

C.A. de Santiago

Santiago, veintiséis de abril de dos mil veintiuno.

Visto y teniendo presente:

Comparece María José Peña Pérez, abogada, en representación de Fernando Anais Salas, ambos domiciliados en Paseo Ahumada 312 oficina 920, Santiago, y deduce en su favor recurso de protección en contra del Servicio Nacional de Pesca y Acuicultura, representado por su Directora Nacional Alicia Gallardo Lagno, ambos con domicilio en Osvaldo Croquevielle Cardemil N° 2207, Pudahuel.

Refiere que el recurrente es titular de la Licencia de Pesca Recreativa Folio Web N° 242566 otorgada por la recurrida con vigencia desde el día 16 de Abril de 2020 hasta el 15 de Abril de 2021, licencia que mantiene desde el 17 de Diciembre del año 2010 a la fecha.

Añade que como titular de la mencionada, el recurrente practica de manera deportiva y sin fines de lucro, las actividades denominadas Pesca Recreativa y Pesca Submarina.

Afirma que el actuar de la recurrida es irregular y arbitrario ya que la última vez que intentó realizar actividades de pesca submarina deportiva en áreas de manejo se le prohibió por parte de funcionarios de la Armada de Chile quienes hicieron referencia al oficio ORD/SSP/DPA N° 152996 de fecha 04 de Septiembre de 2020 del Servicio Nacional de Pesca, sin entregar más antecedentes sobre el mismo, por lo que debió solicitarlo al mismo servicio, no obstante de su lectura se desprende que la recurrida restringe las actividades de pesca recreativa y la pesca deportiva submarina y a los pescadores deportivos habilitados para desarrollar la actividad, exigiendo requisitos que no están contemplados en la Ley.



En lo medular el oficio dispone que la realización de actividades de pesca recreativa sobre recursos ícticos en aérea de manejo y explotación de recursos bentónicos, están permitidas siempre y cuando dicha actividad se coordine con la Organización de Pescadores que administran la correspondiente área de manejo, ya que de conformidad al artículo 36 de la ley 20.256 las actividades de pesca recreativa y submarina en las áreas de manejo y de explotación de recursos bentónicos podrán realizarse en la forma que lo determine un reglamento, y en consideración a que dicho reglamento no ha sido dictado, no puede concluirse que la actividad este permitida sin más, pues es la ley la que señala que podrá llevarse a cabo, pero a la fecha no está regulada.

Precisa que el recurrente como pescador submarino deportivo, siempre que ingresa a bucear, solo extrae especies ícticas, es decir, especies de peces, y estos no se encuentran comprendidos dentro de los recursos entregados a los diferentes sindicatos de pescadores en el país a través de un área de manejo. Y de conformidad a las normas que regulan las áreas de manejo de recursos bentónicos y la pesca recreativa o deportiva, que comprende según el artículo 1 de la Ley N° 20.256, la ley en ningún caso prohíbe la realización de la segunda en áreas de manejo, y únicamente condiciona su ejecución y forma de realización a los parámetros que deberá determinar el reglamento respectivo, el que a la fecha no se ha dictado.

Es por ello que no existe infracción o contravención a la ley, ya que encontrándose autorizado por la Ley 20.256, el desarrollo de actividades de pesca recreativa y submarina en áreas de manejo de recursos bentónicos (organismos tanto vegetales como animales que viven relacionados con el fondo, semienterrados, fijos o que pueden moverse sin alejarse



demasiado de él) no existe infracción alguna a la normativa legal, considerando además que las especies que se extraen cuando se realiza la actividad de pesca submarina no son de aquellas entregadas a los diferentes sindicatos de pescadores del país para su manejo y explotación, que se refiere como se ha indicado a bancos de “recursos bentónicos”, por lo que concluir lo contrario importa entregarle a dicho organismo, sin que exista título que lo legitime, la administración de todos los recursos hidrobiológicos existentes en el lecho submarino que abarca el área de manejo y explotación de recursos bentónicos.

En cuanto a las garantías conculcadas en el presente caso el Servicio Nacional de Pesca y Acuicultura violenta la igualdad ante la Ley al restringir el uso de bienes nacionales de uso público a determinadas personas (solo a pescadores artesanales que hayan obtenido a su favor un decreto de asignación de Áreas de Manejo y Explotación de Recursos Bentónicos), sin que exista título para ello. También se vulnera el derecho a reunirse pacíficamente sin permiso previo y sin armas, ya que Sernapesca prohíbe que pescadores submarinos se reúnan de manera pacífica a realizar actividades de pesca deportiva, toda vez que prohíbe la actividad cuando ella se despliega al interior de una determinada área de manejo. Y finalmente la libertad para adquirir el dominio de toda clase de bienes, desde que se prohíbe de manera ilegítima y arbitraria realizar actividades de pesca submarina de manera deportiva en áreas de manejo en orden a capturar peces que en atención a lo dispuesto por el legislador en diferentes normas jurídicas pasan a ser de propiedad de quien los capture.

Pide dejar sin efecto el Oficio ORD/SSP/DPA N° 152996 de 04 de Septiembre de 2020, cesando la conducta prohibitiva



ilegítima, posibilitando ejercer de manera libre y sin limitaciones o restricciones ilegales y arbitrarias las actividades de pesca submarina deportiva en las diferentes áreas de manejo y explotación de recursos bentónicos existentes en el territorio nacional, con costas en caso de oposición.

Informando la recurrida señala que al recurrente no se le ha cursado infracción alguna por parte de este Servicio que le permita sostener una afectación a alguna garantía, sin perjuicio que la actividad de pesca recreativa que pretende realizar el recurrente en áreas de manejo y recursos bentónicos, no encuentra sustento a la luz del ordenamiento pesquero.

Al respecto existen distintas instancias o pasos desde la dictación del decreto que establece las áreas de manejo y explotación de recursos bentónicos, hasta la entrega de las mismas a la respectiva organización de pescadores artesanales debidamente inscrita, por lo que el asignatario de la entrega del área en comento, es una persona jurídica (la señalada organización de pescadores artesanales) y resultaría absurdo e inconsecuente que, fijada el área por el Decreto mencionado en el artículo 55 A de la Ley de Pesca, cuyo único objetivo es sustraer tal superficie marítima del uso general, se permita el ejercicio de actividades pesqueras a cualquier persona en dicha superficie marina.

Este convenio de uso, de conformidad a lo dispuesto en la Ley de Pesca y a lo señalado expresamente en los decretos de destinación, permite a la organización de pescadores servirse de este bien nacional de uso público, desarrollando un proyecto de manejo y explotación de recursos bentónicos en el “área” solicitada. La existencia de un convenio de uso, confiere el derecho a la organización de pescadores artesanales para usar el área que se les entrega, teniendo como obligación el



cumplimiento de las etapas del proyecto de manejo previamente aprobado y las que se establezcan en los decretos de destinación. Este derecho a usar el área es excluyente con cualquier otra actividad que se pretenda realizar por terceros en el mismo lugar.

En ese orden de ideas, cabe señalar que el artículo 33 del Reglamento sobre Áreas de Manejo y Explotación de Recursos Bentónicos, permite la realización de actividades pesqueras extractivas en áreas de manejo, llevadas a cabo por pescadores artesanales y por organizaciones de pescadores artesanales no titulares del área, y sólo respecto de especies ícticas (presentes en el lugar).

No obstante, de conformidad con el artículo 34 del mismo Reglamento, dichas actividades pesqueras extractivas deberán ser establecidas previo acuerdo con la organización titular, debiendo incorporar dicho acuerdo en el plan de manejo respectivo.

Por su parte, el artículo 36 de la Ley N° 20.256, ya citada, señala que, en las áreas de manejo y explotación de recursos bentónicos, podrán realizarse actividades de pesca recreativa y submarina en la forma que lo determine un reglamento. A la fecha, dicho reglamento efectivamente no ha sido dictado, por tanto, se hace necesario recurrir a los principios de interpretación de la ley y, dentro de ellos, el denominado de analogía o “a pari”, que se expresa en el aforismo que señala “donde existe la misma razón, debe existir la misma disposición”.

En conclusión si se les exige a los pescadores artesanales y a las organizaciones de pescadores artesanales no titulares del área de manejo, un acuerdo previo con la organización titular del área para la realización de actividades extractivas; lo mismo debe exigirse respecto de las personas



que quieran realizar en el área de manejo actividades de pesca recreativa y submarina, mientras no se dicte el referido reglamento.

Sumado a lo ya expuesto, señalar que mediante la Ley 21.132, se creó la figura de la denominada “Pesca de Subsistencia”, que en términos generales se puede entender como aquella necesaria para vivir o subsistir y que se realiza para satisfacer el consumo de la persona que la realiza y el de su familia. Luego, resulta claro que la pretensión del recurrente carece de todo fundamento jurídico, puesto que, como resulta manifiesto del artículo 140 bis de la Ley General de Pesca, la pesca de subsistencia en ningún caso podrá efectuarse en áreas de manejo que estén asignadas a una organización de pescadores artesanales, por personas ajenas a dicha organización, sancionándose en tal caso la infracción de conformidad con el artículo 139 bis, por lo que si no puede realizarla en esa aérea una persona que necesita de la pesca para vivir es irracional concluir que, por el contrario, si se encuentra permitida la actividad de pesca recreativa en dichas áreas.

Concluye que el Oficio ORD/SSP/DPA N° 152996 de 4 de septiembre de 2020, se realizó en el marco de aclarar los límites de la realización de actividad de pesca recreativa de recursos ícticos en áreas de manejo y de explotación de recursos bentónicos, supeditando dicha actividad a la autorización previa de la organización titular de dicha área, tal como se les exige a las organizaciones de pescadores artesanales con aún mayor razón dicha autorización resulta obviamente exigible para las personas naturales como el recurrente que busque realizar dichas faenas en zonas específicas y excluyentes que en ningún caso se destinaron para realizar actividades de pesca recreativa.



En el mismo sentido, en razón del procedimiento mediante el cual se asigna un área de manejo y explotación de recursos bentónicos, resulta manifiesto que este tiene un objeto especial mediante el cual se abstrae una porción de agua y del fondo marino, sin que resulte lógico concluir que existe un acceso libre para la realización de otras actividades.

La normativa específica aplicable al caso, en particular es el Decreto Supremo N° 355 de 1995, que regula la realización de otras actividades pesqueras en un área de manejo, pero estableciendo condiciones específicas e incluso disponiendo que, tratándose de pescadores artesanales y organizaciones, se debe solicitar autorización a la organización asignataria y señalarse así en el plan de manejo.

Lo anterior se ve reforzado si se tiene presente que aún con autorización de la organización asignataria del área de manejo, existen condiciones y prohibiciones específicas para el ejercicio de otras actividades pesqueras, como lo dispone el artículo 36 del Reglamento de Áreas de Manejo D.S. N° 335 de 1995, ya citado.

Resulta menester tener presente que ante la duda la Ley General de Pesca y Acuicultura contempla expresamente la conducta sancionada en el artículo 120 A, en atención a esto hay que tener presente que la ley tiene fuerza jurídica propia para exigir su aplicabilidad por cuanto la esencia de la conducta se encuentra claramente descrita, en razón de esto su cumplimiento es independiente de la existencia o no de un reglamento y, más aún, teniendo en consideración que es una norma subordinada a la ley.

Se trajeron los autos en relación.

CONSIDERANDO:

Primero: Que el Recurso de Protección de Garantías Constitucionales contemplado en el artículo 20 de la



Constitución Política de la República, es una acción de naturaleza cautelar, destinada a amparar el legítimo ejercicio de las garantías y derechos que en esa misma disposición se enumeran, mediante la adopción de medidas de resguardo que se deben tomar ante un acto u omisión arbitrario o ilegal que lo impida, amague o moleste.

Segundo: Que en consecuencia, son requisitos indispensables de la acción de protección, la existencia de un acto u omisión ilegal, esto es, contrario a la ley, o arbitrario, producto de la mera subjetividad de quien incurre en él y que provoque alguno de los efectos que se han indicado, afectando a una o más de las garantías constitucionales protegidas.

Tercero: Que ahora bien, el reproche del recurso y la arbitrariedad que reclama el recurrente se centra en la expectativa legítima que considera le asiste para poder efectuar la pesca recreativa de especies ícticas, en la modalidad submarina, en áreas de manejo, ya que aquello le sería prohibido por la recurrida, quien ha admitido que no existe el reglamento respectivo que regule su actividad; prohibiendo la actividad que pretende realizar, por analogía, pues se recurre a una norma aplicable a la conocida pesca de subsistencia que lo prohíbe en dichas zonas.

Cuarto: Que el problema que surge y que da origen a la interposición de este arbitrio dice relación con lo preceptuado en el artículo 36 de la Ley N° 20.256, que respecto a la pesca recreativa en aguas bajo protección oficial, señala que: “En las áreas de manejo y explotación de recursos bentónicos decretadas en conformidad con lo dispuesto en la Ley General de Pesca y Acuicultura, podrán realizarse actividades de pesca recreativa y pesca submarina en la forma que determine el reglamento que se dictará por decreto del Ministerio.” y, no habiéndose a la fecha dictado tal reglamento, la discusión se



centra en determinar si a pesar de ello (inexistencia de reglamento) es posible o no al recurrente realizar actividades de pesca recreativa en áreas de manejo.

Quinto: Que la recurrida SERNAPESCA sostuvo que sin perjuicio de no existir reglamento, sobre la base de lo señalado en el artículo 34 del Reglamento N° 355 sobre Áreas de Manejo y Explotación de Recursos Bentónicos, no es posible ejercer su actividad sin que medie un acuerdo, al disponer dicha norma: “Las actividades pesqueras extractivas sobre especies ícticas, que se realicen en áreas de manejo con convenio de uso vigente, por parte de pescadores artesanales y de organizaciones de pescadores artesanales, no titulares del área, deberán ser establecidos previo acuerdo con la organización titular, debiendo incorporar dicho acuerdo al plan de manejo respectivo.”

No cabe si no advertir que la disposición citada se refiere a actividades pesqueras extractivas por parte de pescadores artesanales y no guarda relación con la pesca deportiva que practica el recurrente.

Sexto: A mayor abundamiento la norma permite en forma expresa la actividad de pesca submarina en el área de manejo, sólo, supeditando al reglamento pendiente su forma de ejecución. Sin embargo, la autoridad recurrida sostiene que existe la prohibición de realizar pesca deportiva en el sector de manejo, fundado en que no se ha dictado el mencionado reglamento, recurriendo para justificar su decisión a la analogía, proscrita en estas materias por lo que la decisión que resulta contraria a lo preceptuado en la misma ley.

Séptimo: Que sobre este mismo asunto, existe una petición anterior del recurrente en idénticos términos que la actual, resuelta por sentencia en causa Rol 27190-2019, dictada por la Primera Sala de esta Corte con fecha veinticinco



DXFJGXJTH

de septiembre de diecinueve. Si bien es cierto en materia de protección de derechos no opera la cosa juzgada, en cuanto a que por fallos judiciales anteriores ejecutoriados pudiera establecerse algún derecho permanente y en especial para el caso de autos, lo cierto es que dicha sentencia, confirmada por la Corte Suprema en causa Rol 28811-2019, con fecha tres de agosto de 2020, postula la tesis correcta, en atención a que el actor por esta vía pretende sustraerse del sistema de control imperante por SERNAPESCA y exigible a todas las personas que se encuentren en situación de practicar actividades pesqueras extractivas sobre especies ícticas, que se realicen en áreas de manejo, en cualquier parte del territorio de la República.

Octavo: Que en este sentido, y compartiendo lo dicho ya con anterioridad por esta Corte, existen numerosas normas que regulan la actividad que interesa al recurrente, esto es, la pesca recreativa. Esta es definida en el artículo primero de la Ley N° 20.256 que Establece Normas Sobre Pesca Recreativa, como aquella “actividad pesquera realizada por personas naturales que tiene por objeto la captura de especies hidrobiológicas con aparejos de pesca de uso personal, sin fines de lucro para el pescador y con propósito de deporte, turismo o entretenimiento”, quedando conforme al mismo precepto, también sometida a las disposiciones de dicha ley la pesca submarina que es definida en la letra j) del artículo 3° de la Ley como la “captura de fauna íctica marina, mediante buceo deportivo apnea y el empleo de uno o más arpones de elástico o de aire comprimido.

En consecuencia, el problema dice relación con lo preceptuado en el artículo 36 de la Ley N° 20.256, que respecto a la pesca recreativa en aguas bajo protección oficial, señala que: “En las áreas de manejo y explotación de recursos



bentónicos decretadas en conformidad con lo dispuesto en la Ley General de Pesca y Acuicultura, podrán realizarse actividades de pesca recreativa y pesca submarina en la forma que determine el reglamento que se dictará por decreto del Ministerio.” y, no habiéndose a la fecha dictado tal reglamento, la discusión se centra en si a pesar de ello, es posible o no al recurrente realizar actividades de pesca recreativa en áreas de manejo.

Noveno: Que en este entendido la recurrida SERNAPESCA sostiene conforme a lo prescrito en el artículo 34 del Reglamento N° 355 sobre Áreas de Manejo y Explotación de Recursos Bentónicos, que ello no posible sin que medie un acuerdo, al disponer dicha norma: “Las actividades pesqueras extractivas sobre especies ícticas, que se realicen en áreas de manejo con convenio de uso vigente, por parte de pescadores artesanales y de organizaciones de pescadores artesanales, no titulares del área, deberán ser establecidos previo acuerdo con la organización titular, debiendo incorporar dicho acuerdo al plan de manejo respectivo.” Sin embargo, se puede advertir que la norma citada se refiere a actividades pesqueras extractivas por parte de pescadores artesanales y, de acuerdo a lo expresado en el motivo cuarto de este fallo, la pesca recreativa o deportiva no es lo mismo que la pesca artesanal o la pesca extractiva, encontrándose la primera expresamente excluida de su concepto, pues la extractiva se encuentra definida en el número 1) del artículo 2 de la Ley N° 18.892, General de Pesca y Acuicultura, como la “...actividad pesquera que tiene por objetivo capturar, cazar, segar o recolectar recursos hidrobiológicos. En este concepto no quedarán incluidas la acuicultura, la pesca de investigación y la deportiva”.



Décimo: Que de esta manera, la forma excepcional en que se permitiría otorgar autorización, como lo pretende el recurrente, para efectuar la pesca recreativa de especies ícticas, en la modalidad submarina, en áreas de manejo, sería establecer una vía extraordinaria a la Ley General de Pesca para acceder a dicho beneficio. La falta de pronunciamiento del gobierno respecto al Reglamento que regule esta materia no puede transferirse por la vía del recurso de protección a los tribunales de justicia, en tanto ello implicaría establecer una suerte de colegislador en la materia, que no cuenta con la especialidad para establecer las exigencias técnicas, los límites por la especialidad de la materia alegada y el eventual impacto que podría generar la pesca indiscriminada y sin control, que alega se le autorice por esta vía al recurrente.

Undécimo: Que, en consecuencia, y contrariamente a lo sostenido por el actor, no resulta razonable que por la vía del recurso de protección pretenda establecer un derecho para realizar actividades de pesca recreativa de especies ícticas, en la modalidad submarina, en áreas de manejo, en alguna zona indeterminada de las costas del territorio de la República. La circunstancia de no existir un reglamento que emita pronunciamiento respecto a la forma en que se debería realizar la actividad extractiva de especies marinas, en ningún caso permite que por esta vía la Corte se vea compelida a emitir un dictamen que, a la vez se traduzca en un derecho indubitado y susceptible de ser amparado judicialmente ad eternum y en exclusivo beneficio del recurrente.

Duodécimo: Que sin perjuicio de lo dicho, no pasa desapercibido que la petición que sustenta el arbitrio se presenta como una legítima expectativa. Precisamente porque el Derecho debe propender a la igualdad en el tratamiento de todos los sujetos justiciables y no dar cabida a establecer



privilegios permanentes, en desmedro de aquellos que sí cumplen las normas a cabalidad, como ocurre en este caso, en que el protegido es titular de una autorización para realizar actividades de pesca recreativa de especies ícticas, en la modalidad submarina, en áreas de manejo.

Decimotercero: Que es un axioma indiscutido del Estado de Derecho, que los órganos del Estado, deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella, como también que actúan válidamente previa investidura regular de sus integrantes y en la forma que señala la ley. Así se declara en los artículos 6 y 7 de la Constitución Política, señalando las bases de la institucionalidad, en lo que a funciones propias de los órganos se refiere. En suma, ninguna autoridad o institución, tiene más poderes que los contenidos en sus respectivos marcos regulatorios.

Decimocuarto: Que en mérito de lo razonado, no existiendo acto arbitrario o ilegal, sino un procedimiento que ha sido realizado por órgano competente y en la forma que señala la ley, no existe en consecuencia trato discriminatorio alguno, como lo alega el recurrente, por parte de SERNAPESCA, desde que no se dispone en la normativa vigente un Reglamento que autorice y regule este tipo de pesca recreativa de especies ícticas, en la modalidad submarina, en áreas de manejo, como tampoco se advierte que por dicha carencia se pueda impedir algún tipo de daño ecológico que pudiere afectar las especies marinas y que este impacto sea irreparable para el medio ambiente. Por otra parte, tampoco se afecta la libertad para realizar la pesca extractiva de orden artesanal, en ninguno de los aspectos tutelados porque la no existencia de un Reglamento, lo que en ningún caso impide que el recurrente solicite autorización a quienes sustentan el área de manejo conforme lo dispone el artículo 34 del Reglamento N° 355



DXFJGXLTH

sobre Áreas de Manejo y Explotación de Recursos Bentónicos, en el que se regulan: “...las actividades pesqueras extractivas sobre especies ícticas, que se realicen en áreas de manejo con convenio de uso vigente, por parte de pescadores artesanales y de organizaciones de pescadores artesanales, no titulares del área, deberán ser establecidos previo acuerdo con la organización titular, debiendo incorporar dicho acuerdo al plan de manejo respectivo...”.

Decimoquinto: Que en este escenario los hechos relatados y las normas que regulan la actividad de que se trata, unido a la petición del recurrente en términos tan amplios en orden a pretender ejecutar su actividad en toda la costa chilena ya que no la delimita a un área específica, exceden el fin de la acción constitucional propuesta.

Por las consideraciones anotadas y de acuerdo a lo dispuesto en los artículos 19 y 20 de la Constitución Política de la República y lo preceptuado en el Auto Acordado de la Excma. Corte Suprema sobre Tramitación y Fallo del Recurso de Protección de Garantías Constitucionales, **SE RECHAZA**, el recurso interpuesto por María José Peña Pérez en favor de Fernando Anaís Salas, contra del Servicio Nacional de Pesca y Acuicultura (SERNAPESCA), sin costas.

Redacción del Ministro (S) Alberto Amiot.

Regístrese, comuníquese y archívese.

N°Protección-97414-2020.

Pronunciada por la **Séptima Sala** de la Itma. Corte de Apelaciones de Santiago, presidida por la Ministra señora Lilian Leyton Varela e integrada por el Ministro (S) señor Alberto Amiot Rodríguez y por el Abogado Integrante señor Jorge Norambuena Hernández.





DXFJGXJTH

Pronunciado por la Séptima Sala de la C.A. de Santiago integrada por Ministra Lilian A. Leyton V., Ministro Suplente Alberto Amiot R. y Abogado Integrante Jorge Norambuena H. Santiago, veintiséis de abril de dos mil veintiuno.

En Santiago, a veintiséis de abril de dos mil veintiuno, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente.



Este documento tiene firma electrónica y su original puede ser validado en <http://verificadoc.pjud.cl> o en la tramitación de la causa.
A contar del 04 de abril de 2021, la hora visualizada corresponde al horario de invierno establecido en Chile Continental. Para la Región de Magallanes y la Antártica Chilena sumar una hora, mientras que para Chile Insular Occidental, Isla de Pascua e Isla Salas y Gómez restar dos horas. Para más información consulte <http://www.horaoficial.cl>