Ley de pesca: el Poder legislativo tiene competencia para anularla

Pablo Soto Delgado[1]

I. Introducción

Esta presentación trata dos puntos bien específicos, esto es: la competencia de los poderes colegisladores para anular una ley como la ley de pesca; y la infracción constitucional que hace posible activar la causal de nulidad. Previamente, sin embargo, será necesario tratar la nulidad de Derecho público en el ámbito legislativo.

II. La nulidad en el Derecho público opera respecto a los actos legislativos

La primera versión de la idea de una específica nulidad en el Derecho público nacional se debe al profesor Mario Bernaschina, quien, en un texto de 1949[2] propuso que era posible construir una teoría de las nulidades en el Derecho público chileno, a partir de dos disposiciones de la Constitución de 1925, siendo la más importante aquella que se contenía en el artículo 4º de esa Carta[3] y que —con modificaciones— llegó a ser el actual artículo 7º del Texto constitucional de 1980. Según la norma de 1925, la sola circunstancia de que una magistratura, una persona o una reunión de personas se atribuyeran autoridad o derechos expresamente conferidos por la ley, producía la nulidad del acto.

Sobre esta idea, Bernaschina distinguió dos tipos de nulidades de derecho público: unas de tipo administrativo, y todas las demás. Y es que —afirmó ese autor— "nulidad de Derecho público es el género; la nulidad administrativa es la especie"[4]. ¿Por qué esto es relevante? Porque al revisar el art. 7º de la

---

[1] Doctor en Derecho. Profesor de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Austral de Chile, correo electrónico: pablo.soto@uach.cl.
Esta minuta corresponde a la presentación efectuada con fecha 30 de agosto de 2021 ante las Comisiones Unidas de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, y de Pesca, Acuicultura e Intereses Marítimos, de la H. Cámara de Diputadas y Diputados, respecto al proyecto de ley que declara la nulidad de la ley N° 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 y sus modificaciones, correspondiente al boletín N° 10.527-07.
[2] Bernaschina, M., "Bases jurisprudenciales para una teoría de las nulidades administrativas", en *Boletín del Seminario de Derecho Público* (Univ. de Chile) Año XVIII (1949).
[3] Art. 4.- Ninguna majistratura, ninguna persona, ni reunion de personas pueden atribuirse, ni aún a pretesto de circunstancias estraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se les hayan conferido por las leyes. Todo acto en contravencion a este artículo es nulo.
[4] Bernaschina, "Bases jurisprudenciales para una teoría de las nulidades administrativas", p. 556.

Constitución de 1980 es posible darse cuenta de que las causales de nulidad operan no solo respecto a actos de carácter *administrativo*, sino que son aplicables respecto a todo acto de *cualquier órgano estatal*, como justamente lo refiere el inc. 1º del artículo 7º en comento al aludir a "órganos del Estado", y el inciso 2º del mismo precepto, cuando se refiere genéricamente al término "magistratura".

Entonces, una primera cuestión que debe fijarse en el análisis es que la nulidad de Derecho público no queda restringida a actos administrativos, sino que, valga la reiteración, se extiende a cualquier acto de un "órgano" o "magistratura", lo que incluye al legislador. De ahí que —y esto es una segunda cuestión que debe enfatizarse— la función legislativa está radicada en dos "órganos del Estado": el H. Congreso y el Presidente de la República que, en conjunto, dictan una clase de actos a los que se denomina "leyes".

Con esto en consideración es posible resolver un primer punto crítico: que la nulidad de derecho público en Chile puede regir respecto a los actos o normas dictadas por el Poder Legislativo, algo que, por lo demás, ha apoyado quien es la mayor autoridad doctrinaria en torno a este punto, el profesor Eduardo Soto Kloss, sosteniendo que:

> "la nulidad de todo acto emitido por un órgano estatal —cualquiera sea la actividad que desarrolla, si legislativa, jurisdiccional, administrativa o contralora, e incluso constituyente— es el *mecanismo* de tutela, de salvaguarda, *de defensa*, *de la supremacía constitucional,* de la supremacía en el ordenamiento jurídico de la República de las disposiciones de la Constitución, del valor sobreeminente de la Carta Fundamental"[5].

III. La competencia del Poder Legislativo para aprobar la nulidad

Lo anterior da un primer indicio acerca de la competencia para decretar la nulidad: no debería parecer polémico que los mismos órganos que dictan las normas puedan, a la vez, privarles de su validez. Esto es algo que la Teoría general del Derecho tiene resuelto hace mucho tiempo y con inspiración en el Derecho romano. El mismo Hans Kelsen ya lo decía en 1960:

> "Si se trata de normas generales, promulgadas por un mismo órgano en tiempos diferentes, la validez de la norma posteriormente promulgada suprime la validez de la norma anterior que la contradice, según el principio *lex posterior derogat priori*"[6].

[5] Soto Kloss, E., "La nulidad de derecho público en el Derecho chileno", en *Derecho administrativo. Temas fundamentales*, Legal Publishing (2012) p. 512.
[6] Kelsen, H., *Teoría pura del Derecho*, UNAM (1982 [1960]) p. 215.

Ahora bien, por si las dudas, el Texto Constitucional de 1980 establece en su artículo 66, en lo referente a la formación de la ley, que las normas legales requieren para su "aprobación, modificación o *derogación*" unos quórums que allí se señalan[7]. Con esto, no cabe duda que el Congreso puede participar en derogar las normas que ha dictado. Dicho en lenguaje técnico: el constituyente ha radicado en las cámaras democráticamente electas, la función jurídica de aprobar la *derogación* de las leyes.

Pero ¿por qué es relevante para la nulidad de la Ley de pesca saber si el Congreso puede aprobar una derogación? Porque técnicamente la nulidad es, sencillamente, una derogación con efecto retroactivo. Esto es justamente lo que hace el proyecto de ley: ordena que la Ley de Pesca sea derogada, retrotrayendo los efectos jurídicos de esa derogación hasta el momento mismo de su dictación. ¿Está prohibido el efecto retroactivo en la derogación de normas en la Constitución? Sí, pero *solo respecto a materias penales y en perjuicio del imputado* (artículo 19 num. 3 inc. 8º de la Constitución[8]), lo que no es del caso.

Ciertamente, el proyecto podría haber venido redactado bajo otra fórmula e indicar lo que se acaba de señalar. Por ejemplo, podría haber dicho: "Derógase, con efecto retroactivo, la Ley de Pesca", y estaríamos discutiendo los límites de la retroactividad y no la competencia legislativa para derogar o anular.

Lo anterior permite entender que en todo este tiempo la discusión ha sido básicamente un *problema de etiquetas*: la nulidad no es algo distinto a una derogación con efecto retroactivo y, por lo mismo, no hay razón para sostener que el Congreso no puede anular cuando sí puede derogar. Así, quien defiende la competencia derogatoria del Parlamento, por implicancia e irremediablemente defiende su competencia anulatoria.

A juicio de este abogado, pues, no está en duda una competencia derogatoria con efecto retroactivo del Poder legislativo (considerada una *nulidad* por el proyecto). Sin embargo, es necesario responder dos argumentos críticos.

El primero de ellos se refiere a que como el Tribunal Constitucional solo puede expulsar normas del ordenamiento *sin efecto retroactivo* (art. 94 inc. 3º de la

---

[7] Artículo 66.- Las normas legales que interpreten preceptos constitucionales necesitarán, para su aprobación, modificación o derogación, de las tres quintas partes de los diputados y senadores en ejercicio.

Las normas legales a las cuales la Constitución confiere el carácter de ley orgánica constitucional requerirán, para su aprobación, modificación o derogación, de las cuatro séptimas partes de los diputados y senadores en ejercicio.

Las normas legales de quórum calificado se establecerán, modificarán o derogarán por la mayoría absoluta de los diputados y senadores en ejercicio.

Las demás normas legales requerirán la mayoría de los miembros presentes de cada Cámara, o las mayorías que sean aplicables conforme a los artículos 68 y siguientes.

[8] Ningún delito se castigará con otra pena que la que señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración, a menos que una nueva ley favorezca al afectado.

Constitución[9]), eso significaría que el Parlamento tampoco puede hacerlo. Esto es un error porque se trata de una regla formulada únicamente para el Tribunal Constitucional a propósito de sus sentencias en unos supuestos bien determinados. Decir lo contrario, esto es, afirmar que cualquier cosa que el Tribunal Constitucional no pueda hacer es automáticamente una prohibición para el legislador desde la Constitución es un despropósito, porque con ese criterio, si el Tribunal Constitucional no puede legislar, tampoco podría hacerlo el Congreso[10].

Pero hay más, porque el solo hecho de que el constituyente de 2005 tuviera que agregar la prohibición de efecto retroactivo en las sentencias del Tribunal Constitucional de manera explícita en el artículo 94 del Texto constitucional permite concluir que ese efecto retroactivo es una posibilidad abierta en cualquier invalidación normativa como la que en este momento está emprendiendo el Parlamento.

La segunda cuestión crítica corresponde a la idea de que rigen en este caso los límites a la retroactividad que imponen la Ley de bases de los procedimientos administrativos (19.880) y la Ley sobre efecto retroactivo de las leyes. Pues bien, el legislador no se encuentra atado a esas normas porque, precisamente, puede derogarlas o bien dictar normas de contrario imperio. El limite del legislador es la Constitución y no la ley, de lo contrario, no podría modificar ni derogar las normas que ha creado. Entonces, el estatuto para el legislador en torno a este tema es de rango constitucional y en ningún caso de nivel legal. La confusión obedece a que desafortunadamente se ha contaminado el debate con todas las explicaciones y restricciones de la nulidad de Derecho público para los actos administrativos cuando en la especie se trata de un acto legislativo.

El proyecto de ley bajo comentario es, en realidad, una aplicación directa de la Constitución —de su artículo 7º— a través de los órganos con mayor legitimidad democrática en nuestro sistema constitucional para hacerlo: los poderes colegisladores.

[9] No obstante, el precepto declarado inconstitucional en conformidad a lo dispuesto en los numerales 2, 4 ó 7 del artículo 93, se entenderá derogado desde la publicación en el Diario Oficial de la sentencia que acoja el reclamo, la que no producirá efecto retroactivo.

[10] Ciertamente, podría responderse a lo planteado que bajo esta línea argumentativa el Congreso quedaría incluso autorizado para declarar una inaplicabilidad. A esto debe contrargumentarse que esa es una función *judicial* del Tribunal Constitucional —puesto que interviene en una causa pendiente ante un juez o tribunal de la República— que, por lo mismo, le está vedada al Congreso sobre la base del artículo 76 inc. 1º de la Constitución: “Ni el Presidente de la República ni el Congreso pueden, en caso alguno, ejercer funciones judiciales, avocarse causas pendientes, revisar los fundamentos o contenido de sus resoluciones o hacer revivir procesos fenecidos”.

IV. Las causales de nulidad en la Ley de Pesca

Siendo este un caso de nulidad de Derecho público es necesario subsumir los hechos que la justifican en algunas de las causales del artículo 7º de la Constitución[11]. Esa norma establece que hay nulidad siempre que se cumpla cualquiera de las siguientes cuatro causales:

> (i) no exista investidura regular de los integrantes del órgano;
> (ii) no se actúe dentro del ámbito de competencia del órgano;
> (iii) no se actúe en la forma que prescriba la ley; y
> (iv) que haya personas o grupos de personas que se hubiesen atribuido autoridad o derechos no expresamente establecidos por la Constitución o la ley.

Por un asunto de tiempo, me referiré solo a esta última causal. En cuanto a la Ley de Pesca se encuentra suficientemente acreditado *judicialmente* que existió cohecho y soborno. Como se sabe, hay un ex senador, una ex diputada, una empresa[12] y su ex gerente general condenados[13]. A eso hay que sumarle una serie de hechos que, aunque no han recibido condenas judiciales penales, permiten entender que ha existido participación impropia de terceros en el procedimiento de creación de la ley. Esos terceros han actuado usurpando funciones que, según el ordenamiento constitucional, pertenecen directa y exclusivamente a los legisladores. Una cosa es que los parlamentarios escuchen los intereses comprometidos en la dictación de una regulación con transparencia y publicidad, y otra muy distinta es que actúen como agentes directos de un tercero, en algunos casos, como se sabe, a partir del pago de sobornos.

Pues bien, en la tramitación de la Ley de pesca ¿ha habido personas o grupos de personas que se han arrogado facultades legislativas sin tenerlas? *Sí* (algunas de ellas condenadas, cabe agregar) y eso es una causal de nulidad según el art. 7º inc. 2º del Texto constitucional de 1980. Por supuesto, ha habido quienes han sostenido que el vicio no es tan grave como para derogar con efecto retroactivo toda la ley, pero, primero, eso es un asunto que corresponde evaluar al legislador a través de la mayoría parlamentaria[14] y, segundo, intervenir el proceso democrático y transparente de la conformación de la voluntad parlamentaria en la

---

[11] Artículo 7º.- Los órganos del Estado actúan válidamente previa investidura regular de sus integrantes, dentro de su competencia y en la forma que prescriba la ley.
Ninguna magistratura, ninguna persona ni grupo de personas pueden atribuirse, ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se les hayan conferido en virtud de la Constitución o las leyes.
Todo acto en contravención a este artículo es nulo y originará las responsabilidades y sanciones que la ley señale.

[12] Véase: https://www.pauta.cl/nacional/condena-jaime-orpis-corpesca-fraude-al-fisco-cohecho-politicos.

[13] Al respecto: https://www.cooperativa.cl/noticias/pais/judicial/denuncias-de-corrupcion/ex-gerente-de-corpesca-fue-condenado-a-pena-remitida-por-soborno-y/2018-09-08/100705.html.

[14] No estamos aquí en presencia de un casos de nulidad de Derecho público administrativa en sede judicial donde el criterio de la gravedad de la causal se encuentra desarrollado.

producción de normas es de la mayor gravedad e impacta en los cimientos mismos de la República. De modo que sí estamos en presencia de actos de la mayor gravedad.

V. Síntesis

Sobre la base de lo señalado en esta exposición, es posible sostener, en primer lugar, que la nulidad de Derecho público contenida en el art. 7º del texto constitucional de 1980 puede operar respecto a los actos legislativos. En segundo término, el Congreso nacional tiene competencia para intervenir en la aprobación de la anulación de una ley que ha dictado, porque puede derogar normas con efecto retroactivo y, finalmente, hay al menos una de las causales de nulidad que se encuentra cumplida y que es susceptible de ser subsumida en el art. 7º inc. 2º de la Constitución.