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

Boletín N°12013-21

"El gobierno tuvo su origen en el propósito de encontrar una forma de asociación que defienda y proteja la persona y la propiedad de cada cual, con la fuerza común de todos."

Jean Jacques Rousseau

Idea matriz

A través de esta moción, se vienen a establecer una reserva legal de dominio, para concebir que toda riqueza hidrobiológica marina, sea parte del patrimonio que debe ser común a todas las personas de esta Nación y por consiguiente, señalar al Estado de Chile como el único dueño de dichos recursos, con independencia y sin perjuicio del derecho a ejercer la soberanía en la administración, conservación y aprovechamiento de los recursos marinos, deberes reconocidos por la Convención Internacional sobre Derecho del Mar y normas propias del derecho interno del país. Dichas disposiciones, facilitarán el acceso equitativo de todos los actores, en conformidad al derecho vigente, resguardando baremos de equidad y sustentabilidad.

En segundo lugar, se incluirá el concepto de pesca de subsistencia, institución reconocida en múltiples ordenamientos jurídicos que ha garantizado el ejercicio de la actividad económica pesquera, para actores que en atención a su identidad sociocultural específica, pueden desarrollar la extracción de recursos en volúmenes pequeños, con el fin de garantizar los mínimos vitales a su núcleo familiar, sea a través de su consumo o comercialización.

Como tercer punto se derogan las disposiciones que por vía de la excepción, permiten la perforación de las cinco millas que deben ser de uso exclusivo para la pesca artesanal y eventualmente de la “Semi industrial”

Como última modificación, se establece un nuevo concepto diferenciado para identificar a la embarcación artesanal. Se establece un criterio nuevo en atención a la captura por viaje de pesca.

Antecedentes y fundamentos

Como sabemos, la dimensión elegida por el legislador, para dar protección a la actividad pesquera, radica en el ámbito del derecho privado y por lo tanto, bajo el régimen de la libre apropiabilidad. Sin perjuicio de ello, y bajo la coyuntura actual que asiste a este *mercado*, se hace imperioso, redefinir un nuevo régimen limitativo del derecho y “modificar” en este sentido la norma privada debido a que las actuales disposiciones jurídicas, no han hecho amen por el debido resguardo de la garantía del futuro de las especies. El Estado entonces, debe ser el que detente, no solo las facultades de administración, sino, la facultad de dominio sobre aquellos bienes con el objeto único, de poder asegurar a las generaciones venideras, la existencia de los ecosistemas marinos que hoy, sin duda, se encuentran amenazadas.

La actual Ley General de Pesca (ahora, LGPA) por sí sola, no es suficiente en tanto instrumento jurídico efectivo, para lograr en definitiva, el debido cumplimiento de las cargas y obligaciones que mandata la misma y que atienden, entre otras cosas, al resguardo, conservación y sustentabilidad de los ecosistemas marinos,

El problema radica en un dispositivo mucho más profundo que las medidas de administración y guarda relación a ciertos títulos, que permiten el ejercicio de la actividad pesquera y

con ello, a la entrega de cuotas –**a todo evento-** a diferencia de lo que ocurría con la legislatura anterior, respecto de las antiguas autorizaciones de pesca.

Con todo y además del necesario cambio en la normativa sobre el dominio, es menester a través de este acto de creación legal, materializar un signo que cumpla con la función de devolver a gran parte de los y las chilenas, las confianzas y los más profundos deseos, de que dicha actividad, quede lo suficientemente resguardada, con tal de garantizar, la participación progresiva de todos los actores a la actividad extractiva y comercial, pero siempre, bajo el pleno respeto a la conservación de los recursos.

Que si bien los recursos hidrobiológicos, son esencialmente renovables, la historia chilena no es diferente a la de cualquier otro país, en cuanto al relato común que se desprende a la hora de hablar sobre la paradoja que asiste a este tipo de bienes. Como sucede en la "Tragedia de los comunes de Hardin"[1] , es la tónica advertir el advenimiento del colapso de los bienes que por su *naturaleza son comunes a todos los hombres.* Un aspecto antropológico ha justificado, que, a lo largo de la historia, exista una necesidad imperiosa de restringir los accesos libres a los recursos hidrobiológicos, con el fin último de mantener su preservación y así resguardar el bien público superior.

En Chile nuestra historia da cuenta de la irrecuperable merma de los desembarques de antaño; el Jurel y la Anchoveta, son un ejemplo de aquello. Resulta lógico entonces comprender, que el aprovechamiento por parte de cualquier individuo, disminuya la cantidad de recurso disponible para otros, que potencialmente quieran y puedan acceder a los mismos. En este sentido, es necesario garantizar a través de sistemas de acceso la disponibilidad de aquellas pesquerías. Aquel sistema, debe ser basado en el dominio público y no en el privado, debe ser un sistema que no corra el riesgo de directrices y consideraciones de una administración

1 Hardín, (1968) "The Tragedy of Commons" en Science, v. 162 (1968), pp. 1243-1248

itinerante, que solo pueda contar con facultades de administración y conservación, más no de plenos atributos conferidos para llevar a cabo una gobernanza eficiente.

I. Régimen jurídico interno

En lo que a la naturaleza actual de los recursos hidrobiológicos importa, hasta el momento, la tradición jurídica nacional, los ha comprendido como parte de la garantía constitucional de la libre apropiabilidad de los bienes, contemplada en el artículo 19 Nº 23 de la Carta política, es decir, "bienes privados respecto de los cuales la ley (hasta el momento) no se ha establecido una reserva de dominio".

En la dimensión del derecho privado y en la misma línea, se les ha calificado como *res nullius*, esto es, bienes corporales que carecen de dueño y que son susceptibles de ser apropiados mediante el modo de adquirir ocupación, establecido en el código civil[2]

El mencionado estatus jurídico actual se ha determinado a propósito del saber histórico-privado que ha dado forma a la regulación de la actividad económica pesquera. El código civil y la Constitución política de la república, han sido el campo semántico para aclarar las reglas atingentes a los sistemas de propiedad, o no, que atingen a nuestros peces[3].

Ahora bien, a pesar de lo señalado, el sistema relativo al acceso propiamente tal y a la explotación de los recursos hidrobiológicos, no está regulado en la Constitución política, ni en aquella norma de derecho privado, sino en las disposiciones especiales que se han establecidos para el efecto, en la Ley General de Pesca, actualmente sistematizada y coordinada en el Decreto 430 de 1991. Por lo tanto, si bien en lo *teórico*, nadie tiene el dominio a priori sobre los recursos marinos, es el Estado, el que por razones de

2 Código civil artículo 606 y ss.

3 El uso del término «peces», hace referencia a un sentido amplio, a decir, "recursos hidrobiológicos" en todas sus dimensiones.

conservación, administración y control, es el mandatado a regular el acceso a la actividad pesquera.

He allí el problema, si bien La Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (Convemar), adherida por Chile el 25 de agosto de 1997, entregó al Estado ribereño, los derechos de soberanía para los fines de exploración, explotación, conservación y administración de los recursos naturales, tanto vivos como no vivos, de las aguas suprayacentes del lecho y el subsuelo del mar,[4].

Existe una diferencia sustancial en cuanto a lo que por derechos soberanos se otorgan y a lo que por régimen de propiedad se confiere, o al menos así lo ha considerado el propio tribunal constitucional en sentencia Nº ROL 2386, de 23 DE ENERO DE 2013, cuando señala que es una imprecisión asimilar el derecho de soberanía y jurisdicción emanados de la convención con el derecho de propiedad propiamente tal. Por ello, es necesario dar cuenta de una reserva legal para permitir que el Estado, asegure a todas las personas una administración basada en baremos equitativos y sustentables, siendo aquello el punto de partida para una legislación que devenga en una administración justa, equitativa y sustentable.

La elección que tuvo el legislador de la época, frente a la metodología para determinar la administración de la actividad pesquera ha sido del todo reprochable. El Estado debe ser por excelencia el garante de la sustentabilidad marina. Hoy en día nuestra forma de administración evoca todo lo contrario. En la práctica, la renombrada institución de las licencias transables de pesca y su particular naturaleza, transable y de coeficientes participativos a todo evento, han significado una transición tácita de recursos que solo al parecer son de —*nadie*— y respecto del cual el Estado, garantiza su acceso a todos, **hacia una pesca basada en cambio, en derechos de facto, para las entidades privadas pesqueras, con mayor**

4 AG de las Naciones Unidas (1997). Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar. ohchr.org. Recuperado de http://www.un.org/depts/los/convention_agreements/texts/unclos/convemar_es.pdf

cantidad de patrimonio acumulado, por una década (y más) basada en la depredación de los recursos hidrobiológicos.

Por todo lo mencionado, y prescindiendo de la mención honorífica al fraude con el que dicha legislación fue concebida, es que urge, introducir nuevas disposiciones limitativas a estos derechos.

II Sobre la pesca de subsistencia

Es menester incluir dentro de nuestra legislación pesquera el concepto de “Pesca de Subsistencia”. A nivel internacional son bastantes los ordenamientos jurídicos que lo contemplan con el fin de garantizar ciertos derechos, como lo son, el de no padecer hambre consagrado en La Declaración universal de Derechos Humanos de 1948, que señala lo siguiente: "Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación…”.

En el derecho comparado, tenemos como ejemplo el caso de Colombia, que en su Ley 1.851 de 2017, sobre pesca ilegal, utiliza la categoría de pesca de subsistencia como una excepción en la aplicación de la misma. Así, es su artículo número 2º, párrafo 1º y 2º establece lo siguiente: “Las disposiciones de la presente ley no se aplican a la pesca de subsistencia establecida en al ley y reglamentada por la autoridad pesquera”. “Para todos los efectos se considerará que la pesca de subsistencia es aquella que comprende la captura y extracción de recursos pesqueros en pequeños volúmenes, parte de los cuales podrán ser vendidos con el fin de garantizar el mínimo vital para el pescador y su núcleo familiar”.

Lo mismo es el caso de Brasil, en su Ley Nº 7.679 sobre la Política Nacional de Desarrollo Sostenible de la Acuicultura y Pesca y de Estados Unidos, en su Código de Regulaciones federales (CFR), sólo como modo ejemplar.

La pesca de subsistencia tiene que funcionar como una garantía para cientos de pescadores y pescadoras artesanales

que han hecho de esta actividad, no solo su trabajo y su oficio, sino que una forma histórica de llevar a cabo su existencia. Es por ello que mediante diferentes instrumentos internacionales, como los son el código de conducta sobre la pesca responsable, es que se intenta generar una categorización que pueda resguardar el derecho de aquellos que se dedican, desde antaño a una pesca de mediana escala, para garantizar un sustento seguro, justo y proporcional dentro de nuestra jurisdicción nacional.

III Sobre las Perforaciones

Como tercer punto se derogan las disposiciones que por vía de la excepción, permiten la perforación de las cinco millas que deben ser de uso exclusivo para la pesca artesanal y eventualmente de la “Semi industrial”.

Dichas “perforaciones” permiten que el sector industrial pueda pescar en la zona relativa a las 5 millas náuticas que se miden desde el límite norte de la región de Arica y Parinacota hasta el límite sur en el paralelo 43º25’42.

Estas excepciones se concentran en la Zona norte, particularmente en Antofagasta y tarapacá, Arica y Parinacota y Coquimbo.

El objetivo de esta perforación tiene como correlato la imputación al sector artesanal de “no tener la capacidad de capturar la cuota necesaria”, principalmente de pelágicos como la anchoveta, sardina española y jurel. Debe existir una consideración a que es, justamente esta política de excepción, la que deja sin recursos al sector artesanal, imponiendo una desventaja al mermar parte del stock hidrobiológico al que pueden optar.

Por ello, resulta urgente legislar para la derogación total de los incisos tercero y cuarto del artículo 47 de la LGPA, para reivindicar el derecho exclusivo de la pesca artesanal y asegurar así una participación equitativa

IV Nueva clasificación de embarcación artesanal

Se propone hacer una distinción sincera respecto de la embarcación artesanal definida por la Ley General de pesca y Acuicultura. Ya no sólo en atención a las dimensiones de su embarcación, sino por la captura efectuada por viaje de pesca. Se propone integrar una definición nueva, denominada "semi industrial" para hacer la necesaria distinción entre pescadores que no tienen la capacidad de pescar más de 5 toneladas y los demás que sí la tienen.

Ello supone la posibilidad de brindar a los artesanales la posibilidad de mejorar su autonomía y de invertir en sus embarcaciones para asegurar la propia seguridad de la tripulación, pero que de todas maneras realizan niveles de captura que son asimilables a una embarcación de proporciones artesanales.

Aquello garantiza el acceso equitativo y eventualmente brinda la posibilidad de generar marcos normativos diferenciados, para los diferentes actores pesqueros.

Para establecer esta disposición se ha tenido a la vista además, las directrices voluntarias de gobernanza responsable de la tenencia, de la tierra, la pesca y los bosques, en el contexto de seguridad alimentaria nacional; el Código de Conducta para la Pesca responsable. Con el objeto de progresivamente ir reivindicando los accesos democráticos y equitativos para todos los actores; de garantizar el acceso a la pesca de los sectores artesanales, reconociendo su contribución a la economía y a la cultura; con el fin de tener mayores herramientas jurídicas para garantizar el ejercicio futuro de medidas que atiendan a la protección de los trabajadores; para cambiar el paradigma jurídico y petrificar en la ley, que los recursos son de todos los habitantes de Chile, es que a través de esta moción, se establece los siguiente:

PROYECTO DE LEY

Artículo 1º.-

Para agregar un nuevo artículo 1º, pasando el actual “artículo 1º”, a ser “1º.- A” y el “1º.- A”, pasando a ser 1º.-B y así sucesivamente:

“Son de dominio del Estado, los ecosistemas marinos, así como los recursos hidrobiológicos sometidos a su jurisdicción. Dichos recursos, serán administrados de manera exclusiva por éste y de conformidad a las disposiciones legales, garantizando siempre el acceso equitativo a los recursos estatales, que en ningún caso, podrán ejercerse separados del interés nacional. Las disposiciones en contrario, serán nulas”.

Artículo 2º.-

Para Agregar en el artículo 2º numeral 1 bis)

Pesca de subsistencia: Aquella actividad que comprende la captura y extracción de recursos pesqueros en pequeños volúmenes, parte de los cuales podrán ser vendidos, con el fin de garantizar el mínimo vital para el pescador y su núcleo familiar, conforme lo reglamente la autoridad pesquera, que en todo caso, deberá considerar baremos dignos y éticos ”.

Artículo 3º.-

Sustituir en el numeral 14) del artículo 2º de la Ley General de Pesca y Acuicultura, por la siguiente:

Embarcación pesquera artesanal o embarcación artesanal: “Es aquella explotada por un armador artesanal e inscrita en el registro pesquero artesanal, que no podrá extraer más de 5 toneladas por viaje de pesca, independiente de su capacidad de bodega y eslora, que en ningún caso podrán superar los 80 metros cúbicos respecto de la bodega y 18 metros de largo, en el caso de la eslora, garantizando la seguridad y el que no

haya aumento del esfuerzo pesquero. Aquellos que mantengan embarcaciones con las dimensiones señaladas anteriormente, pero extraigan más de 5 toneladas por viaje de pesca, se denominan “semi industriales. No obstante lo anterior, única y exclusivamente para embarcaciones pesqueras artesanales y semi industriales, respectivamente, se excluirán del volumen total del arqueo bruto aquellos espacios cerrados destinados única y exclusivamente a la habitabilidad y bienestar de la dotación, es decir, cocina, comedor, camarotes, puente, baños y salas de descanso, que se encuentren en la cubierta superior y que no excedan de un máximo de 50 metros cúbicos y de un francobordo mínimo de 200 milímetros a lo largo de toda su eslora, que dé garantías de seguridad y navegabilidad.

Por reglamento se establecerán categorías de embarcaciones artesanales por eslora y desembarque.

Asimismo, se determinará para cada categoría, su capacidad de carga máxima y el volumen máximo de bodega, según corresponda al arte de pesca, teniendo en consideración la explotación racional de los recursos hidrobiológicos. En todo caso, la capacidad de carga máxima por viaje de pesca de la categoría correspondiente a la mayor eslora, no podrá exceder de 80 toneladas para “semi industriales”.En el evento que sea constatada la operación de una embarcación artesanal que no cumpla lo dispuesto en el reglamento antes mencionado en relación a su volumen, se suspenderán sus actividades extractivas quedando prohibido el zarpe de la embarcación infractora hasta que se certifique la adecuación de sus características a dicho texto.

Si se constata por tres veces, en el plazo dos años, que una embarcación artesanal y semi industrial, ha desembarcado capturas que exceden la capacidad máxima por viaje de pesca señalado, se suspenderán los derechos derivados de la inscripción en el registro pesquero artesanal por el plazo de tres meses, quedando prohibido el zarpe de la embarcación infractora desde que se comunique dicha circunstancia.

Artículo 4º

Suprimase los incisos tercero, cuarto y sexto del artículo 47 de la Ley General de Pesca pasando el actual inciso quinto a ser inciso tercero.

Artículo 5º

sustituyese el artículo 110 letra g), la expresión “los artículos 47 y 47 bis” por “el artículo 47 bis”.