cabe duda sobre la supremacía o superioridad de la Constitución Política de la República⁶, existiendo diferentes mecanismos para asegurarla. Es el caso del control de constitucionalidad realizado por el Tribunal Constitucional, el control realizado por la Contraloría General de la República sobre los actos de la administración, el control judicial de los tribunales de justicia, la existencia de quórumos altos (llamados contra-mayoritarios o supra-mayoritarios) para la modificación del texto constitucional y el principio de jerarquía, que establece la subordinación de las normas jurídicas a la Constitución. Lo anterior, en principio, no se aleja de la lógica de la teoría constitucional general. Sin embargo, las críticas a la rigidez de la Constitución al momento de avanzar en reformas sociales o en la protección de los bienes comunes han sido una constante en el debate político y jurisdiccional.

2. CORDERO, Luis (2015). Lecciones de derecho administrativo. Thomson Reuters. 2º edición corregida. p. 131

3. Al respecto Fernando Atria, en su libro “La Constitución Tramposa” sostiene que no todas las normas que forman parte del texto constitucional serían parte de “La constitución”. En efecto, explica que algunas normas del texto constitucional pueden cambiarse sin que sea problemático, como sucede, por ejemplo, con el artículo 86 inciso 3º de la Constitución, que establece la cantidad de años de ejercicio que requieren los abogados antes de poder aspirar a ser fiscales. En: ATRIA, Fernando (2013). La Constitución Tramposa. Editorial LOM, p. 34-35

4. ATRIA, Fernando (2013). p. 34-35

5. VIVANCO, Ángela (2007). Curso de Derecho Constitucional. Bases conceptuales y doctrinarias del Derecho Constitucional. Tomo I. Ediciones Universidad Católica de Chile, segunda edición.

6. Ello, sin perjuicio de la discusión sobre la jerarquía de la Constitución respecto de los tratados internacionales. Al respecto ver: NASH, Claudio (2012). Derecho internacional de los derechos humanos en Chile: recepción y aplicación en el ámbito interno. Centro de Derechos Humanos, Universidad de Chile y FUENTES, Ximena (2013). La Jerarquía y el Efecto Directo del Derecho Internacional en el Sistema Jurídico Chile. En: *Una Vida en la Universidad de Chile. Celebrando al Profesor Antonio Bascuñán Valdés*, Thomson Reuters.



III. PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL DEL MEDIO AMBIENTE

A diferencia de los trabajos anteriores (derecho a acceder a la información y regulación y propiedad) la aproximación al derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación es distinta.

En la discusión legislativa o jurisprudencial el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación no se presenta como un argumento para evitar los avances en materia de protección de los ecosistemas. Por el contrario, este derecho, en conjunto con el recurso de protección, fue un importante avance en la Constitución de la República de 1980, y hasta la dictación de la Ley 20.600 que creó los Tribunales Ambientales, fue una de las mejores herramientas para la protección del medio ambiente.

No obstante, la falta de mención del medio ambiente fuera del catálogo de derechos, la forma en que fue redactada la garantía y los mecanismos existentes para su protección como derecho, han sido fuente de variados debates que resurgen frente a la posibilidad de avanzar en la protección del medio ambiente en una nueva carta fundamental.

A continuación, se revisarán tres de los puntos de debate más relevantes relativos al inciso 1° del artículo 19 N°8 de la Constitución⁷: 1) los conceptos de medio ambiente y medio ambiente libre de contaminación 2) la protección del derecho solo en su dimensión subjetiva y 3) la falta de protección de medio ambiente en sí mismo o la ausencia de la consagración de los derechos de la naturaleza. Para ello, se realizará una revisión de la doctrina relevante y de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y de la Corte Suprema.

1. EL MEDIO AMBIENTE EN LA CONSTITUCIÓN Y LA ELECCIÓN DE PROTEGER EL “MEDIO AMBIENTE LIBRE DE CONTAMINACIÓN”

Antes de la Constitución Política de 1980 la preocupación por el medio ambiente en Chile no se reflejaba en nuestro sistema jurídico. Más allá de la normativa sectorial productiva que pudiese tener alguna incidencia en materia ambiental y de la ratificación de la Convención de Washington, no era posible identificar un marco normativo propiamente ambiental. Por ello, la dictación de la Constitución Política de la República en el año 1980 marcó un hito en la protección ambiental en nuestro país⁸. Replicando lo establecido en el Acta Constitucional N°3 de los derechos y deberes constitucionales, promulgada mediante el D.L. 1552 del año 1976, incorporó como garantía constitucional el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, diferenciándose de la Constitución de 1925 en la que, si bien existían referencias a la salubridad y salud pública, no existía mención alguna al medio ambiente o la naturaleza⁹.

Las razones de su inclusión se encuentran en las actas de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución (CENC). En ellas se evidencia que la discusión sobre su incorporación como derecho se origina por una propuesta de CONYCID en la que se indica, entre otras cosas, que la soberanía también se ejerce al proteger el medio ambiente y los recursos naturales, que estos últimos son patrimonio de todos los habitantes, actuales y futuros de la nación y que el Estado sería la única organización revestida de autoridad y poder suficientes para cautelar la preservación y enriquecimiento de ese patrimonio. Además, se advierte el interés de los constituyentes de incluir este

7. Se ha excluido de esta revisión el inciso 2° del artículo 19 N°8 de la Constitución, el que dispone sobre la posibilidad de establecer restricciones específicas al ejercicio de determinados derechos o libertades para proteger el medio ambiente mediante ley, por ser materia del segundo informe.

8. Se sostiene incluso que fue pionera a nivel internacional, pues eran contados los países que habían incluido la protección del medio ambiente como una preocupación en sus constituciones. Panamá en 1972, Grecia en 1975 y España en 1978. En: CARRASCO, Edesio (2020). El derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Perspectivas, evolución y estándares jurisprudenciales. Der Ediciones. p.5

9. BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. Constitución Política de la República de Chile. Promulgada el 18 de septiembre de 1925. [En línea] https://www.bcn.cl/Books/Constitucion_politica_de_Chile_1925/index.html#p=1



derecho debido a su estrecha vinculación con el derecho a la vida y la salud y a la necesidad de adecuarse a un escenario internacional con una creciente preocupación por el medio ambiente¹⁰.

Para los miembros de la comisión, si bien existían dudas sobre como incluir el medio ambiente en la Constitución, pareciera haber sido un hecho la importancia de hacer referencia a él en la Carta Magna. En este sentido, entendiendo su relevancia para el bien común, SILVA BASCUÑAN defendió su incorporación en el capítulo de normas generales de la Constitución, posición que se desestimó pues, en línea con lo planteado por ORTÚZAR, se consideró que existe un contenido ambiental implícito en el bien común, haciendo innecesaria su referencia en las normas generales¹¹.

La discusión derivó, finalmente, en la incorporación del medio ambiente dentro del catálogo de garantías fundamentales del artículo 19 de la Constitución Política.

En específico, el artículo 19 N°8 estableció una garantía con una doble dimensión, de derecho y de deber, y con un inciso específico que permite restringir otros derechos con el fin de proteger el medio ambiente:

“La Constitución garantiza a todas las personas” (...)

“8°.- El derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Es deber del Estado velar para que este derecho no sea afectado y tutelar la preservación de la naturaleza.

La ley podrá establecer restricciones específicas al ejercicio de determinados derechos o libertades para proteger el medio ambiente”.

Esta consagración, que rige hasta nuestros días, así como marcó un hito en el reconocimiento de la protección ambiental en nuestro país, también fue el origen de las interrogantes sobre el contenido específico del derecho. Ello, ya que el artículo 19 N°8 de la Constitución, no dio luces específicas sobre qué debemos entender por medio ambiente o por medio ambiente libre de contaminación.

1.1. EL CONCEPTO DE MEDIO AMBIENTE

Como se indicó, el artículo 19 N°8 de la Constitución consagró una garantía vinculada al concepto de medio ambiente. Ello determina que la extensión de su protección dependa de qué entendamos por este último.

En un inicio se interpretó que el medio ambiente al que hace alusión el artículo 19 N°8 de la Constitución, solo comprendía los elementos naturales. Aquello, en concordancia con las discusiones de la CENC, en las que se decidió no incluir dentro del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, al paisaje y al patrimonio cultural e histórico del país, pues, a juicio de sus miembros, ello generaría confusión respecto al medio ambiente, el que se encontraría relacionado con el equilibrio ecológico¹².

10. ACTAS OFICIALES DE LA COMISIÓN CONSTITUYENTE SESIÓN 186ª, CELEBRADA EN MARTES 9 DE MARZO DE 1976. [En línea] https://www.bcn.cl/lc/cpolitica/constitucion_politica/Actas_comision_ortuzar/Tomo_VI_Comision_Ortuzar.pdf

11. ACTAS OFICIALES DE LA COMISIÓN CONSTITUYENTE SESIÓN 186ª, CELEBRADA EN MARTES 9 DE MARZO DE 1976. [En línea] https://www.bcn.cl/lc/cpolitica/constitucion_politica/Actas_comision_ortuzar/Tomo_VI_Comision_Ortuzar.pdf

12. En específico se indica en las actas de la CENC que “El señor EVANS informa que eliminó la referencia señalada por el señor Presidente, porque, cuando presentó esa indicación, hubo un comentario en la Comisión que le pareció muy adecuado en el sentido de que parecía que estaban confundidas dos ideas: una, relativa al medio ambiente, a lo que propiamente se llama equilibrio ecológico —materia muy específica y determinada—, y otra, concierne a todo aquello que constituye la preservación del paisaje, vinculado al patrimonio cultural y artístico. El señor DIEZ acota que de esa manera la defensa del patrimonio ecológico aparece como disminuida. El señor EVANS afirma que, exactamente, ello es así”. En: Actas oficiales de la Comisión Constituyente. Sesión 182ª, celebrada en miércoles 14 de enero de 1976 [En línea] https://www.bcn.cl/lc/cpolitica/constitucion_politica/Actas_comision_ortuzar/Tomo_VI_Comision_Ortuzar.pdf



Esta interpretación (restrictiva), fue la recogida por la Corte Suprema antes de la dictación de la Ley 19.300 de Bases del Medio Ambiente¹³. El excelentísimo tribunal sostuvo, en su sentencia en la causa rol N°19.824 de 1985, refiriéndose a una famosa controversia sobre el Lago Chungará¹⁴, que:

“el medio ambiente, el patrimonio ambiental, la preservación de la naturaleza de que habla la Constitución y que ella asegura y protege, es todo lo que naturalmente nos rodea y que permite el desarrollo de la vida y tanto se refiere a la atmósfera, como a la tierra y sus aguas, a la flora y fauna, todo lo cual conforma la naturaleza, con sus sistemas ecológicos de equilibrio entre los organismos y el medio en que viven”¹⁵

No obstante, existían antecedentes para estimar que el concepto de medio ambiente abarcaría más que los elementos naturales. En efecto, en el año 1972 la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente Humano adoptó la Declaración de Estocolmo sobre el Medio Ambiente Humano, la que se convirtió en una guía para los países en materia ambiental. Dicha declaración consideró que el medio ambiente humano se conformaba por dos aspectos, el natural y el artificial, y que ambos “son esenciales para el bienestar del hombre y para el goce de los derechos humanos fundamentales, incluso el derecho a la vida misma”¹⁶.

El concepto amplio de la Declaración de Estocolmo encontró consagración expresa en nuestro sistema jurídico, con la dictación de la Ley 19.300 de Bases del Medio Ambiente en el año 1994. Ello ya que la Ley, además de establecer que uno de sus objetivos es regular el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación y la preservación de la naturaleza (artículo 1°), define expresamente medio ambiente en su artículo 2° letra II) como:

“II) Medio Ambiente: 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”¹⁷

Con ello, y pese a las suspicacias que pudiese generar la interpretación de la Constitución con una norma de rango legal, la dictación de la Ley 19.300 zanjó la discusión a favor de una concepción amplia del medio ambiente, entendiéndose por tal, aquel que incorpora elementos naturales y socioculturales. Desde entonces, los Tribunales de Justicia incorporan dentro del concepto de medio ambiente de la Constitución, dichos elementos artificiales y socioculturales, además de los naturales.

Muestra de ello es el connotado fallo de la Corte Suprema en la causa rol N°5191-2010 en el que decidió acoger un recurso de protección interpuesto por afectación al derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, por considerar que los olores que podría provocar la instalación de una planta faenadora de cerdos en Casa Blanca (Expo Pork Meat Chile S.A.), podían afectar el turismo¹⁸. Mismo razonamiento que sostuvo en una reciente sentencia, en la causa rol

13. FIMA (2018) Discusión sobre el medio ambiente en el marco de una nueva constitución, p. 12. [En línea] <https://www.fima.cl/wordpress/2018/07/23/revise-el-informe/>

14. Corte Suprema. Sentencia en causa Rol N°19.824 de 1985.

15. Este criterio es reiterado en el considerando quinto de la sentencia de la Corte Suprema en la causa rol 12753-1988. Comité Ciudadano por la Defensa del Medio Ambiente y el Desarrollo de Chañaral y la comunidad de Chañaral con Corporación Nacional del Cobre División Salvador.

16. Declaración de Estocolmo sobre el medio ambiente humano (1972): “1. El hombre es a la vez obra y artífice del medio ambiente que lo rodea, el cual le da el sustento material y le brinda la oportunidad de desarrollarse intelectual, moral social y espiritualmente. En la larga y tortuosa evolución de la raza humana en este planeta se ha llegado a una etapa en que, gracias a la rápida aceleración de la ciencia y la tecnología, el hombre ha adquirido el poder de transformar, de innumerables maneras y en una escala sin precedentes, cuanto lo rodea. Los dos aspectos del medio ambiente humano, el natural y el artificial, son esenciales para el bienestar del hombre y para el goce de los derechos humanos fundamentales, incluso el derecho a la vida misma”

17. Artículo 2 letra II), Ley 19.300 de Bases del Medio Ambiente.

18. Corte Suprema. Causa Rol N°5191-2010. Sariego Abarca Andres Patricio c. Viñedos Valle De Casablanca S.A.



N°1462-2020, en que falló a favor de un recurso de protección presentado en el contexto de la evaluación ambiental de un proyecto para construir estacionamientos, por afectarse el Centro Histórico los Antes (declarado Zona Típica) y el Edificio de la Gobernación Provincial de la misma zona, (declarado Monumento Histórico)¹⁹.

1.2 EL CONCEPTO DE MEDIO AMBIENTE LIBRE DE CONTAMINACIÓN

A la dificultad interpretativa anterior se sumó la falta de determinación del concepto “libre de contaminación”. Al respecto, se ha sostenido que, en concordancia con las discusiones de la CENC, la intención del constituyente no habría sido garantizar el derecho a vivir en un medio ambiente libre de toda contaminación. En efecto, en razón de lo sostenido por DIEZ, se estimó que la civilización ha hecho imposible un escenario libre de absolutamente toda contaminación, siendo importante entender la expresión “referida al sentido natural de un ambiente que permita desarrollar la vida humana en condiciones normales”²⁰.

Ahora bien, en el caso de la expresión “libre de contaminación”, a diferencia de lo que sucedió con el concepto de medio ambiente, las dificultades interpretativas han sido, en gran parte, consecuencia de las definiciones establecidas en la Ley 19.300 de Bases del Medio Ambiente. Esta ley, en su artículo 2°, además de definir medio ambiente, definió los conceptos de “contaminación”, “contaminante” y “medio ambiente libre de contaminación”. Ello, atendiendo a dos criterios distintos: la superación del parámetro legal y el riesgo a la salud o calidad de vida de la población, a la preservación de la naturaleza o la conservación del patrimonio ambiental.

Por un lado, el artículo 2 letra c) de la Ley 19.300, señaló que contaminación es “la presencia en el ambiente de sustancias, elementos, energía o combinación de ellos, en concentraciones o concentraciones y permanencia superiores o inferiores, según corresponda, a las establecidas en la legislación vigente”. Esta definición, sumada al establecimiento de instrumentos ambientales como las normas de calidad²¹, que ponen su acento en el establecimiento de parámetros máximos de elementos o sustancias en el medio ambiente, dio lugar a una teoría e interpretación en que el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación estaría sujeto al establecimiento de parámetros legales²².

En este sentido ha razonado el Tribunal Constitucional en sus sentencias en la causa rol 577/2006 y 1988-11 (que reiteró criterio anterior) en las que sostuvo que:

“De tal forma, mientras no se aprueben las normas de calidad ambiental respectivas que determinen objetivamente los parámetros dentro de los cuales es admisible en el ambiente una sustancia o elemento, no corresponde hablar de contaminación, a menos que se acredite inequívocamente la presencia en el ambiente de un contaminante, en términos tales que constituya un riesgo cierto a la vida, la salud de la población, a la conservación del ambiente o la preservación de la naturaleza, o bien que exista una situación de pública e indiscutida notoriedad de la presencia gravemente nociva en el ambiente de un contaminante”²³

19. Corte Suprema. Rol 1462-2020, Asociación Indígena Wekuyen y otros con Servicio de Evaluación Ambiental de la Región de Valparaíso

20. Actas oficiales de la Comisión Constituyente. Sesión 182ª, celebrada en miércoles 14 de enero de 1976, p. 122 [En línea] https://www.bcn.cl/lc/cpolitica/constitucion_politica/Actas_comision_ortuzar/Tomo_VI_Comision_Ortuzar.pdf

21. Sobre las normas de calidad ambiental, la ley distingue entre dos tipos, atendiendo al foco de preocupación de la misma. Mientras las primarias se preocupan de la salud de la población, las secundarias se preocupan del medio ambiente. En específico el artículo 2° de la ley 19.300 de Bases del Medio Ambiente señala:

“ n) Norma Primaria de Calidad Ambiental: aquélla que establece los valores de las concentraciones y períodos, máximos o mínimos permisibles de elementos, compuestos, sustancias, derivados químicos o biológicos, energías, radiaciones, vibraciones, ruidos o combinación de ellos, cuya presencia o carencia en el ambiente pueda constituir un riesgo para la vida o la salud de la población;

ñ) Norma Secundaria de Calidad Ambiental: aquélla que establece los valores de las concentraciones y períodos, máximos o mínimos permisibles de sustancias, elementos, energía o combinación de ellos, cuya presencia o carencia en el ambiente pueda constituir un riesgo para la protección o la conservación del medio ambiente, o la preservación de la naturaleza”

22. GUZMÁN ROSEN (2012), p. 54.

23. STC 577/2006, considerando 13 y STC 1988-11, considerando 54.



Tal interpretación llevada al contexto constitucional del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación tiene como consecuencia que solo estaremos frente a una vulneración del derecho cuando exista norma que establezca el parámetro y este se encuentre transgredido. Por el contrario, si no existe norma no existe posibilidad de que el derecho se vea vulnerado.

Por su parte, la Ley 19.300 al definir medio ambiente libre de contaminación, lo hace alejándose de la noción de contaminación y acercándose a la definición de contaminante.

Así, definió medio ambiente libre de contaminación como “aquél en el que los **contaminantes** se encuentran en concentraciones y períodos **inferiores a aquellos susceptibles de constituir** un riesgo a la salud de las personas, a la calidad de vida de la población, a la preservación de la naturaleza o a la conservación del patrimonio ambiental” (artículo 2 letra m) y contaminante como “todo elemento, compuesto, sustancia, derivado químico o biológico, energía, radiación, vibración, ruido, luminosidad artificial o una combinación de ellos, cuya presencia en el ambiente, en ciertos niveles, concentraciones o períodos de tiempo, pueda constituir un **riesgo** a la salud de las personas, a la calidad de vida de la población, a la preservación de la naturaleza o a la conservación del patrimonio ambiental” (artículo 2 letra d).

Como se puede apreciar, ambas definiciones se enfocan en la generación de un riesgo para la salud de las personas, la calidad de vida de la población, la preservación de la naturaleza o la conservación del patrimonio ambiental, de modo que, de utilizar estas definiciones para interpretar el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación de la Constitución, llegamos a la conclusión de que lo relevante no es la existencia o no de norma, sino la generación de un riesgo. Al respecto GUZMÁN ROSEN sostiene que “esto mueve a pensar que la ley, con la definición de contaminación, quiso referirse únicamente a los contaminantes que se encuentran normados y que cuando definió medio ambiente libre de contaminación, pretendió aludir a los contaminantes que no se encuentran normados. De esta manera, la LBMA [Ley 19.300], mediante diferentes definiciones, estaría refiriéndose tanto al ámbito de lo normado como al de aquel que no lo está”²⁴.

Esta explicación, es la que ha primado frente a los Tribunales Superiores de Justicia. Ello pues, como explica GUZMÁN ROSEN, por un lado, la existencia de regulación no elimina la ocurrencia de efectos negativos para la salud o el medio ambiente (sobre todo frente a un objeto tan dinámico, cambiante y desconocido como el medio ambiente) y por el otro, la inexistencia de regulación no elimina la posibilidad de que surjan efectos nocivos para los mismos²⁵.

En este sentido, por ejemplo, razonó la Excelentísima Corte Suprema en su sentencia en la causa rol N°6383-2008, en la que, en el contexto de un derrame de petróleo de la empresa Shell en la II Región de Antofagasta, sostuvo que:

“Es un hecho establecido por los sentenciadores, como antes se indicó, la existencia de contaminantes en grados de concentración que importan riesgo para la salud de las personas en el subsuelo, suelo, arenas y aguas marítimas, y además en las instalaciones de la Planta de Almacenamiento de Combustibles de Codelco, ello fundado en los diversos informes técnicos elaborados por organismos especializados que constan en el sumario administrativo, los que individualizó, que hacen referencia a normas internacionales universalmente aceptadas. De manera entonces que al resolver como lo hicieron los sentenciadores no han incurrido en el error de derecho que les imputa. Cabe señalar además que la Constitución Política de la República establece en el artículo 19 N° 8 el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, y agrega que es deber del Estado velar para que este derecho no sea afectado y tutelar la preservación de la naturaleza. En el caso de autos se estableció la existencia de contaminantes que revisten riesgo para la vida marina y de las personas, y fue ello lo que motivó la sanción impuesta por la autoridad sanitaria, de manera que los sentenciadores, al resolver como lo hicieron no han incurrido en el error de derecho que se les imputa”.

24. GUZMÁN ROSEN (2012). Principios, instituciones, instrumentos de gestión. Planeta Sostenible, p. 57.

25. GUZMÁN ROSEN (2012), p. 58.



En la misma línea la Excelentísima Corte Suprema en su sentencia en la causa rol N° 34.594-2017 se refirió a una bullada situación de vertimiento de salmones en el Seno Reloncaví. Sernapesca y Directemar autorizaron el vertimiento de 9000 toneladas de biomasa en descomposición directamente al mar sin tener a la vista los antecedentes necesarios para asegurarse de que no se generaría un riesgo de daño²⁶ para las personas, animales y medio ambiente. En este caso no existía parámetro de contaminación más allá de la obligación de asegurarse de no generar este daño, de modo que la Corte, dentro de otras cosas, señaló:

Decimotercero: Que, al autorizarse el vertimiento por Directemar se incumplió lo dispuesto en el artículo V del Decreto N°476/1977, Ministerio de Relaciones Exteriores, que promulga el Convenio sobre Prevención de la Contaminación del Mar por Vertimiento de Desechos y otras materias, ya que la autoridad marítima no se cercioró previamente de la concurrencia de los requisitos exigidos por dicha normativa, **infringiendo con ello el principio de precaución que ha de regir toda decisión que arriesgue una afectación de la vida y la salud de las personas y de los animales, o del medioambiente**, misma infracción en la que incurrió Sernapesca al emitir el Informe favorable al vertimiento de que se ha venido tratando.

Decimocuarto: Que, atento a lo antes razonado, se puede concluir que la actuación de los recurridos se ha apartado tanto de la normativa jurídica que regula sectorialmente las emergencias ambientales y sanitarias, así como de la que se orienta directamente a la protección del medioambiente, lesionando con esta conducta el derecho de los recurrentes garantizado por nuestra Carta Fundamental en el artículo 19, N°8, esto es, a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, de manera que el recurso de protección interpuesto ha de ser acogido”.

Finalmente, el mismo criterio fue sostenido por la Excelentísima Corte Suprema frente a los recursos de protección presentados a raíz de los episodios de intoxicación producidos en Quintero y Puchuncaví. En la sentencia en la causa rol N°5888-2019, hizo presente la falta de información sobre los compuestos, elementos o gases en el medio ambiente, culpables de las intoxicaciones, los que, de acuerdo a los antecedentes presentados en la causa, podrían no estar siquiera normados. En línea con ello señala:

“En consecuencia, y en esto no hay controversia alguna entre quienes obran en la causa, hay una completa y absoluta falta de antecedentes en torno a este extremo, hasta el punto de que es posible aseverar que, transcurridos más de nueve meses desde los primeros hechos materia de autos, aún se ignora qué productos los provocaron.

El señalado desconocimiento pone de manifiesto, a su vez, una amenaza concreta, cierta y que no puede ser ignorada para la integridad, salud y vida de los vecinos de Quintero, Ventanas y Puchuncaví, así como para el medio ambiente en el que habitan, puesto que, **ignorando su identidad y, por ende, no hallándose sujetos a medición, es posible e, incluso, probable, que los gases o compuestos que causaron los hechos de que se trata hayan continuado siendo expelidos al aire en fecha posterior a los eventos de autos, de modo que, aún hoy día, podrían afectar los citados derechos**”²⁷.

Ahora bien, los tribunales no solo han sostenido que la contaminación no la determina únicamente la existencia de una norma que establezca un parámetro fijo que pueda sobrepasarse o no, sino que también han extendido su rango a márgenes que se alejan de la contaminación propiamente tal. Ello en el entendido que, como sostiene SILVA BASCUÑAN “Las acciones que alteran o dañan la naturaleza no son siempre de tipo contaminante, pero, por su especie, pueden causar la pérdida de la buena y sana calidad de la vida de las personas, lo cual pone de relieve que es ése el bien jurídico protegido por el artículo 19 N°8”²⁸.

26. Se utiliza expresamente este concepto en el considerando Undécimo.

27. Corte Suprema. Sentencia en la causa rol 5888-2019. Francisco Chahuan Chahuan Contra Empresa Nacional De Petróleos, Enap S.A.

28. SILVA BASCUÑAN, Alejandro (2008). Tratado de Derecho Constitucional, segunda edición, tomo XII, De los Derechos y Deberes Constitucionales, Santiago, Edit. Jurídica de Chile, p. 102.



Ejemplo de ello, en materia de protección de los océanos, es la sentencia en la causa rol N°9852-2013. Un grupo de vecinos y sindicatos de pescadores presentaron un recurso de protección en contra de la Central Termoeléctrica Bocamina I y II a raíz del varamiento de cientos o miles de toneladas de jaibas, langostinos, producto de la succión de los recursos hidrobiológicos por los ductos de aducción de las Termoeléctricas, los que, a su vez, arrojaban al mar miles o millones de algas, crustáceos, langostinos, jaibas y peces menores. En este caso, la Excelentísima Corte Suprema resolvió acoger el recurso señalando:

“Por estas consideraciones y lo que prescriben el artículo 20 de la Carta Fundamental y el Auto Acordado aplicable en la especie, se revoca la sentencia apelada de fecha tres de octubre último, escrita a fojas 174, y se declara que se acoge el recurso de protección deducido en lo principal de fojas 12 por Marisol Ortega Aravena y otros en contra de la Central Termoeléctrica Bocamina I y II, en el sentido de que la compañía recurrida deberá realizar las operaciones de la planta de generación termoeléctrica Bocamina I y II sólo si su funcionamiento no importa en la succión de las aguas amenazas ni daño a especies y recursos hidrobiológicos y cumple, estrictamente, con la correspondiente Resolución de Calificación Ambiental, debiendo en consecuencia la autoridad ambiental fiscalizar ese funcionamiento de manera periódica para así evitar el ingreso de biota en la bocatoma de agua de mar; y, en caso contrario, adoptar todas las medidas que las circunstancias determinen, entre ellas la paralización del funcionamiento de la central hasta que se subsane su incorrecta operación”²⁹.

En la misma línea, pero en otros temas de protección, la sentencia de la Corte Suprema en la causa rol N°11694-2013, acogió un recurso de protección por la “tala de árboles, destrucción del terreno y exterminio de especies animales” en el sector Quebrada de la Plata, a raíz de los trabajos sin autorización realizados por Minera Española Chile Ltda³⁰.

Asimismo, la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Valparaíso en el reciente fallo en la causa rol N°34140-2020, acogió un recurso de protección en contra del permiso de edificación otorgado a un proyecto inmobiliario autorizado en las cercanías del Santuario de la Naturaleza Campo Dumar, en Viña del Mar, que habría intervenido formaciones xerofíticas³¹.

Como se puede apreciar, los fallos citados no hacen referencia únicamente a la contaminación, sino que acuden a la degradación del medio ambiente para estimar que se ha vulnerado el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Mismo razonamiento que se verifica cuando, por ejemplo, se afectan los elementos socioculturales, los que como se revisó previamente, se incluyen dentro del manto de protección de este derecho.

No obstante el desarrollo realizado por los tribunales ha favorecido una interpretación extensiva del concepto “medio ambiente libre de contaminación”, lo cierto es que aquello no otorga certezas sobre el desarrollo del derecho. No existe una regla de precedente vinculante en nuestro país, por lo que las decisiones dependerán de los momentos, doctrinas dominantes y de las mismas personas que detentan el rol de jueces. En términos concretos, un cambio jurisprudencial que sostenga una interpretación restrictiva de los términos “llevaría a concluir que dichas actividades han de encontrarse fuera del ámbito comprendido por el concepto”³², pues como sostiene BERMÚDEZ “el término *libre de contaminación* limita las posibilidades de afectación a aquellas provenientes de contaminantes, sin comprender amenazas, perturbaciones o privaciones derivadas, por ejemplo, de aprovechamientos insostenibles de recursos naturales y que en sentido estricto no son contaminación”³³.

29. Corte Suprema. Sentencia en la causa rol 9852-2013. Marisol Ortega Aravena y otros c. Endesa Chile S.A. Considerando Octavo.

30. Corte Suprema. Sentencia en causa rol 11.694-2013, Decano de la Facultad de Ciencias Agronómicas de la Universidad de Chile con Minera Española Chile Limitada.

31. Corte de Apelaciones Valparaíso. Sentencia en la causa rol 34140-2020, Corporación Pro Defensa Del Patrimonio Histórico y Cultural de Viña del Mar y otra con Makroceano S.A.

32. BERMÚDEZ, Jorge (2007) *Fundamento de Derecho Ambiental*. 2da Edición. Ediciones Universitarias de Valparaíso, Pontificia Universidad Católica de Chile, p. 67.

33. BERMÚDEZ, Jorge (2007).



Es por lo anterior, que se sostiene que existen otras consagraciones de este derecho que serían mejores para hacer referencia a la relación del ser humano con el medio ambiente. AGUILAR, por ejemplo, explica que se usan diversas formas de referirse a este derecho a nivel internacional: sano, saludable, adecuado, ecológicamente equilibrado, y apto para el desarrollo y el bienestar de las personas. Todas ellas serían más adecuadas porque, además de centrar la preocupación del derecho en el medio ambiente y no en la posibilidad de “vivir” en él, “amplían el ámbito de acción y, por lo tanto, de protección de este derecho, a formas de degradación del medio ambiente diversas de la contaminación, tal como es entendida esta última en el orden jurídico chileno”³⁴.

Se debe destacar que una formulación de este tipo, además de evitar cualquier indicio de retroceso en la interpretación del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, permitiría alinear nuestra Constitución con los estándares de derechos humanos en la materia. En efecto, la ONU, en el año 2012, a través del “Informe del Experto independiente sobre la cuestión de las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el disfrute de un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible” elaborado por John KNOX, reconoció expresamente el derecho a un medio ambiente sano o saludable como un derecho humano³⁵, el que no solo reconocería la contaminación, “sino que se extiende al cuidado de un ambiente adecuado para el desarrollo de la vida en general”³⁶.

2. LA FALTA DE PROTECCIÓN DEL DERECHO A VIVIR EN UN MEDIO AMBIENTE SANO EN SU DIMENSIÓN COLECTIVA: LA TUTELA MEDIANTE EL RECURSO DE PROTECCIÓN AMBIENTAL

2.1. LA REGULACIÓN DEL RECURSO DE PROTECCIÓN AMBIENTAL

Una de las particularidades de la consagración del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación como garantía fundamental, es la posibilidad de recurrir de protección frente a su vulneración y las restricciones con las que esta posibilidad se estableció.

El recurso de protección se regula en el artículo 20 de la Constitución de 1980 en dos incisos. El primero dispuso que frente a un listado de garantías del artículo 19, dentro del que no se encuentra el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, es posible recurrir de protección si es que se está en presencia de actos u omisiones arbitrarios o ilegales que provoquen privación, perturbación o amenaza de ellas. Por su parte, el inciso segundo, en su versión original, se refirió en específico al artículo 19 N°8, estableciendo que “Procederá, también, el recurso de protección en el caso del N°8 del artículo 19, cuando el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación sea **afectado por un acto arbitrario e ilegal imputable a una autoridad o persona determinada**”.

Es decir, el constituyente estimó que cuando se trataba de proteger el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación se requería cumplir con exigencias mayores que para los demás derechos, a saber: a) estar frente a un acto, dejando fuera la posibilidad de que fuese afectado por una omisión; b) que dicho acto fuese copulativamente ilegal y arbitrario; c) que el acto generara una afectación (discutiéndose sobre si aquello incorporaba o no las amenazas al derecho); y d) que el acto fuese imputable a autoridad o persona determinada, siendo necesario conocer e individualizar a la persona que estuviese vulnerando el derecho.

34. AGUILAR, Gonzalo (2016). Las deficiencias de La fórmula “derecho a vivir en un medio ambiente Libre de contaminación” en la constitución chilena y algunas propuestas para su revisión. *Estudios Constitucionales*, Año 14, N° 2, p. 368-369

35. KNOX, John (2012). Informe del Experto independiente sobre la cuestión de las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el disfrute de un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible. *En: Consejo de Derechos Humanos 22° período de sesiones*. Tema 3 de la agenda, Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo. S.l.: Asamblea General Organización de las Naciones Unidas. A/HRC/22/43. [En línea]

http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/RegularSession/Session22/A.HRC.22.43_sp.pdf

36. FIMA (2018), p. 12.



La distinciones más profundas, si bien fueron incorporadas por la Junta de Gobierno y no por la CENC³⁷, desconociéndose los reales motivos para ello, pudo deberse al temor de extender el recurso de protección para proteger el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, pues, como quedó consignado en las actas de la Comisión, a juicio de algunos de los miembros; i) existirían otras vías más idóneas para resguardarlo; ii) sería de una complejidad técnica no abordable en esta instancia; y iii) podría dar lugar a abusos y exigencias al Estado en temas de tipo social de difícil solución³⁸.

Los requisitos adicionales exigidos para proceder de recurso de protección significaron un problema para el acceso a la justicia en materia ambiental, lo que llevó a presentar una moción de reforma de la Constitución. Ello se concretó en el año 2005 mediante la Ley 20.050. Esta modificó el inciso 2° del artículo 20 de la Constitución, en el siguiente sentido: “Procederá, también, el recurso de protección en el caso del N°8° del artículo 19, cuando el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación sea afectado por un acto u omisión ilegal imputable a una autoridad o persona determinada”. De este modo, se incorporan las omisiones de carácter ilegal, y se elimina el requisito de arbitrariedad, que la versión original del inciso segundo del artículo 20 contemplaba.

Tabla 1
Recurso de protección
ARTÍCULO 20 CPR

Inciso 1° Regla general	Inciso 2° original Derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación	Inciso 2° actual Reforma 2005
Acto u omisión	Acto	Acto u omisión
Arbitrario o ilegal	Arbitrario e ilegal	Ilegal
Privación, perturbación o amenazas	Afectación	Afectación
-----	Imputable a autoridad o persona determinada	Imputable a autoridad o persona determinada

Fuente: elaboración propia.

Con la modificación se superaron importantes trabas a la posibilidad de accionar cuando el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación se ve vulnerado. No obstante, las distinciones con el recurso de protección general aún persisten. No se permite el recurso de protección por actos u omisiones arbitrarias y se exige la determinación específica del recurrido, pues el hecho u omisión debe ser imputable a autoridad o persona determinada.

2.2. DIMENSIÓN SUBJETIVA Y COLECTIVA DEL DERECHO A VIVIR EN UN MEDIO AMBIENTE LIBRE DE CONTAMINACIÓN

Como se mencionó previamente el artículo 19 N°8 de la Constitución consagra el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación y el deber del Estado de garantizarlo y de tutelar la preservación de la naturaleza. De la redacción se advierte que la garantía es, por una parte, un derecho (para las personas) y por la otra, un deber (para el Estado).

37. Historia de la Ley 20.050, p. 153 [En línea] https://www.bcn.cl/historiadelaley/fileadmin/file_ley/6131/HL-D_6131_37a6259cc0c1dae299a7866489dff0bd.pdf

38. CENC. Actas Oficiales de la Comisión Constituyente. Sesión 215ª, celebrada en miércoles 26 de mayo de 1976, p. 13 y siguientes. [En línea] https://www.bcn.cl/lc/politica/constitucion_politica/Actas_comision_ortuzar/Tomo_VII_Comision_Ortuzar.pdf



Esta doble perspectiva del artículo 19 N°8 de la Constitución ha llevado a la doctrina y a la jurisprudencia a estimar que el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación tiene, a su vez, una doble dimensión, de derecho subjetivo y de derecho social de tipo colectivo o difuso³⁹. Es decir, el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación tendría una dimensión desde un individuo determinado, a quien pertenece este derecho (subjetivo) y, otra, en que el derecho respondería a intereses supraindividuales (comunidad), ya sea que esté compuesto por un grupo de personas claramente determinadas, unidas por un vínculo jurídico (colectivos) o por un grupo de personas indeterminadas como producto de una situación de hecho (difusos)⁴⁰⁴¹.

Su cariz de derecho subjetivo ha sido derivado de la misma redacción del artículo y de los mecanismos de justiciabilidad incorporados en la Constitución. En efecto, el encabezado del artículo 19 señala “la Constitución asegura a todas las personas”, el N°8 consagra el derecho a “vivir” en un medio ambiente libre de contaminación y, la posibilidad de recurrir de protección está otorgada a “el que” sufra afectación de su derecho⁴². Así, lo que importaría a la Constitución es que las personas, individualmente, no vean afectado su derecho a “vivir” en un medio ambiente libre de contaminación, o como se señaló previamente, asegurar a las personas que puedan desarrollar su vida en condiciones normales⁴³.

Por su parte, la dimensión de derecho social colectivo o difuso del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación dice relación con que el resguardo del medio ambiente interesa a toda la comunidad, pues su conservación compromete las bases de la existencia como sociedad y nación. En esta línea, el derecho no solo implica un manto de protección individual que impide al resto de las personas y al Estado realizar acciones que pueda afectarlo (como sucede con los derechos subjetivos) sino también implica tomar determinadas acciones que permitan remover los obstáculos que impiden a las personas gozar plenamente de este derecho⁴⁴. Ello se traduce, en la Constitución, en el establecimiento de un deber activo para el Estado de promover la conservación de la naturaleza y el patrimonio ambiental.

La doble dimensión del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación ha sido ampliamente reconocida por la doctrina. Así por ejemplo, BERTELSEN ha señalado que se trata de un “derecho público subjetivo que, al igual que ocurre con los derechos de libertad clásicos, tiene como correlativa una obligación de no hacer: la obligación, que pesa sobre toda persona o autoridad, de no incurrir en conductas contaminantes. Y en la otra es uno más de los derechos sociales que reconoce la Carta Fundamental y cuya finalidad es orientar la actividad de los órganos del Estado en un sentido determinado”⁴⁵. Por su parte, OSSANDON, sostiene que “El tema del medio ambiente, y su garantía correlativa, que en la Constitución se denomina derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, genera una crisis del paradigma de la estructura de derecho individual. El orden ambiental no cabe totalmente en este esquema al relacionarse íntimamente con los intereses colectivos, de todos”⁴⁶. Finalmente, DOUGNAC analizando el carácter colectivo del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación sostuvo que “al afectar genéricamente a un conjunto de individuos pero a ninguno en forma particular, y al

39. FIMA (2018), p. 8.

40. GUZMÁN, Rodrigo. Derecho Ambiental Chileno, p. 85

41. Al respecto NOGUEIRA explica que los derechos colectivos o difusos “surgen de la evolución social y del proceso de socialización, donde se desarrolla un grupo de derechos cuyo principal beneficiario es la comunidad en su conjunto, más que una persona en particular. Ello implica defender a la colectividad respecto de las agresiones al medio ambiente, proteger los derechos del consumidor, el patrimonio cultural y artístico, entre otros bienes jurídicos”. En: NOGUEIRA, Humberto (2007) El Recurso de Protección en el Contexto del Amparo de los Derechos Fundamentales Latinoamericano e Interamericano. Revista *Ius et Praxis*, 13 (1): 75 - 134

42. AGUILAR, Gonzalo (2016). p. 371

43. CENC. Actas oficiales de la Comisión Constituyente. Sesión 182ª, celebrada en miércoles 14 de enero de 1976 [En línea] https://www.bcn.cl/lc/cpolitica/constitucion_politica/Actas_comision_ortuzar/Tomo_VI_Comision_Ortuzar.pdf

44. ESPINOZA, Patricio. El derecho fundamental a vivir en un medio ambiente libre de contaminación como derecho social. En: Revista de Derecho Público, Vol 73, p. 176

45. BERTELSEN, Raúl. El recurso de protección y el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación: examen de quince años de jurisprudencia. En: Revista Chilena de Derecho. 1998, Vol.25 N°1, pp. 141

46. OSSANDON, Jorge. Garantías fundamentales de las personas jurídicas. ¿Titulares del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación? En: Revista de Derecho Público/ vol. 8, 3, 2° s e m. 2015, p. 124



causar no sólo un gran daño individual (a veces imperceptible a primera vista) sino que fundamentalmente social, se hace necesario que el ordenamiento jurídico reconozca esta realidad y la ampare en su defensa”⁴⁷.

Coinciden con este reconocimiento el voto en contra realizado por los ministros FERNÁNDEZ, CARMONA Y GARCÍA, en la sentencia de fecha 23 de enero de 2013 en la causa rol 2386 del Tribunal Constitucional⁴⁸. En ella, refiriéndose al deber del estado de preservar la naturaleza, sostuvieron que este deber:

“se da en el marco del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Si bien está expresado como derecho subjetivo, resulta evidente la dimensión colectiva de este derecho (...). En tal sentido, se trata de un derecho que se caracteriza por su fuerte impronta de bien jurídico objetivo, por la protección conservacionista de determinados patrimonios naturales, **por la tutela de intereses difusos y por su finalidad propia de proteger una titularidad nueva: las futuras generaciones**”.

Asimismo, la Excelentísima Corte Suprema desde su fallo en la causa rol N°2732 del año 1996⁴⁹ “caso Trillium”, ha sostenido⁵⁰ que:

“el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación es un derecho humano con rango constitucional, **el que presenta un doble carácter: derecho subjetivo público y derecho colectivo público**. El primer aspecto se caracteriza porque su ejercicio corresponde, como lo señala el artículo 19 de la Constitución Política a todas las personas, debiendo ser protegido y amparado por la autoridad a través de los recursos ordinarios y el recurso de protección. Y, en lo que dice relación con el segundo carácter del derecho en análisis, es decir, el derecho colectivo público, él está destinado a proteger y amparar derechos sociales de carácter colectivo, cuyo resguardo interesa a la comunidad toda, tanto en el plano local como en el nivel nacional, a todo el país, ello porque se comprometen las bases de la existencia como sociedad y nación, porque al dañarse o limitarse el medio ambiente y los recursos naturales, se limitan las posibilidades de vida y desarrollo no sólo de las actuales generaciones sino también de las futuras. En este sentido, su resguardo interesa a la colectividad por afectar a una pluralidad de sujetos que se encuentran en una misma situación de hecho, y cuya lesión, pese a ser portadora de un gran daño social, no les causa un daño significativo o apreciable claramente en su esfera individual”.

Conforme a lo anterior, parece existir un acuerdo en la jurisprudencia y doctrina sobre la dimensión de derecho subjetivo y de derecho colectivo que presenta el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación.

2.3. LEGITIMACIÓN ACTIVA DEL RECURSO DE PROTECCIÓN FRENTE AL DERECHO COLECTIVO Y SUBJETIVO

La discusión sobre la naturaleza del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación como un derecho subjetivo o social de tipo colectivo o difuso tiene consecuencias cuando se habla de la titularidad sobre el derecho, es decir, cuando se intenta definir quién es beneficiado con la protección de este. Si consideramos que el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación es un derecho subjetivo, tendremos como consecuencia que será titular del derecho un individuo determinado (una persona), mientras que si se considera como derecho social colectivo debemos estimar que su titularidad corresponde a la comunidad o a todas las personas.

47. DOUGNAC, Fernando (s.f). Análisis del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, p. 42[En línea] <https://fima.cl/site/wp-content/uploads/2009/08/DERECHO-A-VIVIR-LIBRE-DE-CONTMINACION-f-dougnac.pdf>

48. STC, sentencia en causa rol 2386-2013.

49. Corte Suprema. Sentencia causa rol 2732-1996. Horvath Kiss, Antonio y otros con Comisión Nacional del Medio Ambiente.

50. En la causa rol 12808-2019, sostuvo en su considerando octavo que “**siempre en relación con este tópico, esta Corte ha sostenido que** ‘cabe señalar que el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación es un derecho humano con rango constitucional, el que presenta un doble carácter: derecho subjetivo público y derecho colectivo público’. Corte Suprema. Sentencia en la causa rol 12808-2019. Fundación Yarur Bascuñan con Constructora Vimac SPA.



El correlato procesal de aquella titularidad es la denominada “legitimación activa”, es decir, la capacidad de hacer valer derechos o intereses en juicio, lo que, en este caso específico, se traduce en la posibilidad de interponer un recurso de protección. Si bien, que alguien tenga legitimación activa para hacerse parte en un juicio no significa, necesariamente, que, a la vez, sea titular del derecho que tiene permitido defender jurídicamente, se ha tendido a equiparar ambas posiciones⁵¹. Así, el titular de un derecho tendrá, por lo general, la posibilidad de accionar frente a la vulneración de estos.

BERMUDEZ, desde la determinación del objeto protegido por el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, divide las distintas aproximaciones al derecho, de lo que podemos obtener ciertas luces sobre la noción de titularidad-legitimación activa del derecho. Explica el autor, que existen tres teorías o posibilidades de extensión del objeto jurídico protegido del artículo 19 N°8:

i) **Restictiva**, en que el objeto del derecho “comprende solo el entorno más inmediato del individuo titular del derecho” toda vez que lo que se resguarda en el artículo 19 N°8 es el derecho a “vivir” en un medio ambiente libre de contaminación. Bajo esta premisa, este derecho no sería más que una particularización del derecho a la vida⁵²;

ii) **Ecologista** o amplia, que considera que el objeto del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación es completamente distinto del derecho a la vida y que su centro está en el concepto de medio ambiente “el cual se fracciona en un sin número de elementos concatenados conformadores de un sistema”. Desde esta perspectiva, no solo son relevantes las interacciones entre los distintos sistemas y subsistemas ecológicos, de modo que la afectación ambiental de una zona tendrá impactos en esa zona determinada y también a nivel regional o mundial⁵³, sino también son relevantes las interacciones de la regulación ambiental con otras regulaciones económicas y sectoriales; y,

iii) **Del entorno adyacente** o teoría intermedia. De acuerdo con esta, el objeto del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación hace referencia a un medio ambiente vinculado al ser humano, de modo que lo que se protege es el medio ambiente necesario para el desarrollo de sus potencialidades. Así, no sería reducible a otros derechos como su vida, o su integridad física o psíquica, pero tampoco sería tan amplio que no tenga relación alguna con el desarrollo del individuo⁵⁴.

Todas estas teorías, delimitando el objeto de protección del derecho, contribuyen a determinar, también, quien es el titular del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación y, por tanto, quien es el legitimado activo para presentar una acción constitucional en su defensa. Si se adscribe a una idea restrictiva, solo será legitimado quien vea afectada su vida o integridad física. Por su parte, si se adscribe a la del entorno adyacente, será legitimado cualquiera que vea afectado el entorno necesario para su desarrollo espiritual. Finalmente, si se si se adscribe a una ecologista o amplia, pareciera haber cabida a una protección del derecho como derecho o interés colectivo o difuso, pues considerando la calidad de bien jurídico colectivo del medioambiente, todo aquel que logre demostrar que la afectación de un ecosistema incide en los demás ecosistemas, sin perjuicio de no acreditar una afectación directa, podría estar legitimado a recurrir de protección por la afectación del artículo 19 N°8 de la Constitución.

La interpretación de la doctrina como de la jurisprudencia tiende a considerar que la legitimación activa para recurrir de protección por el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación es amplia, pues, como señala BORDALÍ, este recurso se ha reconocido a cualquier

51. BORDALÍ, Andrés (1998). Titularidad y legitimación activa sobre el ambiente en el derecho chileno. En: *Revista de Derecho*, 9(1), p. 13.

52. BERMÚDEZ, Jorge (2007), p. 118.

53. BERMÚDEZ, Jorge (2007) p. 122.

54. BERMÚDEZ, Jorge (2007), p. 123.



persona afectada en sus derechos ya sea natural o jurídica⁵⁵. Lo anterior, sin perjuicio de que autores como EVANS⁵⁶ o el mismo BERMÚDEZ⁵⁷ sostengan que este derecho es propio solo de las personas naturales, pues desde la citada sentencia en la causa “Trillium” se ha consolidado la jurisprudencia que sostiene el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación también procede para las personas jurídicas⁵⁸.

No obstante, dicha amplitud suele encontrar una poderosa traba cuando se traslada a la discusión a las categorías sobre derechos subjetivos o derechos colectivos, pues a la hora de exigir la protección procesal del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, este suele circunscribirse a la lógica de derecho subjetivo. Ello, en línea con el catálogo de garantías del artículo 19 de la Constitución y con el alcance del recurso de protección establecido, en principio, exclusivamente para proteger derechos subjetivos. Al respecto, BERMÚDEZ sostiene que “el medio ambiente en cuanto tal es un bien jurídico colectivo, sin embargo, para obtener su amparo por la vía del 19 N°8 CPR, no basta esta titularidad genérica o erga omnes, es necesario invocar un derecho subjetivo que efectivamente fue afectado”⁵⁹.

En otras palabras, sin perjuicio del reconocimiento de la dimensión colectiva del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación y, por tanto, de una titularidad también colectiva sobre él, se ha considerado que dicha titularidad no está protegida procesalmente por el recurso de protección, pues este solo permitiría la protección del derecho como interés individual o derecho subjetivo.

En tal sentido, es reiterado por los Tribunales Superiores de Justicia, que el recurso de protección no es una acción popular, es decir, que no es una acción que se pueda interponer por cualquier persona para proteger el ordenamiento⁶⁰ o destinada a proteger derechos colectivos, siendo necesario que “quien o para quien se acude de protección sea el personal o directamente afectado y se encuentre debidamente individualizado”⁶¹. Ello tiene consecuencias cuando el afectado no es un individuo determinado sino una colectividad, como podrían ser todos los habitantes de una comuna o las generaciones futuras, pues en tal caso no existiría la posibilidad de recurrir de protección en su nombre⁶².

Resulta ilustrativo al respecto, lo sostenido por la Excelentísima Corte Suprema en la causa rol N°25.128-2019, en la que conociendo de apelación en el contexto de un recurso de protección presentado por la Municipalidad de Caldera en contra de las sociedades Cross Media SpA, Asesoría A&O SpA, y Los Llanos S.A., por la obstaculización en el acceso de las personas a Playa La V. y a Playa Blanca, delineó importantes puntos:

“En cuanto al primero de los argumentos, es útil recordar que esta Corte ha aceptado que la individualización de las personas afectadas se haga en listados o documentos anexos (especialmente si los listados o documentos anexos (especialmente si los interesados son muchos), pero ello difiere sustancialmente de lo peticionado por la actora. (...) En efecto, no puede entenderse satisfecha la exigencia de legitimación activa con el mero acompañamiento de documentos dirigidos, a su vez, a la persona que interpone el recurso, pues los intereses subjetivos son directos, personalísimos e inherentes a individuos precisos y determinados.

55. BORDALÍ, Andrés (1998), p. 14.

56. EVANS, Enrique. El derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Su real alcance. 82.

57. BERMÚDEZ, Jorge (2000), p. 10.

58. En efecto, en el caso de los recursos de protección por los episodios de intoxicación de Quintero y Puchuncaví, diversas ONGs interpusieron un recurso de protección, y habiendo acreditado debidamente su interés, no hubo obstáculo para que sus recursos fuesen tramitados y acogidos. Corte Suprema. Sentencia en la causa rol 5888-2019. Francisco Chahuan Chahuan Contra Empresa Nacional De Petróleos, Enap S.A.

59. BERMÚDEZ, Jorge (2000). El derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso XXI, p. 10.

60. OSANDON, Jorge (2015), p. 128

61. GUZMAN ROSEN, Rodrigo, La regulación constitucional del ambiente en Chile. Aspectos sustantivos y adjetivos. Historia, doctrina y jurisprudencia. Santiago de Chile: Abeledo-Perrot. 2010, p. 289.

62. Por este motivo quedan fuera los recursos de protección presentados por las Municipalidades a nombre de los habitantes indeterminados de sus comunas.



En lo que atañe al segundo de los fundamentos, **la circunstancia que se invoque la tutela de intereses colectivos, difusos o indeterminados, no altera las reglas de legitimación activa, pues siempre será necesario que se acredite la existencia de un interés para el ejercicio de la acción.** Ciertamente, la protección del medio ambiente constituye un asunto de alta importancia y concierne a la humanidad en su conjunto. Incluso, debe reconocerse que las acciones que hoy se adopten (así como aquellas que se omitan) incidirán en el medio ambiente del que dispondrán las futuras generaciones”.

En el mismo sentido en la causa rol N°44.066-2020 la Excelentísima Corte Suprema rechazó la acción interpuesta por el Alcalde de la Municipalidad de los Álamos, a raíz de la extracción ilegal de áridos del río Trongol, entre otras cosas, por no haber especificado las personas en cuyo nombre se accionó:

“SEGUNDO: Que, por lo mismo, es exigencia de la referida acción acreditar la legitimación activa del amparado, puesto que es menester para su procedencia la existencia de un perjudicado o agraviado, esto es, alguna persona determinada que “por causa de actos u omisiones arbitrarios o ilegales sufra privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de un derecho...”, desde que como se ha sostenido reiteradamente por esta Corte el recurso de protección no constituye una acción popular, sino que corresponde al directamente lesionado con el acto u omisión que se reclama, pudiendo otro comparecer en su representación o a su nombre”⁶³

Asimismo, la Corte Suprema en la sentencia en la causa rol N°45059/2017, a raíz del recurso de protección interpuesto por el Concejal de la Ilustre Municipalidad de Iquique, por la extracción de áridos desde el Santuario Cerro Dragón en la comuna de Iquique y Alto Hospicio, sostuvo que:

“Séptimo: Que, siguiendo con el análisis de la disposición transcrita, dicho acto u omisión debe afectar a quien recurre, dicha afectación debe ser directa, y se debe demostrar la perturbación, privación o amenaza que se impetra. Como es sabido, esta Corte ha sostenido que tratándose del reclamo de ilegalidad de la Ley de Municipalidades, basta para interponerlo invocar y probar la existencia de un interés legítimo, en tanto, para accionar un recurso de protección, es necesario que quien incoa la acción de tutela de garantías fundamentales acredite la existencia de un derecho indubitado a su favor que se encuentre amagado.

Sobre el particular, el recurrente de autos no describe y tampoco prueba en qué forma la garantía que invoca conculcada afecta su derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación y, no siendo esta acción cautelar de urgencia una acción popular, ello es de suyo suficiente para revocar la sentencia en alzada y rechazar consecuencialmente el recurso de protección”⁶⁴

Se suma al anterior, el razonamiento esgrimido por la Corte Suprema en el ya comentado caso de los recursos de protección presentados por los episodios de intoxicación en Quintero y Puchuncaví. La Corte Suprema conociendo de la apelación, si bien acogió en su mayoría los recursos presentados, rechazó los recursos interpuestos en nombre de personas indeterminadas o con formulaciones genéricas (Municipalidad de Puchuncaví, Municipalidad de Quintero y una persona natural). En específico sostuvo:

“Así las cosas, del examen de los antecedentes se desprende que en las dos primeras presentaciones citadas no se efectuó determinación alguna respecto de las personas por quienes se acciona, mientras que en la tercera sólo se identifica a una persona como

⁶³. Corte Suprema. Sentencia en la causa rol 44.066-2020. Municipalidad de los Álamos con Recicladora Muñoz y Cía Limitada y Otros.

⁶⁴. Corte Suprema. Sentencia en la causa rol N° 45059/2017. Matías Ramírez Pascal contra Constructora FV S.A. y Otro.



titular de los derechos que se estiman conculcados, resulta evidente que en esos tres escritos no se acreditó el interés directo en las garantías constitucionales que se reclaman como afectadas, con excepción de la situación vinculada con doña Eliana Olmos Solís, Alcaldesa de Puchuncaví, motivo suficiente para concluir que, salvo en lo que atañe a esta última persona, dichas presentaciones no precisan personas afectadas, circunstancia que es necesaria para accionar, razón por la que esos tres recursos de protección, en cuanto se refieren en abstracto a los derechos de los habitantes de las comunas de Quintero y Puchuncaví, no están en condiciones de prosperar”.

Ahora bien, también es posible identificar un razonamiento que se aleja de lo anterior, en la sentencia previamente citada en el caso “Trillium”. En la sentencia rol N°2732 del año 1996, como ya se expresó, la Excelentísima Corte Suprema reconoció expresamente que el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación es, a la vez, un derecho subjetivo público y un derecho colectivo público y, por medio de ello, reconoció legitimación activa a las personas jurídicas, marcando un hito jurisprudencial en materia de protección ambiental. En específico señaló que:

“el patrimonio ambiental, la preservación de la naturaleza de que habla la constitución y que ella asegura y protege, es todo lo que naturalmente nos rodea y que permite el desarrollo de la vida y tanto se refiere a la atmósfera como a la tierra y sus aguas, a la flora y la fauna, todo lo cual conforma la naturaleza con su sistema ecológico de equilibrio entre los organismos y el medio en que viven. Así, **son titulares de este recurso, necesariamente, todas las personas naturales o jurídicas que habitan el Estado y que sufran una vulneración del derecho al medio ambiente libre de contaminación que asegura el artículo 19 N° 8 del texto fundamental**”.

Con ello la Corte entregó una legitimación activa amplia, pues reconociéndose que se trata de un derecho colectivo, hace recaer la titularidad en todas las personas naturales o jurídicas que habitan el Estado⁶⁵. Este razonamiento es identificado por BORDALÍ como el correcto a la hora de aproximarse al derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, porque permite separarlo de la protección de derechos reconocidos en otros numerales del artículo 19 (como la propiedad, la vida o la integridad física y psíquica)⁶⁶.

Sin perjuicio del reconocimiento jurisprudencial de la dimensión de derecho colectivo del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, la Corte Suprema sostiene constantemente que el recurso de protección no es una acción popular, es decir, que no se trata de una acción que sirva para proteger el derecho en su dimensión colectiva, debiendo acreditarse una afectación directa. En efecto, tratándose de las personas jurídicas el reconocimiento de su posibilidad de invocar el 19 N°8 en su dimensión colectiva, se encuentra vinculada a la posibilidad de acreditar un interés ambiental individual de la persona jurídica, típicamente expresado en sus estatutos⁶⁷.

Como se puede apreciar, el criterio de la Excelentísima Corte Suprema, sin perjuicio de su razonamiento en el caso Trillium y del reconocimiento de la dimensión de derecho colectivo del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, tiende a ser uniforme sobre la necesidad de acreditar la vulneración de un derecho subjetivo para poder interponer de recurso de protección⁶⁸.

65. Sostiene Andrés Bordalí, que con ello se estaría reconociendo una especie de “acción popular”. En: BORDALÍ, Andrés (1998), p. 17

66. BORDALÍ, Andrés (1998), p. 15

67. En este sentido ver: OSSANDON, Jorge (2015), p. 125 “La clave para otorgar titularidad respecto de este derecho a personas jurídicas radica en determinar si posee, como un elemento de su esencia, alguna conexión con el medio ambiente, de forma tal que sin un medio ambiente sano no sirva ya a los fines propios para lo cual fue creada, decayendo todo su propósito y actividad. Así, el ordenamiento jurídico – constitucional debe entregarle algún tipo de protección para defenderse ante un ataque a la esencia de su existencia como persona jurídica”.

68. El problema se ha evidenciado, como se desprende de las sentencias citadas, en la situación de los Municipios, a quienes, pese al deber de garantías del medio ambiente y de los intereses de los habitantes de su comuna, no se les reconoce legitimidad para recurrir a nombre de los habitantes de ella sin individualizar personas específicamente vulneradas, frente a eventos que dañan el medio ambiente.



3. EL OBJETO PROTEGIDO POR EL ARTÍCULO 19 DE LA CONSTITUCIÓN NO CONTEMPLA AL MEDIO AMBIENTE EN SÍ MISMO

3.1. LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA PROTEGE AL SER HUMANO

Como ya se ha reiterado, el artículo 19 N°8 de la Constitución, además de consagrar el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, establece el deber del Estado de velar por que este derecho no sea vulnerado y de preservar la naturaleza. De este deber surge la pregunta sobre si la Constitución, además de garantizar el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, garantiza también la protección del medio ambiente en sí mismo. Al respecto, gran parte de la doctrina sostiene que la inclusión de este derecho-deber en el artículo 19 de la Constitución, el que como se señaló, establece un catálogo de derechos centrados en las personas, permite descartar esa posibilidad.

CORRAL sostiene que el “medio ambiente no es un bien protegible en sí mismo, con un valor per se, sino en razón del hombre que desarrolla su existencia gracias a él”⁶⁹. Por su parte, CARRASCO indica que “no existe una definición o regulación del medio ambiente o uno afín a este, ya que lo que ampara la CPR es solo el derecho a un entorno que admita el desarrollo de la vida de las personas o seres humanos en relación a él”⁷⁰, mientras que BERMÚDEZ plantea que se debe “descartar la invocación del derecho, con un afán meramente protector de la naturaleza en cuanto bien jurídico en sí mismo tutelado”⁷¹. Finalmente, EVANS, sostiene que “la Constitución no pretende cautelar en forma concreta otros bienes jurídicos, como las bellezas naturales, el paisaje, la intangibilidad y preservación de los recursos que la naturaleza pone a disposición de los hombres, las aguas, los bosques o la defensa de una política ecológica determinada. Estos son elementos de la vida social que pueden ser protegidos por textos legales en que se cumpla el encargo hecho al Estado de tutelar la preservación de la naturaleza”⁷².

Lo anterior encontraría su fundamento en que el artículo 19 N°8 de la Constitución busca proteger el derecho a “vivir” en un medio ambiente libre de contaminación y que dicho vivir se encuentra estrechamente ligado a otros derechos como el derecho a la vida, a la integridad física y psíquica y a la salud, todos derechos subjetivos asociados a una persona específica y no a una colectividad o al medio ambiente en sí mismo.

En otras palabras, la Constitución Política de la República habría declarado una preocupación basada en la relación del ser humano con la naturaleza o con el medio ambiente y no una preocupación por el medio ambiente en sí mismo, mostrando un marcado acento antropocéntrico, en que lo central es mantener o mejorar la calidad de vida de las personas⁷³ o como sostiene ARANDA en que en la relación de conflicto y dominación de la naturaleza, se sitúa al ser humano “en el centro de las preocupaciones y conductas correctas e incorrectas”⁷⁴.

Cabe señalar que este cariz antropocéntrico de la Constitución no ha sido un asunto controvertido pues, en los términos de este análisis, que la Constitución asegure el derecho a las personas se erige como una barrera de entrada al sistema. No se intenta defender los derechos del medio ambiente por sí mismo, pues las judicializaciones, ya sean a raíz del recurso de protección o de otro tipo de acción legal⁷⁵, deben cumplir con los requisitos de entrada al sistema, que obligan a indi-

69. CORRAL, Hernán (1999): “El sistema de impacto ambiental y la responsabilidad civil por daño al medio ambiente”, en *Revista de Derecho Administrativo Económico*, Vol. I, N° 1, p. 81.

70. CARRASCO, Edesio (2020), p. 8

71. BERMÚDEZ, Jorge (2000), p. 11

72. EVANS, Enrique (2004). *Los derechos constitucionales*. Tomo II, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, p. 312

73. CARRASCO, Edesio (2020), p. 21

74. ARANDA, Jorge (2010) ¿Derechos a la naturaleza o derechos de la naturaleza? El pensamiento ecocéntrico en el derecho ambiental Chileno. En: *Actas de las V Jornadas de Derecho Ambiental*. Santiago de Chile: AbeledoPerrot, 2010, p. 315.

75. Nuestra institucionalidad ambiental, a través de la Ley 20.600 que creó los Tribunales Ambientales y específicamente su artículo 17, ha consagrado diversas acciones judiciales de conocimiento exclusivo de los Tribunales Ambientales. Dentro de ellas es posible identificar reclamaciones por inobservancia de las observaciones ciudadanas en el SEIA, reclamaciones



car una afectación directa en tanto persona, dejando fuera una posible titularidad de otros seres vivos como los animales, los ríos, los bosques o las montañas.

No obstante, es posible identificar en los pronunciamientos del Tribunal Constitucional y de la Corte Suprema el acento puesto en el ser humano al hablar del 19 N°8 de la Constitución. Por ejemplo, el Tribunal Constitucional en su sentencia en la causa rol 1988-2011, citando a BASCUÑAN sostuvo que “la doctrina ha señalado que ‘la naturaleza aparece así como un valor, un bien o patrimonio que pertenece a la colectividad y que debe ser mantenido y protegido para que **lo puedan disfrutar y aprovechar las personas en el presente y en el futuro**”⁷⁶. Por su parte, la Excelentísima Corte Suprema sostuvo en la causa rol N°3929-2013, refiriéndose al derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, que “la idea es garantizar que el medio ambiente no afecte la salud e integridad de las personas, y de otro lado, se trata del derecho a vivir en un medio ambiente sin contaminación, que busca la protección de toda la humanidad, y en especial de las generaciones futuras”⁷⁷.

3.2. CONFLICTOS CON EL RECONOCIMIENTO DE LOS DERECHOS DE LA NATURALEZA

Lo anterior es relevante cuando se busca avanzar en la protección del medio ambiente, y se reconoce su valor con independencia de la relación que el ser humano pueda tener con él.

La relación de dominio que el ser humano desarrolló con la naturaleza olvidó que el medio ambiente, además de ser el soporte de la vida en general, es el soporte de la vida humana, redundando en daños que afectan su propia existencia⁷⁸. Es por ello que, a lo largo de los años, diversas voces han relevado la importancia de reconocer derechos a la naturaleza por su valor intrínseco, inclinándose por sistemas valóricos en que el medio ambiente se encuentra en el centro (ecocentrismo).

Sin perjuicio de que el reconocimiento de valor intrínseco a la naturaleza no es un concepto novedoso, pues las cosmovisiones indígenas lo han puesto de relieve ancestralmente⁷⁹, la discusión para efectos de un reconocimiento jurídico es reciente. En efecto, es posible identificar gérmenes del reconocimiento de los derechos de la naturaleza, por ejemplo, en la dictación del Convenio de París sobre la protección de las aves útiles para la agricultura en 1902, el Convenio de Londres en 1930, para la conservación de la flora en la zona natural de África⁸⁰, o la Declaración de los Derechos del Animal en 1977 adoptada en Londres al alero de la Unesco⁸¹. Sin embargo, no fue sino hasta la publicación del ensayo “Should trees have standing? o “¿Deberían los árboles tener derechos en juicio?” de Christopher STONE, que se comenzó a hablar de la posibilidad de reconocer a la naturaleza como un ente con derechos jurídicos.

STONE planteó que por más que suene gracioso o impensable, la naturaleza (bosques, océanos, ríos y otros “recursos naturales”) debiese tener derechos en sí misma, y que no existe ningún impedimento, más allá de la evolución jurídica en reconocerlos, pues en el Derecho abundan las ficciones en que se reconocen derechos a objetos inanimados: corporaciones, universidades, municipalidades, la Iglesia o los mismos Estados. Agrega que la historia entrega ejemplos de reco-

en contra de las decisiones de la Superintendencia del Medio Ambiente, demandas por daño ambiental, y reclamaciones derivadas de la invalidación de la Ley 19.800 de Procedimiento Administrativo. Para accionar en cada una de las situaciones contempladas por el artículo 17 es necesario haber cumplido con los requisitos administrativos previos, así como con los requisitos judiciales que exigen la acreditación de un interés subjetivo o colectivo basados en las personas. Ninguna de estas acciones contempla la posibilidad de accionar en nombre del medio ambiente en sí mismo.

76. STC 1988-2011 Considerando 56

77. Corte Suprema. Sentencia en la causa rol N°3929-2013. “Segundo Octavio Padilla Quezada con Municipalidad de Chile Chico”.

78. ARANDA, Jorge (2010), p. 314.

79. MARTÍNEZ, Esperanza y ACOSTA, Alberto. Los Derechos de la Naturaleza como puerta de entrada a otro mundo posible. En: Rev. Direito e Práx., Rio de Janeiro, Vol. 08, N. 4, 2017. p. 2931

80. CARRASCO, Edesio (2020), p. 11.

81. En donde se plantea el reconocimiento de sus derecho a la vida y a la libertad y la prohibición de la tortura y maltrato.



nocimientos de derechos impensados en su momento (a las mujeres, a los niños, a los judíos, a los afrodescendientes)⁸².

En nuestro país, incluso antes de la dictación de la Constitución de 1980, cuando se buscaba delinear los contornos del Derecho Ambiental, STUTZIN advertía que reconocer derechos a la naturaleza es un imperativo. El autor, sostuvo que, desde la Segunda Guerra Mundial, “ha quedado de manifiesto que la naturaleza, pese a su poder de resistencia y regeneración, es esencialmente vulnerable cuando es atacada sin escrúpulos en todos los frentes, lográndose de este modo desbaratar sus defensas y desarticular su organización”⁸³. Por ello, señala que es preciso reconocer “que la naturaleza posee intereses propios que son independientes de los intereses humanos y muchas veces contrapuestos a éstos en la perspectiva temporal”⁸⁴ y que esta “no solamente tiene existencia “natural” y reúne condiciones inigualables de organización, estabilidad, vitalidad y autonomía, sino que además cumple la función de mantener en nuestro planeta la esfera de la vida de la cual depende nuestra propia existencia”⁸⁵.

El desarrollo posterior de esta propuesta en el país quedó deprimido por la visión antropocéntrica imperante y adoptada por la Constitución. No obstante, en la actualidad se hace necesario volver sobre estas discusiones, frente a la creciente concientización sobre la necesidad de proteger el medio ambiente, la crisis climática actual y el escenario internacional en donde se avanza en el reconocimiento de derechos a la naturaleza a nivel constitucional, legal y jurisprudencial como mecanismo para avanzar en la protección del medio ambiente⁸⁶.

En este sentido, ARANDA en un trabajo de revisión de los planteamientos de STUTZIN y en el contexto del reconocimiento de la cosmovisión indígena, en principio ecocéntrica, sostiene que una ética antropocéntrica o una visión ecocéntrica, a priori, no deberían ser absolutamente excluyentes y, por ende, completamente desechada la una o la otra⁸⁷. Por su parte, YAÑEZ señala que los derechos de la naturaleza “relativiza(n) la noción antropocéntrica del derecho, y básicamente, la epistemología antropocéntrica que regula toda nuestra vida”⁸⁸. En la misma línea, COSTA, ha indicado que “Reconocimos el medio ambiente como derecho humano, pero no es suficiente para resguardar una mínima integridad del mismo, ahora avanzamos por el reconocimiento de la naturaleza como sujeto de derechos porque pareciera ser una forma en que el derecho logre resguardarla”⁸⁹. Finalmente, MORAGA sostiene que “En Latinoamérica, dado nuestra cercanía con un patrimonio natural que es infinito, no ilimitado, nos permite avanzar a este concepto nuevo de ecocentrismo que pretende superar la hegemonía de los seres humanos sobre la naturaleza que ha sido tan nefasta para mantener el equilibrio ambiental en materia planetaria”⁹⁰.

82. STONE, Christopher. Should trees have standing? Towards Legal Rights for Natural Objects. *Southern California Law Review* 45 (1972):450-501.

83. STUTZIN, Godofredo (1984) Un imperativo ecológico: reconocer los derechos de la naturaleza AMB. y DES. VOL. I, N° 1, p. 99.

84. STUTZIN, Godofredo (1984), p. 103.

85. STUTZIN, Godofredo (1984), p. 104.

86. En el año 2008, la Constitución de **Ecuador**, en su capítulo 7, entre sus artículos 71 a 74 reconoció derechos a la Naturaleza y a la Pachamama. **Bolivia** comienza el preámbulo de su Constitución reconociendo a la “Sagrada Madre Tierra” y ha regulado su protección a través de la Ley N°300 Marco de la Madre Tierra y Desarrollo Integral Para Vivir Bien, en donde se reconocen derechos a la naturaleza. **Nueva Zelanda** a través de la Ley, en el año 2013, reconoció al Parque Nacional Te Urewera como persona jurídica y en el año 2017 hizo lo mismo con el río Whanganui. Por su parte, a nivel jurisprudencial en **Colombia**, ha reconocido derechos al Río Atrato en el año 2016 (T-622/16) y a la Amazonía en el año 2018 (STC3460-2018).

87. ARANDA, Jorge (2010), p. 325.

88. DÍAZ, Paula (2020). ¿Debería la Naturaleza Tener Derechos? La propuesta que reflató ante la posibilidad de redactar una nueva Constitución. *Ladera Sur*, 13 julio 2020. En línea: <https://laderasur.com/articulo/deberia-la-naturaleza-tener-derechos-la-propuesta-que-refloto-ante-la-posibilidad-de-redactar-una-nueva-constitucion>

89. DÍAZ, Paula (2020).

90. MORAGA, Pilar. La urgente necesidad de avanzar del antropocentrismo al ecocentrismo. En *Congreso Futuro*. 21 enero 2020. En línea: <http://derecho.uchile.cl/noticias/161100/pilar-moraga-la-urgente-necesidad-de-avanzar-al-ecocentrismo>



3.3. ANTROPOCENTRISMO MODERADO

Sin perjuicio del carácter antropocéntrico de la Constitución en relación al derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, se ha reconocido que la práctica jurisprudencial tiende a la moderación, pues se ha buscado y determinado la protección del medio ambiente en sí mismo, a través de la protección de los componentes del medio ambiente (suelo, aire, agua). En este sentido ARANDA sostiene que si bien el antropocentrismo ha sido y es la principal fuente de influencia ético ecológica “ya no es un pensamiento avasallador”⁹¹, mientras que CARRASCO, señala que pese a que la “aproximación en lo formal es subjetiva—en función de quienes reclaman—en la práctica, tácitamente, en sus razonamientos y resultados, las sentencias han empezado a mostrar un resguardo del patrimonio ambiental específico en razón de sus atributos, dando cuenta de un antropocentrismo evolutivo”⁹².

Ahora bien, la invocación directa del artículo 19 N°8 que consagra el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, a través del recurso de protección, se ha visto fuertemente limitada desde que comenzaron a funcionar los tribunales ambientales. Desde ese entonces, las discusiones más importantes sobre la afectación al medio ambiente se circunscriben a contenciosos administrativos relativos a la aprobación o no de la instalación de proyectos y a la aplicación de los principios preventivos y precautorios que rigen la institucionalidad ambiental.

A modo de ejemplo, y en lo referente a la protección de los océanos, la discusión sobre la afectación de la Reserva Nacional Pingüino de Humboldt por la instalación de una Mina de Hierro (Mina Dominga)⁹³ o por la instalación de un Puerto (Cruz Grande)⁹⁴ y la discusión sobre la afectación de la Reserva Nacional Kawésqar por la instalación de centros de cultivo salmoneros en su interior, se han dado en el contexto de la evaluación de proyectos ante el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, en donde es posible identificar argumentos relacionados con el ser humano, pero también con la protección de la naturaleza, de los océanos en sí mismos. En ambos casos, las razones esgrimidas por los reclamantes para no aprobar los proyectos han estado determinadas por el valor natural único, ligado a las riquezas naturales como colonias de Pingüinos de Humboldt y cetáceos en el caso de la Reserva Nacional Pingüino de Humboldt, o fiordos en donde la biodiversidad es invaluable y es posible encontrar toninas, delfines, lobos marinos, petreles, pingüinos magallánicos, entre otros, en el caso de la Reserva Nacional Kawésqar.

De todos modos, sea a través de las acciones propias de la Ley 20.600 que creó los Tribunales Ambientales o a través del recurso de protección, lo cierto es que las discusiones sobre la afectación de los ecosistemas, se aleja de a poco de una discusión centrada solo en el ser humano.

91. ARANDA, Jorge (2010) p. 325.

92. CARRASCO, Edesio (2020), p. 22.

93. Tercer Tribunal Ambiental. Causa rol R-1-2017. Andes Iron SpA. con Servicio de Evaluación Ambiental.

94. Segundo Tribunal Ambiental. Causa Rol R-101-2016 Johannes Jacobus Hendrikus Van Dijk y otro/ Director ejecutivo del Servicio de Evaluación Ambiental (Res. Ex. N° 106).



IV. ANÁLISIS Y CONCLUSIONES

De la revisión realizada es posible identificar que la consagración del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, además de ser un avance importante en la protección del medio ambiente, trajo consigo una serie de preguntas que han debido ser resueltas por la doctrina y la jurisprudencia.

La Constitución de 1980, optó por la consagración de un derecho “a vivir en un medio ambiente libre de contaminación” sin entregar luces sobre el concepto de medio ambiente ni el de libre de contaminación. Si bien, lo primero fue solucionado mediante la dictación de la Ley 19.300 de Bases del Medio Ambiente, las complicaciones sobre lo segundo permanecieron o incluso de incrementaron, siendo la jurisprudencia de la Excelentísima Corte Suprema la que ha ido solucionando y ampliando los márgenes de lo posible frente a este derecho.

Por su parte, el reconocimiento de la dimensión colectiva del derecho por parte de la doctrina y de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y la Corte Suprema, no se ve reforzada por una acción colectiva que permita invocarla y defenderla, pues la consagración del recurso de protección existente se funda en la defensa de una carta de derechos individuales en la que lo protegido es un derecho subjetivo.

Finalmente, el foco de atención del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación es la persona (natural o jurídica), de modo que nuestra Constitución no contempla la posibilidad de invocar la protección del medio ambiente en sí mismo.

La discusión constitucional en el contexto del actual proceso constituyente entrega una oportunidad para resolver estos nudos de la Constitución actual.

En primer lugar, avanzar en la protección del medioambiente podría estar asociado al reconocimiento del derecho a un medio ambiente sano, adecuado o ecológicamente equilibrado, en línea con el reconocimiento de un derecho humano al medio ambiente. Ello permitiría dejar atrás la necesidad de ampliar el concepto de “libre de contaminación” pues en la lógica de un medio ambiente sano se incluye no solo la contaminación, sino también otras afectaciones al medio ambiente como la degradación ambiental.

En segundo lugar, sin abandonar la dimensión de derecho subjetivo del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación y el recurso de protección, es posible avanzar hacia la consagración de una acción popular, que complemente y otorgue protección al medio ambiente en su dimensión de derecho colectivo.

Finalmente, la crisis actual urge por volver sobre discusiones éticas como la del ecologismo, en que el medio ambiente, en tanto vida, se ponga en el centro. La posibilidad de reconocer derechos a la naturaleza en sí misma, podría ser una opción que permita avanzar en la protección de la casa de todos.



V. BIBLIOGRAFÍA

TEXTOS

Acuerdo por la Paz y la Constitución. Punto N°2. [En línea] <https://media.elmostrador.cl/2019/11/Acuerdo-por-la-Paz-Social-y-la-Nueva-Constitucion%CC%81n-1.pdf>

AGUILAR, Gonzalo. (2016). Las deficiencias de la fórmula “derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación” en la constitución chilena y algunas propuestas para su revisión. *Estudios constitucionales*, 14(2), 365-416. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002016000200012>

ARANDA, Jorge (2010) ¿Derechos a la naturaleza o derechos de la naturaleza? El pensamiento ecocéntrico en el derecho ambiental Chileno. En: En: Actas de las V Jornadas de Derecho Ambiental. Santiago de Chile: AbeledoPerrot, 2010, pp. 313-327.

ATRIA, Fernando (2013). La Constitución Tramposa. Editorial LOM.

BAPTISTA, Rosario (2007). Derechos humanos: ¿individuales o colectivos? Propuestas para la nueva constitución desde diferentes miradas. En: Derechos Humanos y Acción Defensorial Año. 2, no. 2 [en línea] <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r23412.pdf>

BERMÚDEZ SOTO, Jorge (2000). El derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso XXI*.

BERMÚDEZ SOTO, Jorge (2007) Fundamento de Derecho Ambiental. 2da Edición. Ediciones Universitarias de Valparaíso, Pontificia Universidad Católica de Chile.

BERTELSEN REPETTO, Raúl. El recurso de protección y el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación: examen de quince años de jurisprudencia. En: *Revista Chilena de Derecho*. 1998, Vol.25 N°1.

BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. Constitución Política de la República de Chile. Promulgada el 18 de septiembre de 1925. [En línea] https://www.bcn.cl/Books/Constitucion_politica_de_Chile_1925/index.html#p=1

BIBLIOTECA NACIONAL. Historia de la Ley 20.050, p, X [En línea] <https://www.bcn.cl/>

[historiadelaley/fileadmin/file_ley/6131/HL-D_6131_37a6259cc0c1dae299a7866489d-ff0bd.pdf](https://www.bcn.cl/historiadelaley/fileadmin/file_ley/6131/HL-D_6131_37a6259cc0c1dae299a7866489d-ff0bd.pdf)

BORDALÍ, Andrés (1998). Titularidad y legitimación activa sobre el ambiente en el derecho chileno. En: *Revista de Derecho*, 9(1), 43-64. [en línea] <http://revistas.uach.cl/index.php/revider/article/view/3016/2497>

CARRASCO, Edesio (2020). El derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Perspectivas, evolución y estándares jurisprudenciales. Der Ediciones.

CENC. SESION 182ª, CELEBRADA EN MIERCOLES 14 DE ENERO DE 1976 [En línea] https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=recursoslegales/10221.3/3762/2/Tomo_VI_Comision_Ortuzar.pdf

CENC. Sesión 186ª, CELEBRADA EN MARTES 9 DE MARZO DE 1976. [En línea] https://www.bcn.cl/lc/cpolitica/constitucion_politica/Actas_comision_ortuzar/Tomo_VI_Comision_Ortuzar.pdf

CENC. SESION 215ª, CELEBRADA EN MIERCOLES 26 DE MAYO DE 1976, [En línea] https://www.bcn.cl/lc/cpolitica/constitucion_politica/Actas_comision_ortuzar/Tomo_VII_Comision_Ortuzar.pdf

CORDERO, Luis (2015). Lecciones de derecho administrativo. Thompson Reuters. 2º edición corregida.

CORRAL, Hernán (1999): “El sistema de impacto ambiental y la responsabilidad civil por daño al medio ambiente”, en *Revista de Derecho Administrativo*

Económico, Vol. I, N° 1.

DÍAZ, Paula. 13 de julio 2020. ¿Debería la Naturaleza Tener Derechos? La propuesta que reflató ante la posibilidad de redactar una nueva Constitución. *Ladera Sur*. En línea: <https://laderasur.com/articulo/deberia-la-naturaleza-tener-derechos-la-propuesta-que-refloto-ante-la-posibilidad-de-redactar-una-nueva-constitucion>

DOUGNAC, Fernando (s.f). Análisis del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, p, 42 [En línea] <https://fima.cl/site/wp-content/uploads/2009/08/DERECHO-A-VIVIR-LIBRE-DE-CONTMINACION-f-dougnac.pdf>



- ESPINOZA, Patricio. El derecho fundamental a vivir en un medio ambiente libre de contaminación como derecho social. En: *Revista de Derecho Público*, Vol 73.
- EVANS, Enrique (2004). Los derechos constitucionales. Tomo II, Santiago, Editorial Jurídica de Chile.
- EVANS, Enrique. El derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Su real alcance. [En línea] <http://repositorio.ugm.cl/bitstream/handle/20.500.12743/557/EL%20DERECHO%20A%20VIVIR%20EN%20UN%20AMBIENTE%20LIBRE.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- FIMA (2018) Discusión sobre el medio ambiente en el marco de una nueva constitución. [En línea] <https://www.fima.cl/wordpress/2018/07/23/revise-el-informe/>
- FUENTES, Ximena (2013). La Jerarquía y el Efecto Directo del Derecho Internacional en el Sistema Jurídico Chile. En: *Una Vida en la Universidad de Chile. Celebrando al Profesor Antonio Bascuñán Valdés*, Thomson Reuters.
- GUZMÁN ROSEN (2012). Principios, instituciones, instrumentos de gestión. Planeta Sostenible.
- GUZMAN ROSEN, Rodrigo (2010). La regulación constitucional del ambiente en Chile. Aspectos sustantivos y adjetivos. Historia, doctrina y jurisprudencia. Santiago de Chile. Abeledo-Perrot.
- KNOX, JOHN (2012). Informe del Experto independiente sobre la cuestión de las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el disfrute de un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible. En: *Consejo de Derechos Humanos 22º período de sesiones*. Tema 3 de la agenda, Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo. S.l.: Asamblea General Organización de las Naciones Unidas. A/HRC/22/43. [En línea] http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/RegularSession/Session22/A.HRC.22.43_sp.pdf
- MARTÍNEZ, Esperanza y ACOSTA, Alberto. Los Derechos de la Naturaleza como puerta de entrada a otro mundo posible. En: *Rev. Direito e Práx.*, Rio de Janeiro, Vol. 08, N. 4, 2017, p. 2927- 2961.
- MIGUEZ, Rodrigo (2014) De las cosas comunes a todos los hombres. Notas para un debate. *Revista Chilena de Derecho*, vol. 41 N° 1, pp. 7 - 36.
- MORAGA, Pilar. La urgente necesidad de avanzar del antropocentrismo al ecocentrismo. En *Congreso Futuro*. 21 enero 2020. [En línea] <http://derecho.uchile.cl/noticias/161100/pilar-moraga-la-urgente-necesidad-de-avanzar-al-ecocentrismo>
- NASH, Claudio (2012). Derecho internacional de los derechos humanos en Chile: recepción y aplicación en el ámbito interno. Centro de Derechos Humanos, Universidad de Chile.
- NOGUEIRA, Humberto (2007) El Recurso de Protección en el Contexto del Amparo de los Derechos Fundamentales Latinoamericano e Interamericano. *Revista Ius et Praxis*, 13 (1): 75 - 134
- OSSANDON, Jorge (2015). Garantías fundamentales de las personas jurídicas. ¿Titulares del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación? En: *Revista de Derecho Público/ vol. 8 3, 2º s e m.*
- RUIZ-TAGLE, Pablo (2006). La trampa del neopresidencialismo: la Constitución “Gatopardo”. En: CRISTI, Renato y RUIZ-TAGLE, Pablo. *La República en Chile. Teoría práctica del Constitucionalismo Republicano*. LOM ediciones.
- RUIZ-TAGLE, Pablo (2006). El constitucionalismo chileno: entre el autoritarismo y la democracia. En: CRISTI, Renato y RUIZ-TAGLE, Pablo (2006), p, 131 y siguientes y CEA EGAÑA, José Luis (2015). *Derecho Constitucional Chileno*. Tomo I. Ediciones UC. 2º Edición.
- SILVA BASCUÑAN, Alejandro (2008). *Tratado de Derecho Constitucional*, segunda edición, tomo XII, De los Derechos y Deberes Constitucionales, Santiago, Edit. Jurídica de Chile.
- STONE, Christopher (1972) Should trees have standing? Towards Legal Rights for Natural Objects. *Southern California Law Review* 45:450-501.
- STUTZIN, Godofredo (1984) Un imperativo ecológico: reconocer los derechos de la naturaleza AMB. y DES. VOL. I, N° 1, págs. 97-114, dic. 1984.



VIVANCO, Ángela (2007). Curso de Derecho Constitucional. Bases conceptuales y doctrinarias del Derecho Constitucional. Tomo I. Ediciones Universidad Católica de Chile, segunda edición.

JURISPRUDENCIA:

a) Corte Suprema

Corte Suprema. Sentencia en causa Rol N°19.824 de 1985. Agricultores cercanos al Valle de Azapa en contra de las actuaciones de la Dirección de Riego y del Ministerio de Obras Públicas.

Corte Suprema en la causa rol 12753-1988. Comité Ciudadano por la Defensa del Medio Ambiente y el Desarrollo de Chañaral y la comunidad de Chañaral con Corporación Nacional del Cobre División Salvador.

Corte Suprema. Causa Rol N°5191-2010. Sario Abarca Andrés Patricio con Viñedos Valle De Casablanca S.A.

Corte Suprema. Rol 1462-2020, Asociación Indígena Wekuyen y otros con Servicio de Evaluación Ambiental de la Región de Valparaíso

Corte Suprema. Sentencia en la causa rol 5888-2019. Francisco Chahuan Chahuan Contra Empresa Nacional De Petróleos, Enap S.A.

Corte Suprema. Sentencia en la causa rol 9852-2013. Marisol Ortega Aravena y otros contra Endesa Chile S.A. Considerando Octavo.

Corte Suprema. Sentencia en causa rol 11.694-2013, Decano de la Facultad de Ciencias Agronómicas de la Universidad de Chile con Minera Española Chile Limitada.

Corte de Apelaciones Valparaíso. Sentencia en la causa rol 34140-2020, Corporación Pro Defensa Del Patrimonio Histórico y Cultural de Viña del Mar y otra con Makroceano S.A.

Corte Suprema. Sentencia en la causa rol 2732-1996. Horvath Kiss, Antonio y otros con Comisión Nacional del Medio Ambiente.

Corte Suprema. Sentencia en la causa rol 12808-2019. Fundación Yarur Bascuñan con Constructora Vimac SPA.

Corte Suprema. Sentencia en la causa rol 44.066-2020. Municipalidad de los Alamos con Recicladora Muñoz y Cía Limitada y Otros.

Corte Suprema. Sentencia en la causa rol N° 45059/2017. Matías Ramírez Pascal contra Constructora FV S.A. y Otro.

Corte Suprema. Sentencia en la causa rol N°3929-2013. Segundo Octavio Padilla Quezada con Municipalidad de Chile Chico.

b) Tribunal Constitucional

Tribunal Constitucional. Sentencia en causa rol 577/2006. Requerimiento de inconstitucionalidad respecto del Decreto Supremo N° 80, de 26 de agosto de 2006, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia en, que establece la norma de emisión para molibdeno y sulfatos de efluentes descargados desde tranques de relaves al estero Carén.

Tribunal Constitucional. Sentencia en la causa rol 1988-11. Requerimiento presentado por 17 Senadores respecto de la inconstitucionalidad del Convenio Internacional para la Protección de Obtenciones Vegetales (UPOV-91). Boletín N° 6426-10.

Tribunal Constitucional. Sentencia en causa rol 2386-2013. Requerimiento presentado por un grupo de Senadores, para que se declare la inconstitucionalidad de los artículos 1º, numeral 19 y segundo transitorio del proyecto de ley que “modifica en el ámbito de la sustentabilidad de recursos hidrobiológicos, acceso a la actividad pesquera industrial y artesanal y regulaciones para la investigación y fiscalización, la ley General de Pesca y Acuicultura contenida en la ley N°18.892 y sus modificaciones”, contenido en el Boletín N° 8091-21.

c) Tribunal Ambiental

Tercer Tribunal Ambiental. Sentencia en la causa rol R-1-2017. Andes Iron SpA. con Servicio de Evaluación Ambiental.

Segundo Tribunal Ambiental. Sentencia en la causa Rol R-101-2016 Johannes Jacobus Hendrikus Van Dijk y otro/Director ejecutivo del Servicio de Evaluación Ambiental (Res. Ex. N° 106).



Este Informe se
imprimió en papel
Shiro Echo
120 gr.

ISBN
978-956-09179-3-5