



Universidad de Chile

Facultad de Derecho

Departamento de Derecho Público

**RÉGIMEN DE ACCESO A LOS RECURSOS PESQUEROS: ANÁLISIS
ECONÓMICO DEL SISTEMA QUE RIGE LA PESCA INDUSTRIAL EN CHILE**

Tesis para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales

VALENTINA SOFÍA PLENCOVICH ALBORNOZ

Profesor guía: Raúl Letelier Wartenberg

Santiago, Chile.

2020

Tabla de contenidos

Resumen 5

Introducción..... 7

Capítulo I: La pesca industrial en Chile

1. Concepto 11

2. Breve historia de su regulación..... 11

3. Ley N°19.849 y N°20.657: el inicio de los grandes cuestionamientos al sistema ..
16

Capítulo II: La problemática a nivel mundial

1. Esquema general..... 25

2. La tragedia de los comunes..... 27

3. El dilema del prisionero y la lógica de la acción colectiva 31

4. El problema de las externalidades..... 33

5. El problema de los bienes comunes en la pesca 35

6. Los regímenes de acceso..... 38

7. Los sistemas de cuotas de pesca 39

8. Desafíos y objetivos de las legislaciones pesqueras 42

Capítulo III: Objetivos y deficiencias de la Ley 20.657

1. Esquema general de sus objetivos y deficiencias..... 45

Capítulo IV: Presentación de la inecuación y de las variables en favor y en
contra de la actual ley 53

1. Estabilidad	54
2. Precio.....	56
a) Inversión	56
b) Costos de implementación	58
c) Costos de fiscalización	58
3. Carrera Olímpica	59
4. Concentración de mercado.....	59
5. Desprotección del recurso	60
6. Patente e impuesto específico.....	62
7. Problemas de eficiencia.....	63
<u>Capítulo V: Desmintiendo las variables en favor del actual sistema que establece la LGPyA</u>	65
<u>Capítulo VI: La alternativa de las licitaciones o subastas</u>	75
Conclusiones	81
Bibliografía	85

Resumen

El presente trabajo tiene por objetivo analizar desde una perspectiva principalmente económica, el actual sistema que rige a la pesca industrial, establecido en la actual Ley General de Pesca y Acuicultura. Este muy criticado sistema de administración, obedeció a una serie de razones en favor de su implementación, tales como la conveniencia de utilizar criterios históricos de asignación, ante lo que se pretende analizar qué tan certeros y efectivos fueron los motivos que llevaron a la dictación de la actual ley, para efectos de que la actividad se realice de manera sustentable, en miras a la protección del recurso, como del bienestar ciudadano.

Introducción

La Ley General de Pesca y Acuicultura N°18.892 (en adelante LGPyA), ha suscitado discusión en diversos niveles de la ciudadanía, en relación a variados temas, manteniéndose permanentemente en la palestra. Debemos tener presente, que desde sus comienzos esta ley fue objeto de un sinnúmero de cuestionamientos, la mayoría de ellos cargados de contenido político. Recordemos el hecho no menor de que su nacimiento se enmarca a fines del gobierno militar e inicios del gobierno de la transición.

Como toda norma que pretenda regular aspectos de una actividad económica, en este caso una tan relevante para nuestro país como es la pesca, tanto industrial como artesanal, y la acuicultura, los intereses de distintos grupos se manifestaron desde su nacimiento. Esto aún acontece hasta los días de hoy, luego de más de cincuenta modificaciones. La ley en cuestión, ha tratado de regular, según muchos sin éxito, la **actividad pesquera extractiva** y la **actividad de acuicultura**, entendiendo por la primera aquella que tiene por objetivo capturar cazar, segar¹ o recolectar recursos hidrobiológicos (artículo 2 N° 1); y por la segunda aquella actividad que tiene por objeto la producción de recursos hidrobiológicos organizada por el hombre (artículo 3).

En lo referido a la **actividad de acuicultura**, las mayores dificultades que ha debido enfrentar la autoridad normativa, son aquellas relacionadas al impacto ambiental que provoca el cultivo masivo de peces (salmones y truchas) y de mitílidos (choritos), así como los aspectos sanitarios que afectan en general a las especies en cultivo, especialmente las enfermedades de peces y en el último tiempo la proliferación de ciertos virus altamente nocivos para la especie².

¹ Cortar mieses o hierba con la hoz, la guadaña o cualquier máquina a propósito.

² Recordar la crisis del virus ISA que azotó a la industria de la acuicultura en el 2007.

Por otra parte, la **actividad pesquera extractiva** dentro de la cual encontramos la pesca artesanal y la pesca industrial, ha debido ser regulada en pos de la consecución del objetivo básico de la ley, cual es la conservación y el uso sustentable de los recursos hidrobiológicos (Artículo 1°B). Esto último se ha tratado de lograr mediante la aplicación de las llamadas **medidas de administración pesquera** que se detallan en el artículo 3° de la ley, entre las que encontramos por ejemplo vedas, fijación de cuotas de pesca, establecimiento de ciertas áreas denominadas parques marinos y reservas marinas, tipo y tamaño de naves de pesca, establecimiento de dispositivos de pesca tales como redes, espineles, y otros, las cuales implican altos niveles de análisis técnico en su establecimiento.

Una de las mayores dificultades que ha debido enfrentar la autoridad es la fijación de cuotas de extracción por especie y especialmente su distribución entre los pescadores industriales y artesanales. En los últimos años, esto se ha visto agravado en atención a que son más las personas que se dedican a las actividades, mientras que los recursos disponibles son a la vez más limitados. Este punto es uno de los que suscita mayor conflicto a nivel social, en relación a las limitaciones establecidas que según muchos beneficiarían a ciertos grupos económicos privilegiados, los que se dice habrían obtenido estos beneficios por medio de presiones políticas al límite de la legalidad. Lo cierto es que el intento de conciliar este último punto, junto al elevado nivel técnico que implica el establecimiento de las restricciones por parte de la autoridad, constituye una situación de alta complejidad para la administración pesquera.

De acuerdo a lo anteriormente señalado, el Estado ha debido establecer entidades fiscalizadoras que verifiquen el cumplimiento de las medidas de administración pesquera. Estas están detalladas en el artículo 125 inciso 1° de la Ley y son: el Servicio Nacional de Pesca y Acuicultura, la Armada de Chile y Carabineros de Chile, estos dos últimos en sus respectivos ámbitos de competencia.

De igual forma, se han debido establecer procedimientos destinados a determinar la efectividad de los hechos que pudieran constituir una infracción a las normas, así como las responsabilidades y las sanciones que al efecto procedieren.

Este procedimiento está contenido en los artículos 125 y siguientes, y consiste en un procedimiento sumario especial, por excelencia de carácter judicial, cuyo conocimiento corresponde en principio a los juzgados civiles con jurisdicción en la comuna en la que se hubiese cometido la infracción o en que ésta haya tenido principio de ejecución (artículo 124).

Volviendo al tema de las cuotas de pesca, resulta especialmente interesante la discusión que se ha suscitado en torno a la forma en que éstas distribuyen. ¿Qué lleva al regulador a la necesidad de regular la actividad de la pesca en nuestro país?, ¿por qué decidió que la manera correcta era hacerlo, en relación a la pesca industrial, a través de un sistema de extracción, según cuotas de pesca otorgadas por lapsos de tiempo tan largos? Para responder esta pregunta, primero es necesario definir qué parte de la actividad pesquera se considera de carácter industrial y revisar cómo históricamente ha sido regulada esta actividad económica, en función de las necesidades que se han ido presentando a medida que evoluciona el medio ambiente y la sociedad.

Capítulo I: La Pesca Industrial en Chile.

1. Concepto

Se considera que constituye **pesca industrial** “la actividad extractiva realizada por embarcaciones de una eslora³ superior a los 18 metros, con sistemas de pesca tecnologizados, tales como los de arrastre, palangre⁴ y de cerco, que permiten la captura masiva de una amplia variedad de recursos pesqueros. Esta actividad se realiza en aguas jurisdiccionales por fuera del área de reserva exclusiva para la pesca artesanal (correspondiente a las primeras cinco millas marítimas medidas desde la línea de costa o de las aguas interiores del territorio marítimo nacional)”⁵.

2. Breve historia de su regulación

Remontándonos a los orígenes de esta actividad en nuestro país, es sabido que algunos pueblos aborígenes se dedicaban al desarrollo de la actividad pesquera, de manera artesanal naturalmente, tales como los changos, chonos, alacalufes, yaganes y en general los pueblos cazadores recolectores de tipo canoeros. En el siglo XVIII, era habitual la caza de ballenas y otras especies menores por parte de los ingleses, a la que se unirán en el siglo XIX los estadounidenses. Destaca así, la circunstancia de que la explotación de nuestros recursos marinos se realizaba en principal medida por parte de extranjeros y en pos de su economía. Es en esa época en que se encuentran las primeras luces de una alerta por parte de nuestra autoridad en relación a la necesidad de comenzar a regular la actividad pesquera. Es así, que en 1892, bajo el gobierno de Jorge Montt Álvarez, se dicta la Ordenanza de Pesca N° 1.623, con el objetivo de reglamentar la caza y pesca de focas o lobos marinos,

³ Longitud de una embarcación desde la proa a la popa.

⁴ Cordel largo y grueso del cual penden a trechos unos ramales con anzuelos en sus extremos.

⁵ **SUBSECRETARÍA DE PESCA Y ACUICULTURA.** [en línea] Pesca industrial. <http://www.subpesca.cl/institucional/602/w3-article-805.html> [Consulta: Noviembre 2018].

nutrias y chungungos o gatos de mar en las costas, islas y mares territoriales de Chile, la cual surge debido a las extremas condiciones a las que estaba llegando el desarrollo de esta actividad por parte de extranjeros en la región de Magallanes, llegando a peligrar algunas de las especies antes mencionadas⁶. La dictación de esta ordenanza, viene acompañada de la inquietud por parte de los sectores más informados de la época, en cuanto a la necesidad de protección de los recursos marinos, quienes presionan a la autoridad para que dicte de manera urgente una reglamentación, especializada según cada zona del país, para evitar la extinción de ciertas especies, fomentar la actividad pesquera y promover el consumo del producto⁷. Se establecen entonces, a fines del siglo XIX, las primeras vedas, en las cuales la Dirección General de la Armada juega un importante rol de control. En 1907, como una de las formas para solucionar la crisis económica de la época, el gobierno de Pedro Montt decidió estimular el consumo de pescado, mediante la Ley N°949 sobre primas a las embarcaciones que se dediquen a la pesquería, la cual ofrecía incentivos monetarios a los pescadores inscritos, creándose así el primer registro público de pescadores⁸. También de principios del siglo XX datan los primeros proyectos de acuicultura, en los que se comenzó a cultivar la trucha y el salmón en lago y ríos del sur, comercializándose entre una clientela acomodada⁹. En 1934, comienza a regir la que se considera oficialmente como la primera legislación en materia pesquera, establecida por el **Decreto N° 34** de 1931 “sobre la Industria Pesquera y sus derivados, tamaño mínimo de extracción Langosta”, y cuyo objetivo fue regular los subsectores productivos pesqueros, dejando esta actividad en manos de la “División de Protección pesquera”, a cargo del SAG y dependiente del Ministerio de Agricultura¹⁰. A la vez, este DFL otorgó a la Dirección General de Pesca

⁶ ACEVEDO NAVARRETE, Juan. CARVAJAL CUETO, David. 2014. [en línea] Ordenanza de pesca de 1892: antecedentes y desarrollo en el territorio de Magallanes, 1880-1902. 20 de Junio de 2014. [http://www.revistaestudioshemisfericosypolares.cl/articulos/073-Acevedo_Carvajal-Revista_Estudios_Hemisfericos_y_Polares_Vol_5_N_3_\(Julio-Septiembre_2014\).pdf](http://www.revistaestudioshemisfericosypolares.cl/articulos/073-Acevedo_Carvajal-Revista_Estudios_Hemisfericos_y_Polares_Vol_5_N_3_(Julio-Septiembre_2014).pdf) [Consulta: Noviembre 2018].

⁷ Esto último, pues a pesar de ser un país una gran extensión de costa, en esa época el consumo de especies marinas por parte de los individuos era casi nula.

⁸ TROMBEN, Carlos. 2018. Pescado Rabioso. Santiago. Penguin Random House. P.42.

⁹ Ibid, p.43.

¹⁰ TAPIA, C. y R. SFEIR. 2009. Instrumentos de mercado para incentivar práctica de pesquería sostenible en el HCLME. Informe final. Proyecto 63162: Towards Ecosystem Management of the Humboldt Large Marine Ecosystem. 40 pp.

y Caza, facultades para dictar normas para la conservación de las especies marinas explotadas¹¹.

En 1940, la creación de la CORFO, trae entre sus muchos y variados objetivos, la estimulación de la pesca industrial y artesanal, lo que se consolida en el año 1964 con la creación del Instituto de Fomento Pesquero (en adelante IFOP), corporación de derecho privado, sin fines de lucro, que nace con el fin de jugar el rol público de apoyar el desarrollo sostenible del sector pesquero y acuícola¹². Se pueden mencionar también los DFL N°208 y 266 de 1953 y 1960 respectivamente, que permitieron asignar franquicias tributarias para fomento de la actividad pesquera¹³.

Luego del golpe militar de 1973, una de las primeras iniciativas por parte de la Junta de Gobierno en materia pesquera, fue la dictación del Decreto Ley N°500 en 1974, que estableció un régimen provisional para las operaciones de pesca de barcos extranjeros en aguas de nuestra jurisdicción nacional, el que facultaba al gobierno a otorgar permisos para operar dentro de las 200 millas de jurisdicción nacional a naves extranjeras, sin ningún tipo de limitación para la exploración y explotación de recursos pesqueros bajo la latitud 40° sur (al sur de Valdivia)¹⁴. El mismo año se publica el Decreto Ley N°600, con el fin de promover la inversión extranjera en Chile, otorgando garantías cambiarias, jurídicas y tributarias al inversionista extranjero, previa suscripción de un contrato, lo que en materia pesquera permitió que en 1978 algunas empresas extranjeras, propietarias de buques factoría, fueran autorizadas a internar capitales a nuevas sociedades constituidas en Chile¹⁵.

En 1976, mediante el Decreto Ley N°1.626, la actividad pasa de estar en manos del Ministerio de Agricultura al Ministerio de Economía, al mismo tiempo que

¹¹ Ibid, p.7.

¹² **COX, Francisco. BRAVO, Pablo.** 2014. Sector pesquero: evolución de sus desembarques, uso y exportación en las últimas décadas. [en línea] Oficina de estudios y políticas agrarias (ODEPA). http://www.odepa.cl/wp-content/files_mf/1392915533Sectorpesca201402.pdf [consulta: Noviembre 2018].

¹³ **TAPIA C. y SFEIR R.** Op. Cit., p.7.

¹⁴ **PAREDES, Christian y SOTO, Elizabeth.** 2018. La regulación pesquera a través de la historia: La génesis de un colapso. Santiago de Chile, Fundación Terram. 78p.

¹⁵ Ibid, p.29.

se crea la **Subsecretaría de Pesca** (Subpesca), cuya misión es “regular y administrar la actividad pesquera y de acuicultura, a través de políticas, normas y medidas de administración, sustentadas en informes técnicos fundamentados en investigación científica y en variables de carácter social y económico, con enfoque participativo y territorial para el desarrollo sustentable de la actividad pesquera y la acuicultura nacional”, y en 1978, mediante el Decreto Ley N°2.442, se crea el **Servicio Nacional de Pesca** (Sernapesca), cuyo fin es “fiscalizar el cumplimiento de las normas pesqueras y de acuicultura, proveer servicios para facilitar su correcta ejecución y realizar una gestión sanitaria eficaz, a fin de contribuir a la sustentabilidad del sector y a la protección de los recursos hidrobiológicos y su medio ambiente”, ambos organismos regulados en los artículos 15 y siguientes, y artículos 24 y siguientes respectivamente, del Decreto con Fuerza de Ley N°5 de mayo de 1983¹⁶.

En cuanto al régimen imperante, durante la década de los setenta, la actividad pesquera industrial operaba en base a un **sistema de libre acceso**, siendo necesaria para la nave sólo una autorización de pesca para poder operar, las cuales se otorgaban sin mayores requisitos y por tiempo indefinido. A mediados de los ochenta, aumenta la presión por la aparente sobreexplotación de algunos recursos pesqueros, por lo que la Subsecretaría de Pesca decide limitar el acceso a las pesquerías y no otorga nuevas autorizaciones de pesca.¹⁷ En primer lugar, se establecieron limitaciones a la captura de los recursos pesqueros, tales como establecimiento de tallas mínimas¹⁸ y vedas, y de temporadas de pesca. Más adelante, en la misma década, se fijaron cuotas globales de captura y restricciones de acceso en algunas pesquerías, tales como las pelágicas¹⁹ del norte y centro sur

¹⁶ **COX Francisco. BRAVO Pablo.** Op. Cit., p.2.

¹⁷ **RÍOS BREHM, Mónica.** 2015. Ley de Pesca N°20.657 y misceláneas: Avances y desafíos en su implementación [en línea] Serie Informe Económico. Libertad y Desarrollo. <http://lyd.org/wp-content/uploads/2015/12/SIE-252-Ley-de-Pesca-N%C2%BA-20657-y-miscelaneas-Avances-y-desafios-en-su-implentacion-MRios-October2015.pdf> [Consulta: Noviembre 2018].

¹⁸ **Talla mínima legal:** Tamaño mínimo que debe tener un recurso para ser extraído, el cual se basa en el tamaño de una especie cuando alcanza su madurez reproductiva. El objetivo de ésta, es que los recursos alcancen la edad reproductiva y permitir la recuperación de las biomásas o poblaciones de una especie.

¹⁹ **Pesca pelágica:** Aquella que se dedica a peces que habitan zona pelágica del mar, consistente en toda zona que no incluye la capa de fondo o zona bentónica, la que usualmente no contiene plantas o estructura. Esta zona contiene varias áreas dentro de sí misma. Los peces que interesan a la pesca a menudo se encuentran en las capas más cálidas cerca de la superficie. La zona pelágica conforma más del 90% de la masa del océano.

en el año 1985 y de merluza del sur en el año 1989. Así, el Decreto N°436 de 1985 reguló el acceso a la industria pesquera, congelando el tamaño de la flota y la fuerza pesquera y negando permisos nuevos²⁰.

Es en esa época, que el prontamente saliente gobierno militar toma conciencia de la necesidad de un cuerpo legal sistemático para regular la actividad pesquera, pues la regulación por medio de decretos ya resultaba insuficiente para compatibilizar la actividad económica con la sustentabilidad de los recursos²¹. Entonces, en el marco de un período de auge económico y expansión de la industria exportadora, comienza en Diciembre de 1988 la tramitación de la llamada “Ley Merino”²². Así, el 21 de Diciembre de 1989 fue promulgada la **Ley N°18.892 General de Pesca y Acuicultura**, estableciendo un nuevo sistema de administración de la actividad pesquera y definiendo tipos de pesquería según su estado de explotación: en plena explotación, en recuperación e incipiente²³. Sin embargo, esta ley no comenzó a regir en los términos estipulados, ya que con el regreso a la democracia, el Congreso Nacional aprobó por unanimidad prorrogar su entrada en vigencia para disponer de mayor tiempo para su estudio y revisión, de forma que en Septiembre de 1991 se promulgó la actual Ley General de Pesca y Acuicultura, entrando en vigencia en Enero de 1992, y consagrando herramientas para restringir el esfuerzo pesquero y estableciendo regímenes de acceso según el estado de desarrollo de las pesquerías²⁴.

En la década de los noventa, a medida que los recursos pesqueros se fueron haciendo más escasos, se fue de a poco gatillando lo que se denominó como “**carrera olímpica**”, consistente en la situación en que cada armador intenta capturar el máximo posible antes que lo haga su vecino, lo que evidentemente generaba muchas ineficiencias y una peligrosa sobreexplotación de los recursos. A raíz de esto, se restringió el acceso a todas las pesquerías en plena explotación y se

²⁰ OCDE. 2009. Políticas de pesca y acuicultura en Chile: Informe de base. [en línea] https://books.google.cl/books?id=-Zlc3dksE_EC&printsec=frontcover&hl=es#v=onepage&q&f=false [consulta: 8 de Enero de 2019]

²¹ TROMBEN, Carlos. Op. Cit., p. 87.

²² Ibid, p.92.

²³ Ibid, p.106.

²⁴ PAREDES, Christian y SOTO, Elizabeth. Op. Cit., p.33.

crearon los registros pesqueros artesanal e industrial, en los cuales era necesario inscribirse para poder ejercer la actividad pesquera. A fines de la misma década, se agregaron, sólo para el sector industrial, los Límites Máximos de Captura por Armador (LMC), variante de las cuotas individuales transferibles, que sigue el ejemplo de otros países pesqueros tales como Nueva Zelanda e Islandia.²⁵ En el año 2001, después de mucho debate, por medio de la **Ley N°19.713**, se instauró una nueva variante de cuotas individuales transferibles: los Límites Máximos de Captura por Armador vinculados a la nave (en adelante LMCA), los cuales regirían por dos años²⁶. De esta forma, se fraccionó en un sistema de cuotas individuales la cuota global de captura (en adelante CGC), entre los armadores cuyas naves tuvieran autorizaciones de pesca vigentes²⁷. Así, el porcentaje de la CGC que le correspondía a cada armador es dividido entre todos los armadores industriales con participación en una unidad de pesquería, basándose en los registros históricos de captura y en la capacidad de bodega de las embarcaciones que posean, de manera que la suma de esos coeficientes determinó la participación del armador en la CGC²⁸.

3. Ley N°19.849 y N°20.657: el inicio de los grandes cuestionamientos al sistema.

En Diciembre del año 2002 se aprueba la **Ley N° 19.849**, conocida irónicamente como “Ley Corta de Pesca”, prorrogando la vigencia de los límites máximos de captura por diez años más, con la que el Ejecutivo buscaba dotar de estabilidad al sector industrial y artesanal²⁹. Entre los años 2002 y 2012, la referida “Ley Corta”, estableció una prórroga al régimen impuesto por la antigua Ley N° 19.713 del año 2000, la cual establecía una cuota máxima de captura por armador

²⁵ RÍOS, Brehm Mónica. Op. Cit., p.7.

²⁶ REVISTA ISCI. 2011. Ver bajo el agua: Situación de la Pesca en Chile, análisis desde la economía y nueva ley. [en línea] Revista 09, año 2011. <https://www.isci.cl/wp-content/uploads/R09A08.pdf> [consulta: Noviembre 2018].

²⁷ PAREDES, Christian y SOTO, Elizabeth. Op. Cit., p.42.

²⁸ Loc. Cit.

²⁹ Ibid, p.43.

para las principales pesquerías industriales, otorgada según criterios históricos³⁰, prorrogando así la vigencia de los límites máximos de captura hasta el 31 de Diciembre del 2012.

Esta última regulación no avanzó mucho respecto de elementos esenciales, tales como la transferibilidad plena de las cuotas asignadas³¹ y especialmente, la forma de renovación del régimen, lo cual generaba serias incertidumbres, pudiendo esto llevar a incentivos perversos por parte de los actores, con negativas consecuencias desde el punto de vista de la sobreexplotación. Como se mencionó previamente, el temor a esta última situación es lo que se conoce como “Carrera Olímpica”, circunstancia en la que, al no existir cuotas individuales de pesca, el incentivo de cada armador habría sido capturar lo máximo que pueda del recurso antes de que lo haga otro. Esto, generaría serias ineficiencias productivas, puesto que para ejercer la actividad se requerirían sobre inversiones de capital, con los esfuerzos concentrados en plazos demasiado breves. Así, el costo total de desarrollar la actividad pesquera, se volvería extremadamente alto, poniéndose además en riesgo la sustentabilidad del sector.

De esta forma, la LGPyA en su artículo 3 letra C, otorga al Ministerio la facultad de fijar por Decreto Supremo, y previo informe técnico de la Subsecretaría de Pesca, la medida de administración de fijar cuotas anuales de captura por especie en un área determinada. Cabe destacar que estas medidas de protección se establecen para casos en que los recursos se encuentran sobreexplotados, tales como el del jurel, la merluza de cola, entre otras especies (artículo 2 Ley N°19.713).

A la vez, en la LGPyA se establecía en el antiguo artículo 27, el mecanismo de subastas de permisos de pesca extraordinarios (PEP) por hasta el 50% de la cuota global para las unidades de pesquería³² sujetas al régimen de plena explotación (las cuales constituyen un 5% de las toneladas totales de cuota global anual), el cual en

³⁰ Consiste en distribuir anualmente la cuota global anual de captura asignada al sector industrial, para la unidad de pesquería, entre los armadores que tengan naves con autorización de pesca vigente para desarrollar actividades pesqueras extractivas en ella, a la fecha de publicación de la resolución a que se refiere el artículo 6°.

³¹ Si bien las cuotas asignadas por esta ley, no son directamente transferibles entre armadores, si podían ser transferidas indirectamente mediante operaciones de compraventa de las naves respectivas y también mediante la figura jurídica de “Asociaciones de armadores industriales”.

³² Área, especie y embarcación.

la práctica no se aplicaba por parte de la Subpesca, esto debido a que para hacerlo requería contar con la aprobación absoluta del Consejo Nacional de Pesca³³, además de contar con la existencia de un Reglamento, el que nunca fue dictado. En su tiempo, diversos actores del mercado criticaron mucho la falta de aplicación de este mecanismo, argumentando muchos de ellos que su uso habría sido beneficioso al fomentar un régimen de competencia abierta y sana, y también para permitir la incorporación de nuevos actores, fortaleciendo así a un mercado tan relevante para la economía nacional como lo es el sector pesquero. Entre los actores que destacaron en este debate, encontramos a la empresa “Lota Protein S.A”, pesquera de origen noruego-danesa, dedicada principalmente a la producción de harina y aceite de pescado, la cual solicitó en Marzo de 2010 al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (en adelante TDLC) ejercer la facultad de consulta, presente en los numerales 2, 3 y 4 del artículo 18 del Decreto Ley N°211, con el fin de que este último se pronunciare acerca de las ventajas de este mecanismo no utilizado, lo anterior con el fin de preservar el orden público económico y la libre competencia, a la vez que sugería al tribunal plantear una serie de propuestas al ejecutivo para la dictación de la nueva Ley una vez que venciera la vigente a la época. Más específicamente, la solicitante pidió al tribunal:³⁴

- Determinar que la omisión por parte de la Subpesca en implementar el sistema de subastas del artículo 27 de la LGPyA, infringe el Decreto Ley N°211, al establecer restricciones indebidas al acceso y crecimiento de actores al mercado de la pesca industrial, al imponer barreras a la entrada que inhiben la competencia, ya sea de modo general (mercado de la pesca industrial y mercado de cuotas de pesca), como también de manera específica (mercados de pesca industrial y de cuotas de jurel de regiones III a IV, V a IX, y X a XIV), restricciones en directo beneficio de los actores preexistentes con posición dominante en el mercado.

³³ Organismo que contribuye a hacer efectiva la participación de los agentes del sector pesquero en el nivel nacional en materias relacionadas con la actividad de la pesca y acuicultura. Es de carácter resolutivo, consultivo y asesor en aquellas materias que la LGPyA establece. Su sede está en Valparaíso y funciona en las dependencias de la Subsecretaría de Pesca.

³⁴ **TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA (TDLC)**. 15 de Junio de 2010. Causa Rol NC N°379-10. [en línea] https://www.tdlc.cl/nuevo_tdlc/tdlc-declara-inadmisibile-la-consulta-de-lota-protein-s-a-sobre-regimen-de-acceso-a-los-recursos-pesqueros/ [consulta: Noviembre de 2018].

- Exigir a la Subsecretaría de Pesca la efectiva aplicación del sistema de subastas del artículo 27 y la dictación del inexistente Reglamento referido en ese precepto.
- Establecer que el criterio de adjudicación para la subasta de las mencionadas cuotas, no se constituya únicamente por el mayor precio ofrecido, sino que considere también variables de adjudicación pro competitivas.
- Recomendar al presidente que proponga modificaciones normativas una vez terminada la vigencia de la Ley de Cuotas Máximas en el año 2012.

Si bien el TDLC no declaró admisible esta consulta, por razones procedimentales en relación a la normativa del DL N°211, la interposición de ésta, planteó la inquietud en el tribunal, ante lo que éste decidió emitir una **Proposición sobre el Régimen de Acceso a los Recursos Pesqueros**³⁵. En este instrumento, luego de un detallado análisis técnico y económico, en el cual se incorporan estadísticas relativas al mercado de la pesca industrial, como también de la industria de reducción pesquera³⁶, consistente en aquella de manufacturación del recurso para elaborar harina y aceite de pescado, y posterior exportación de productos al extranjero, entre otras cosas el tribunal concluyó que a Enero del año 2011, el mercado de la pesca industrial sometido al sistema establecido por la LCMA, presentaba un evidente aumento en su concentración³⁷, pero sin poder por esto demostrarse la existencia de poder de mercado relevante, que pudiese llevar a situaciones de abuso de posición dominante, por parte de algún productor. En cuanto a la idea de subastar o licitar parte de la cuota global anual de las unidades de pesquería sujetas a la LMCA, el Tribunal señala que, a su juicio no es estrictamente necesario implementar este mecanismo para efectos de defender la libre

³⁵ **TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA (TDLC)**. 19 de Marzo de 2018. Proposición N°12, ROL ERN 12-10. [en línea] https://consultas.tdlc.cl/do_search?proc=1&idCausa=41695 [consulta: Noviembre de 2018].

³⁶ Según el TDLC, esta industria es de especial relevancia, pues engloba un importante porcentaje de los ingresos económicos anuales que generan las pesquerías sujetas al régimen de LMCA, alcanzando alrededor del 80% del valor anual exportado por este conjunto de industrias.

³⁷ Además, el TDLC destaca en su proposición que en relación a las naves que abastecen a la industria de reducción pesquera (elaboración de harina y aceite de pescado), desde el 2001 al 2011 no se produjo el ingreso de ningún nuevo entrante, entendiéndose por tal a una empresa independiente de aquellas a las que se les asignó inicialmente cuotas por armador en la ley del 2001.

competencia, siendo a su parecer incluso positivo para el mercado el otorgamiento de cuotas históricas por períodos prolongados o incluso indefinidos, pero debiendo esto ir de la mano de un fuerte sistema de libre transferibilidad de las cuotas de pesca, el que hasta antes de la Ley N°20.657 no existía, siendo las cuotas por regla general intransferibles, pero pudiendo esto realizarse de manera indirecta mediante la compraventa de la nave o mediante la figura jurídica de “Asociaciones entre armadores industriales”, bajo la cual los armadores se asocian, pescando con todas las naves, o con sólo una parte de ellas.

La importancia de la libre transferibilidad de las cuotas, radica en que la indivisibilidad entre la propiedad de una nave y la titularidad de la referida cuota tiende a generar efectos negativos desde el punto de vista de la eficiencia productiva, pues genera aumento en el costo de entrada para potenciales nuevos entrantes, al no ser así posible que el costo de la cuota sea menor a la asociada a cada nave, además de una tendencia al desincentivo a la inversión en una nave más moderna que tienda a mejorar la productividad, pues el posible nuevo entrante preferirá pescar con una nave que ya existe y tiene una cuota asignada, que comprar una nueva que sea más eficiente, pero que no posea un permiso asociado.

Cuando ya quedaba poco tiempo para que cese la vigencia de la recién mencionada ley corta, es que surge la urgencia por parte del ejecutivo y de los legisladores de sacar una nueva ley que se encargue de regular la extracción pesquera. La referida urgencia estaba dada por el temor a que se desatara nuevamente la muy temida carrera olímpica, con todos los riesgos y consecuencias que eso implicaría.

Es ante esto, que cuando quedaba poco tiempo para que expirara la Ley N°19.849, el Congreso aprobó la **Ley N°20.657**. Con la introducción de este cuerpo normativo, se elimina el antes mencionado mecanismo de subastas, a la vez que se mantiene el sistema de asignación de cuotas anterior, favoreciendo a los mismos anteriormente beneficiados, pero esta vez asignadas por un lapso de veinte años

renovables³⁸. A la vez el ejecutivo informaba un cambio de paradigma respecto a la explotación de los recursos pesqueros, al incorporar a la nueva ley el principio precautorio y el enfoque ecosistémico en materia pesquera³⁹.

¿Qué motivó a los legisladores a otorgar a unos pocos estos privilegios, sin exigir nada (o casi nada) a cambio? Al tomarse la decisión de prorrogar la vigencia de un sistema que, a simple vista parece bastante injusto, se tuvieron en la mira una serie de beneficios que, en teoría el mantenimiento de este sistema, traería para la explotación del recurso. Se creía por parte de los legisladores que resultaba importante propender a que la referida actividad extractiva se desarrollara de manera estable, pues el pasar a un sistema distinto se generarían una serie de dificultades, tanto operacionales como por supuesto económicas, que el mantenimiento del régimen de autorizaciones según criterios históricos evitaría, con todos los beneficios que ello conlleva. La circunstancia de que se haya estado en búsqueda de mantener esta continuidad está directamente relacionado, como se acaba de mencionar, con el costo para la administración de implementar un sistema distinto al ya existente, dentro de los que encontramos en principio los costos de puesta en marcha del nuevo sistema, al igual que los costos posteriores en los que habría que incurrir para fiscalizar esto, como también su posterior desarrollo, además del costo adicional que habría significado esta transición para los intervinientes en la actividad.

Es así, como estos elementos se tuvieron en la mira para tomar la decisión de mantener el sistema de cuotas, intentando propender a un menor precio en el desarrollo de la actividad y que fomente el desarrollo de la industria. Pero, a pesar de que el costo directo de cambiar el sistema es un factor de gran importancia, parece haber motivado aún más esta ley el escaso tiempo con el que se contaba para sacar adelante el nuevo cuerpo normativo. La amenaza de que, ante la existencia de un periodo de vacancia legal, los industriales se encontraran desprovistos de regulación, de manera que cada armador intentara pescar al máximo de su capacidad hasta que ya no quedará nada más, constituía un riesgo demasiado elevado para nuestro

³⁸ RÍOS BREHM, Mónica. Op. Cit., p.7.

³⁹ PAREDES, Christian y SOTO, Elizabeth. Op. Cit., p.47

recurso pesquero y para la actividad económica que no podía ser permitido. La temida carrera olímpica o tragedia de los comunes, implica riesgos demasiado altos para nuestro medio ambiente y economía, pues bien sabemos que las especies pesqueras, si bien pueden reproducirse, también pueden llegar a niveles tan extremos de sobreexplotación, que la existencia de algunas de ellas se vea en riesgo. Nuestro país no es ajeno a esto último, pues ya existe la experiencia con el jurel, especie marina cuya cantidad se ha reducido de manera muy preocupante en los últimos años a causa de su sobreexplotación, con complejas expectativas de recuperación, de forma que mientras en 1995 el peak de extracción llegaba a las 4,4 toneladas, a fines del 2010 descendía a 256.000⁴⁰. También encontrábamos por otro lado, las negativas consecuencias laborales que para muchísimos trabajadores tendría el desencadenamiento de la carrera olímpica, esto pues al darse la situación extrema en que cada armador intentara pescar al máximo de su capacidad y también de la disponibilidad del recurso, llegado el punto que no existiera nada más para pescar, no habría trabajo que hacer hasta que las especies marinas se encuentren recuperadas, de manera que la extrema estacionalidad del trabajo generaría severos períodos de desempleo⁴¹, problemática ante la cual ningún gobierno puede darse el lujo de parecer responsable. Por otro lado, también encontramos el siempre presente fantasma de la pesca ilegal⁴², el cual genera importantes ingresos, atentando profundamente contra el recurso marino, por lo que sumarle más afectaciones a este sector, era algo que no se podía permitir.

Es así, que se prefirió continuar por el mismo camino que se venía siguiendo hace diez años, en lugar de efectuar una transición a otro sistema, como por ejemplo la **licitación**, la cual si bien tiene muchos adeptos, fue rechazada por parte de los parlamentarios y de los empresarios del rubro en general, además de ser para algunos un sistema aún más perjudicial para el sector pesquero, por el hecho de que serían las grandes empresas quienes podrían ofertar más alto y bajo mejores

⁴⁰ **CIPER CHILE**. 2012. El saqueo del mar chileno. [en línea]. 27 de Enero de 2012. <http://ciperchile.cl/2012/01/27/el-saqueo-del-mar-chileno/> [consulta: Noviembre de 2018].

⁴¹ **PAREDES, Christian y SOTO, Elizabeth**. Op. Cit., p. 38.

⁴² **CROWLEY, Eve**. 2018. La pesca ilegal en Chile, un problema más allá de nuestras fronteras. [en línea] 19 de Junio de 2018. <http://www.aqua.cl/columnas/la-pesca-ilegal-chile-problema-mas-alla-nuestras-fronteras/#> [consulta: Octubre de 2018]

condiciones, generándose así mayor tendencia a la concentración de mercado. El legislador decidió que era preferible sortear ciertos problemas de eficiencia, tales como la existencia de asimetrías de información y los elevados costos de transacción, como también los riesgos de fomentar la existencia de un mercado con tendencia a la concentración, en lugar de aventurarse con un nuevo sistema. A lo anterior, se suma igualmente el gran reproche ciudadano del cual es presa la ley vigente, lo que se complejiza al considerar que se trata de una actividad extractiva que constituye una importante fuente laboral para nuestro país, y que es tremendamente técnica, donde los problemas de asimetría de información son importantes, dificultando una crítica informada por parte de los intervinientes, como también debido a la enorme diversidad de intereses en juego.

La actividad pesquera extractiva es sin duda, en un país con más de 4.000 kilómetros de borde costero, de gran importancia, tanto para nuestra economía como también por ser una importante fuente de empleos para los ciudadanos. A fines del año 2011, cuando comenzaba la tramitación para la actual ley que hoy en día nos rige, el sector pesquero aportaba aproximadamente el 1% del producto interno bruto nacional, esto considerando también derivados como la harina de pescado y conservas⁴³, lo cual como ya se señaló anteriormente, ha tenido especial significancia en la historia de nuestro país. Es por lo anterior, que resulta tan relevante que la legislación que la rija tienda a los mayores estándares de razonabilidad y sustentabilidad, pilares fundamentales de la actual ley como lo consagra el mensaje presidencial.

⁴³ **HISTORIA DE LA 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. Mensaje Presidencial. Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. Página 6.

Capítulo II: La problemática a nivel mundial.

1. Esquema general

En general los problemas aquí anteriormente descritos, no son exclusivos de nuestro país, sino que compartidos con todos los países en los cuales la pesca extractiva constituye una actividad económica relevante. Ha sido tendencia mundial desde la segunda mitad del siglo veinte, la circunstancia de que la forma de manejo de las pesquerías, no está siendo suficiente para cumplir con los estándares necesarios que la actividad requiere para efectos de proteger el recurso y hacer un uso sustentable de los ecosistemas marinos. Hoy en día el objetivo, según la ONU, es llegar a un **enfoque ecosistémico de las pesquerías (EAF⁴⁴)**, más amplio que el que solía imperar, y que tiene como objetivos⁴⁵:

- a) Incorporar en la gestión, las interacciones entre la pesca y el ecosistema.
- b) Generar mayor conciencia de la falta de conocimiento y de las asimetrías de información.
- c) Necesidad fundamental de involucrar a las partes interesadas en todos los aspectos de la gestión.

En palabras de la Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y Agricultura, “el propósito de un enfoque ecosistémico de las pesquerías es planificar, desarrollar y administrar éstas, de una manera que aborde la multiplicidad de necesidades y deseos de la sociedad, sin poner en peligro las opciones para que las generaciones futuras se beneficien de toda la gama de bienes y servicios prestados por los ecosistemas marinos. Este se esfuerza por equilibrar objetivos, teniendo en cuenta los conocimientos y las incertidumbres sobre los sistemas bióticos, abióticos y los componentes humanos de los ecosistemas y sus interacciones, y aplicando un

⁴⁴ Ecosystem approach to fisheries.

⁴⁵ **GARCIA, S.M. ZERBI, A. ALIAUME, C. DO CHI, T. LASSERRE, G.** The ecosystem approach to fisheries. Issues, terminology, principles, institutional foundations, implementation and outlook. FAO Fisheries Technical Paper. No. 443. Rome, FAO. 2003. 71 p.

enfoque integrado para las pesquerías, dentro de límites ecológicamente significativos⁴⁶. Es así, que en relación a este enfoque, podemos hablar de un sistema realmente socio-ecológico, para así enfatizar la vinculación e interdependencia de ambas áreas.

De esta forma, se podría decir que en síntesis, el objetivo principal de las políticas orientadas a regular el sector pesquero ha de ser el uso sostenible⁴⁷ a largo plazo de los recursos, para lo cual el primer paso siempre será determinar los objetivos de todas las partes interesadas, incluido el ecosistema, y analizarlas en conjunto para la creación de una política pública que encause todos estos intereses de la mejor manera posible para configurar la estrategia de gestión, la que ha de tener en cuenta tanto las necesidades para preservar el recurso pesquero y el medio ambiente, como también los intereses de los trabajadores involucrados⁴⁸. Así, una pesquería será económicamente sostenible, cuando la pauta de explotación sea biológicamente sostenible⁴⁹ y cuando sea racional desde el punto de vista de los costos⁵⁰. Y aquí surge otro problema, pues resulta común que las antes mencionadas políticas y estrategias contengan tantas medidas, que el cumplimiento y ejecución de éstas se vuelva complejo y engorroso.

A nivel mundial, debido al privilegio de ciertos aspectos en desmedro de otros, entre los principales problemas encontramos la preponderancia, muchas veces desproporcionada, que se le da a los enfoques biológicos, como también a las economías de corto plazo versus las economías sociales, que muchas veces son dejadas de lado, decantando lo anterior en defectuosos procesos de tomas de decisiones⁵¹.

⁴⁶ **COCHRANE Kevern L. GARCÍA Serge M.** 2002. A Fishery Manager's Guidebook. Management measures and their application. FAO Fisheries Technical Paper No. 424. Rome, FAO. 231p.

⁴⁷ El uso sostenible de los recursos ha sido definido por la FAO como *"aqueel uso de los componentes de la diversidad biológica de una manera y a una tasa que no lleve a la reducción a largo plazo de la diversidad biológica, manteniendo así su potencial de satisfacer las necesidades y aspiraciones de generaciones presentes y futuras"*.

⁴⁸ Ibid, p.2.

⁴⁹ El plan de explotación será biológicamente sostenible cuando el volumen anual de biomasa capturado año tras año, pueda repetirse indefinidamente, generación tras generación.

⁵⁰ **GOMEZ, Carlos.** Recursos pesqueros (apuntes). [en línea] Universidad de Alcalá de Henares. <http://www3.uah.es/econ/EA/Tema5.pdf> [consulta: Noviembre de 2018].

⁵¹ Ibid, p.10.

2. La tragedia de los comunes

Como ya se adelantó, este fenómeno es uno de los principales fantasmas que azota a la pesca a nivel mundial, surgido por la divergencia entre racionalidad individual y colectiva, que genera poco incentivo para proteger el recurso pesquero, pues puesto que éste es fugitivo, lo que no es atrapado hoy, será atrapado mañana por otro competidor. Debido a que cada pesquería, operaría con la misma lógica, la consecuencia de todo lo anterior, será la destrucción de un recurso del que todos dependen, tanto los industriales, por constituir su actividad económica de la que reciben ingresos directos, como también los ciudadanos comunes y corrientes, por la destrucción de ecosistemas que, aunque muchos olvidan, a largo plazo afecta la calidad de vida de toda la población mundial.

Al respecto de este conflicto, es necesario mencionar la importancia que ha de tener para los participantes de este mercado, los aspectos biológicos en conjunto con los económicos. Hoy por hoy, la tendencia general de las pesquerías es enfocar los esfuerzos en la obtención del beneficio económico, dejando muy de lado los beneficios para los peces, por lo que nunca el resultado de la actividad otorgará un beneficio integral.

La difusión de la problemática conocida como la “tragedia de los comunes” es atribuida a un poco difundido panfleto escrito en 1833 por el matemático y economista William Forster Lloyd, pero fue acuñado y popularizado por el biólogo y ecologista estadounidense Garrett Hardin, en un artículo publicado en 1968. En él, hace referencia a la existencia de bienes comunes limitados para una población que crece, a causa de que el sistema impulsa a los individuos a maximizar el uso de los recursos naturales, buscando cada uno lograr provecho personal ante la disponibilidad de recursos comunes de libre acceso, lo que finalmente lleva a todos a la ruina, surgiendo ahí la tragedia, entendida esta última por Hardin como “la solemnidad despiadada del desarrollo de las cosas, inevitabilidad del destino solamente ilustrada en términos de vida humana por los incidentes que involucran

infelicidad, pues sólo a través de ellos puede hacerse evidente en el drama”.⁵² Lo anterior, lo explica con un clásico ejemplo (usado también por W. Forster Lloyd), que a la vez resulta ser una metáfora al problema de la sobrepoblación. En él, describe un pastizal de libre acceso para todos, en el cual cada pastor intentará mantener tantas cabezas de ganado como le sea posible. Lo anterior funcionará bien en la medida que la cantidad de hombres y animales se sitúe por debajo de la capacidad de las tierras, pero llegado el punto en que esto se encuentre superado, la lógica de los recursos comunes llevará a la tragedia. Esto pues, la lógica de cada pastor es maximizar sus ganancias, ante lo que se hará la pregunta de cuál es el beneficio que le otorgará aumentar su rebaño en +1. El aspecto positivo estará en que, ya que el pastor recibe beneficios por la venta del animal adicional, su potencial utilidad será cercana a +1, mientras que el aspecto negativo se encontrará en que los efectos del sobrepastoreo generados por el animal adicional, serán soportados por todos los pastores, existiendo así una utilidad negativa de -1 asociada a la decisión del pastor. Ante lo anterior, el pastor racional llegará a la conclusión de que la decisión más sensata para sus propios intereses es añadir el animal extra a su rebaño, adicionalmente otro extra y así sucesivamente. Al ser esta la misma conclusión a la que llegan todos los pastores “racionales”, surge la tragedia, al ser en este sistema, ilimitada la posibilidad de aumento del ganado, en un mundo en que los recursos comunes si son limitados. Lo anterior, señala Hardin, sucede y se aplica en muchos aspectos, tales como en el uso de los recursos marítimos, el libre acceso a los parques nacionales, la contaminación (pero aquí de manera inversa)⁵³, entre otros. Ante la situación descrita, las opciones de solución podrán basarse en asignaciones en base a la riqueza, méritos, sorteo u orden de llegada. En relación a la problemática, Hardin también analiza el componente moral en las soluciones a adoptar. Resulta para las leyes, imposible anticiparse a todas las situaciones que puedan presentarse, razón por la que han de dejar en manos de la administración estos detalles. Quien administra, se verá muy expuesto a la corrupción a la hora de

⁵² **HARDIN Garrett.** 1968. The tragedy of the commons. Science, v. 162 (1968), pp. 1243-1248.

⁵³ A la inversa, pues no se extrae nada de los recursos comunes, sino que se les agrega un elemento nocivo, pues para el hombre razonable, resultará más beneficioso económicamente descargar sus desperdicios en ellos, en lugar de purificarlos antes de descargarlos. Ante esto, la solución radicaría en establecer medidas coercitivas o mecanismos fiscales que hagan más conveniente para quien contamina, tratar sus desechos antes de ser descargados.

tratar de evaluar la moralidad de los actos en el sistema, ante lo que el desafío se encuentra en encontrar maneras de legitimar el actuar de la autoridad, erigiéndola como un ente honesto. A la vez, el autor identifica una problemática en relación al problema demográfico: el compromiso con la existencia de un estado de bienestar, en que cada familia no depende exclusivamente de sus propios recursos, genera roces con otro aspecto de la tragedia de los comunes, siendo compleja de equilibrar la creencia de que cada individuo nace con el mismo derecho sobre nuestros recursos comunes, con absoluta libertad de procrear, desencadenándose nuevamente la tragedia, razón por la que es entendible, si bien no muy bien visto⁵⁴, que la planificación familiar sea un tema de interés público. Otro aspecto que señala Hardin, es que en el análisis de las vías de solución a la problemática, es necesario descartar el llamado a la conciencia de los individuos como una vía factible de solución, esto pues a su juicio, en el llamado a ella, existe un doble mensaje: por ejemplo, si se le pide a un hombre que explota desmedidamente los recursos “que no lo haga en nombre de la conciencia”, este percibirá el comunicado esperado, que le señala que el descuido de los recursos hará que sea condenado como un ciudadano irresponsable, pero por otro lado, también percibirá un mensaje no pretendido por el emisor, que le dice que si se comporta conforme a lo solicitado, será secretamente condenado como el tonto que se hace a un lado mientras el resto se dedica a explotar a su antojo los recursos comunes. La búsqueda de generar un sentimiento de culpa y ansiedad, apelando a la conciencia, no tendría en términos prácticos un efecto positivo para solucionar el problema. De esta manera, la forma de producir un sentimiento de responsabilidad en el individuo, se encontraría en el establecimiento de algún tipo de coerción, como por ejemplo el cobro de impuestos, los que si bien nadie disfruta, se aceptan pues se sabe que son necesarios y que si fueran voluntarios no tendrían efecto, siendo así comprendidos como un medio factible para escapar de la tragedia. Hardin finaliza su presentación, señalando que cada restricción impuesta al uso de los recursos comunes, implica restringir la libertad personal, pero debiendo considerar que esta libertad no llevaría a otra cosa que a la

⁵⁴ Según Hardin, esto en relación a que a la época de publicación de su artículo, gran cantidad de naciones, en el marco de un acuerdo de la ONU, habían acordado que la decisión sobre el tamaño familiar era tema exclusivo de cada familia.

ruina universal, siendo la libertad de reproducción un ejemplo de esto, pues según el autor, en palabras de Hegel, “la verdadera libertad no sería más que el reconocimiento de necesidad”⁵⁵.

Pero un poco antes que por Hardin, el tema de la tragedia de los comunes también había sido tratado, y específicamente en relación a la pesca. En 1954, H. Scott Gordon señalaba que la riqueza que era de libre acceso para todos no era valorada, pues existía un riesgo muy alto de esperar el momento propicio para que ésta fuera usada, ya que cuando ese momento llegara, el recurso ya habría sido totalmente utilizado. Así, se le resta valor a los peces, pues los pescadores deciden tomarlos aunque realmente no los necesiten en ese momento, debido a la falta de certeza de que aún estén ahí al día siguiente. Para ellos, la solución a esta problemática se encontraba en poner la propiedad de la pesca bajo un único mandato. De esta forma, un sólo propietario intentaría equiparar el costo marginal de cada unidad de esfuerzo añadida a los ingresos marginales que produciría, siendo él quien aplicaría el nivel de esfuerzo efectivo que produciría el máximo rendimiento económico sostenible. Pero la realidad es que en la mayoría de los países pesqueros, se estima política y administrativamente imposible ejecutar métodos de propiedad única, considerándose así actualmente una opción inviable, por lo que la tendencia mundial ha sido concentrarse en reducir el esfuerzo efectivo centrándose en mecanismos alternativos, tales como cupos, vedas, restricciones de equipo, impuestos o licencias para reglamentar a los pescadores considerados como grupo, alternativas que ha tenido cierto éxito en pesquerías que explotan una sola especie presentes en aguas templadas⁵⁶.

Entre otras propuestas surgidas en la segunda mitad del siglo XX, para la problemática de Hardin, aplicada a la pesca, se encuentran los **derechos de uso territorial en las pesquerías**, los que ofrecerían dos importantes ventajas de gran

⁵⁵ Ibid, p.1248.

⁵⁶ **GORDON, H Scott.** The economic theory of a common property resource: the fishery. Chicago Journals, Abril 1954.

relevancia en medios que destacan por la sobre capitalización y pobreza de las comunidad pesqueras⁵⁷:

a) Tienen el potencial de asignar derechos de uso exclusivo, de forma que las rentas obtenidas, y que se pierden bajo el sistema de libre acceso, sean recuperadas.

b) El control de la comunidad sobre estos derechos de uso y las rentas obtenidas, puede proporcionar los medios necesarios para mejorar el bienestar de las comunidades pesqueras.

Hasta fines de los años setenta, un caso como el anterior era el que se daba en Filipinas, en donde las municipalidades tenían poder para reglamentar jurídicamente la actividad pesquera hasta cierta extensión de las aguas, a la vez que son ellas las que otorgaban las licencias de pesca para las embarcaciones⁵⁸.

3. El dilema del prisionero y la lógica de la acción colectiva

Lo dicho por Hardin, ha tenido gran aplicación para explicar una serie de problemáticas sociales desde una perspectiva económica. La politóloga Elinor Ostrom, propone junto con la tragedia, el dilema del prisionero y la lógica de la acción colectiva, como modelos útiles para explicar e intentar comprender las posibles soluciones, tanto estatales como de mercado, al problema de la regulación y administración de los recursos naturales, los que son frecuentemente utilizados para fundamentar la toma de decisiones al respecto, y que constituyen modelos muy relacionados a la hora de entender el por qué un conjunto de individuos racionales obtienen resultados irracionales⁵⁹.

El **dilema del prisionero**, desarrollado por Flood y Dresher en 1950, y como un problema presente en el marco de la teoría de los juegos, intenta demostrar que

⁵⁷ SMITH, I.R. y T. Panayotou. 1984. Derechos de uso territorial y eficiencia económica: el caso de las concesiones pesqueras en Filipinas. [en línea] FAO Documentos Técnicos de Pesca. <http://www.fao.org/docrep/003/T0509S/T0509S00.htm#toc> [consulta: Octubre 2018].

⁵⁸ Ibid, p.1.

⁵⁹ OSTROM Elinor. 1990. El gobierno de los bienes comunes: La evolución de las instituciones de acción colectiva. México. Fondo de Cultura Económica.

la cooperación coordinada es esencial para llegar a la mejor solución en un problema de competencia, ante lo que establece un ejemplo en el que existen dos prisioneros en distintas celdas, a los que se les dice por separado que si uno confiesa y el otro no, el cómplice será condenado a la pena total de diez años, y el primero será liberado. Si uno lo niega y el cómplice confiesa, el primero recibirá esa pena y será el cómplice quien salga libre. Si ambos confiesan, ambos serán condenados a seis años. Si ambos lo niegan, serán encerrados por sólo un año y por un cargo menor. Este, explicaría un modelo de conflictos muy habitual en la sociedad, pues el pensamiento lógico que tendrá cada prisionero por separado, será la que es mejor para él individualmente, y no lo que sea mejor para el bien común, que sería en este dilema el delatar al otro, pues bajo esa vía siempre se minimizaría la condena. Esta paradoja de que las estrategias individualmente racionales llevan a resultados colectivamente irracionales, es plenamente aplicable al problema de los comunes en materia pesquera, en que desde un punto de vista individual, lo racionalmente positivo para cada armador sería extraer la mayor cantidad de peces posible, pero que bajo una perspectiva colectiva tendría efectos negativos para todos los demás armadores.⁶⁰

Y por otro lado, se encuentra la **lógica de la acción colectiva**, desarrollada en 1965 por Mancur Olson⁶¹, quien cuestionaba que la posibilidad de beneficio para un grupo, fuera suficiente para generar una acción colectiva por parte del grupo, que llevase a la obtención de ese beneficio común, cuestionando así, que individuos con intereses comunes actuarían de manera voluntaria para intentar promover dichos intereses. De esta forma, un individuo racional con un interés personal, no actuará con miras a lograr el interés común del grupo, a menos de que se trate de un grupo pequeño o intermedio⁶², o uno sobre el que se ha establecido previamente algún tipo de coerción que lleve a actuar según el bien común. El planteamiento de Olson cobra sentido bajo un contexto en donde un actor no puede ser excluido de los beneficios que genera un bien colectivo, teniendo entonces pocos incentivos para contribuir de

⁶⁰ Ibid, pp.28.

⁶¹ **OLSON, M.** The logic of collective action. Public goods and the theory of groups, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1965.

⁶² Ostrom señala que cuando Olson se refiere a un grupo intermedio, no define este según la cantidad de integrantes, sino según lo sobresalientes o notables que resulten las acciones de sus integrantes.

manera voluntaria al suministro de ese bien⁶³. Lo anterior, nuevamente se puede aplicar al problema de la pesca, en el que ante la tragedia de los comunes, se sabe que los actores del mercado actuarán según sus metas individuales, siendo necesario algún mecanismo externo o acción coercitiva para que actúen con miras a obtener un beneficio común para todos, el que en el presente caso sería la preservación del recurso pesquero.

Finalmente, la tragedia de los comunes junto a los dos modelos recién descritos, tienen en común el problema de los *free riders*, en que ante la imposibilidad de exclusión, aparecen individuos que buscarán beneficiarse del esfuerzo ajeno, sin aportar nada para la obtención de estos beneficios comunes, de forma que los tres modelos conducen a la predicción de que quienes hacen uso de los recursos comunes, no colaborarán para lograr la obtención de beneficios colectivos para todos los usuarios, estando así los individuos en cierta forma atrapados en este camino a la irracionalidad.⁶⁴

4. El problema de las externalidades

También desde esta conceptualización, ha sido tema de discusión la forma de superar el problema de las externalidades, surgido en el marco de la explotación de bienes comunes. El término **externalidad**, se puede entender como los efectos que produce una actividad sobre los consumidores ajenos a la misma y que no se reflejan en el mercado, pudiendo ser negativas cuando la acción de una de las personas impone costos a la otra, o positivas cuando la acción de una de las partes beneficia a la otra; mientras que llevando el término al ámbito pesquero, se entiende como todo efecto externo que no es tenido en cuenta por el pescador que lo genera, pero que afecta al resto de los usuarios del recurso, siendo en este caso generalmente negativas, al no considerarse los efectos sobre los demás pescadores y sobre las

⁶³ Ibid, p.31.

⁶⁴ Ibid, p.33.

reservas ictícolas, los que se darán cuando la actividad de un agente provoque pérdida de bienestar en otro agente y esta pérdida no sea compensada⁶⁵.

Para muchos, la solución se encontraría en el Estado, dejando en manos de los gobiernos el control de la mayoría de los sistemas de recursos naturales. Mientras tanto para otros, la única forma sería imponer derechos de propiedad privada cada vez que nos encontremos ante bienes comunes. Esta última opción, se esgrime como una vía en teoría sencilla, para casos como el del ejemplo de Gardin, donde bastaría con dividir la tierra. Sin embargo para casos como el de las pesquerías esto se complejiza, al tratarse de un recurso fugitivo no estacionario, donde resulta virtualmente imposible establecer derechos de propiedad en concreto⁶⁶. A nivel de teoría económica, se soluciona la problemática de las externalidades por medio de dos enfoques⁶⁷:

a) El descrito por Arthur Pigou en 1920⁶⁸, quien estableció la distinción entre costos marginales privados y sociales, sugiriendo que era necesaria la intervención del Estado por medio de subsidios e impuestos para reducir las fallas de mercado e internalizar las externalidades.

b) El de Ronald Coase de 1960⁶⁹, quien determinó que si los derechos de propiedad están bien definidos y los costos de transacción son muy bajos, el mercado competitivo puede llevar a la sociedad a un óptimo. Así, se trataría de la comparación de los beneficios globales derivados de la externalidad con los que se obtendrían los mismos, si esta se eliminara. De esta forma, Coase intenta explicar la importancia del mercado en el manejo de los recursos naturales y la relevancia de que exista un sistema jurídico que defina de manera adecuada los derechos, y que exista un sistema para facilitar las transacciones.

⁶⁵ **ERRAZTI, Elizabeth. GUALDONI Patricia.** 2001. La pesca y sus externalidades. Revista Faces. año 7, n°12. Facultad de Ciencias Económicas y Sociales, Universidad de Mar del Plata.

⁶⁶ Ibid, p.41.

⁶⁷ Ibid, p.23.

⁶⁸ **PIGOU, Arthur.** 1920. The Economics of Welfare. Macmillan. London.

⁶⁹ **COASE, Ronald H.** 1960. The problem of social costs. Journal of Law and Economics. Octubre de 1960. Vol. 3 : 1-44.

De esta manera, aterrizando ambos enfoques a la realidad en materia pesquera, las opciones de solución serían abrirse a la intervención estatal, la gestión comunitaria y la privatización por vía de la asignación de derechos de propiedad.

5. El problema de los bienes comunes en la pesca

Tiempo después de que Garrett Hardin haga referencia al problema de los bienes comunes, estudiosos han continuado analizándolo en relación a la pesca, y han identificado dos características de los recursos que pueden ser objeto de esta problemática⁷⁰:

a) Problema de la exclusión: Dificultoso control del acceso al recurso pesquero para los potenciales nuevos intervinientes.

b) Problema de la sustracción: Cada interviniente puede, sin mayor complejidad, quitarle bienestar a los demás participantes que desarrollan la actividad.

De esta forma, serán **recursos comunes**, aquellos en que la exclusión de los beneficiarios a través de los medios físicos e institucionales disponibles sea especialmente costosa, y la explotación de un usuario reduce la disponibilidad del recurso para los otros⁷¹. Otra definición muy parecida es la que hace la autora Elinor Ostrom, quien define los recursos comunes (en adelante, RUC) como un “sistema de recursos naturales, o bien hechos por el hombre, que es lo suficientemente grande para volver costoso, pero no por eso imposible, excluir a destinatarios potenciales de los beneficios de su uso”. Ella además establece que es esencial para poder organizar y gobernar sobre los RUC, diferenciar entre el sistema de recursos y el flujo de unidades de recurso que produce ese sistema, los que son mutuamente dependientes. Los **sistemas de recursos** se formarían por las variables capaces de producir una cantidad máxima de flujo variable, sin perjudicar el acervo, bajo circunstancias favorables, siendo un ejemplo de ellos las áreas de pesca y cuerpos de agua en general; mientras que las **unidades del recurso** serían aquello de lo que

⁷⁰ GORDON, H Scott. Op. Cit., p. 136.

⁷¹ Ibid. p.135.

los individuos se apropian o usan del sistema de recursos, siendo por ejemplo la cantidad de pescado que se extrae de un área de pesca. Según la autora, esta distinción es importante en relación a los recursos renovables, donde se puede determinar cuál es el ritmo de reabastecimiento. De esta forma, un determinado recurso, en este caso los peces, podrán mantenerse mientras el ritmo promedio de sustracción no exceda el ritmo promedio de reabastecimiento. Aquí, los pescadores serían los apropiadores, quienes usan el recurso obtenido para acceder a un proceso de producción, como también para transferirlo a otros usuarios por medio de la venta directa⁷². Lo anterior funcionaría bien en la medida en que ninguno de los “apropiadores”, en este caso los armadores industriales, ostente poder de mercado suficiente ni sus acciones tengan un impacto negativo en el medioambiente de quienes están fuera de su esfera. Sin embargo, esto se complejiza si los apropiadores tienen un poder de mercado relevante como para influir en los precios, lo que afectará a terceros como también a ellos mismos. Si bien, el sistema de recursos es susceptible de ser usado de forma conjunta, no lo son las unidades, por la razón obvia de que el pescado que ya fue capturado por un barco, no será susceptible de ser pescado nuevamente por otro.

Además, resulta necesario aclarar una habitual confusión en la que incurren los economistas en relación a los conceptos de “libre acceso” y “propiedad común”, la que se deriva de que ambos conceptos representan formas de asignación de derechos de propiedad distintos al régimen de propiedad privada, pero que sin embargo, son diferentes. Por un lado, el **libre acceso** constituye la ausencia de propiedad (*res nullius*), caracterizado por la inexistencia de propietarios, abierto para todos, y sin limitaciones en el acceso a las zonas y al uso de los recursos existentes en ellas por apropiación directa por parte de cualquier miembro de la sociedad. Por otro lado, en el **régimen de propiedad común** o *res communis*, los recursos disponibles son propiedad de grupos específicos, quienes pueden excluir a quienes no sean propietarios en cuanto al acceso y uso, estableciendo normas para regularlos. Los miembros de estas colectividades poseen derechos sobre los

⁷² Pero en el caso de la pesca industrial esto último en menor medida, pues recordemos que el grueso del recurso capturado por los detentadores de estas cuotas se destina para la producción de harina y aceite de pescado, como también para la exportación.

recursos que suelen ser igualitarios, no transferibles e imperdibles en caso de que no sean usados, siendo necesarios un conjunto de acuerdos entre los propietarios o instituciones para que la propiedad común pueda ser operativa y tenga resultados positivos en la gestión de los recursos naturales a utilizar. Así, la diferencia entre ambos regímenes de propiedad se encontraría marcada por la existencia o ausencia de la posibilidad de excluir a los no propietarios⁷³.

Se hace entonces necesario diseñar un sistema de acción colectiva eficiente para atacar la problemática expuesta, y distribuir de manera eficiente económicamente y sustentable los recursos naturales. Lo anterior resulta bastante complejo e incierto, siendo la principal causa de esto la falta de conocimiento, además del modo en que el actuar de los apropiadores afecta el sistema de recursos, así como también la producción de unidades de este, como igualmente sus consecuencias. La incertidumbre del desconocimiento a la hora de regular, puede solucionarse con el tiempo intentando recabar tanto conocimiento local como científico, lo que lógicamente es bastante costoso, y se logra muy pocas veces de manera total. Ante esto, según Ostrom, la única solución a la hora de establecer un mecanismo sería seguir por la vía del ensayo y error. Al respecto, otro conflicto que surge, es el hecho de que los apropiadores de los recursos guían su actuar por el oportunismo, que saben es el mismo que ejercerán los otros competidores siempre que puedan. Lo anterior hace bastante complejo establecer mecanismos de supervisión y penalización a las malas prácticas, siendo así necesaria la existencia de normas firmes para que cada apropiador esté más consciente de los peligros de este actuar oportunista, pero teniendo siempre en cuenta que éstas no eliminarán de manera total estas conductas negativas, pues siempre que se presente la oportunidad, este oportunismo saldrá a relucir. Existen al respecto otras problemáticas como la del compromiso, cuya solución, se encontraría en que si todos los individuos se comprometen bajo un contrato, en el que un encargado externo asegura su cumplimiento en todos los períodos futuros, bajo amenaza de establecer

⁷³ Ibid, pp.19-20.

una sanción, entonces cada parte establecerá un compromiso creíble y obtendrá beneficios⁷⁴.

6. Los regímenes de acceso

Volviendo al punto de la pesca a nivel mundial, se identifican cuatro distintos regímenes de acceso a la propiedad sobre estos recursos⁷⁵:

-Acceso abierto: Existe ausencia de derechos de propiedad bien definidos, siendo el acceso gratuito y abierto para todos. Nadie puede reclamar ser propietario de las especies, ni puede excluir a otros de la actividad pesquera.

-Propiedad privada: Situación en que una persona física o jurídica tiene el derecho de excluir a otros y de regular el uso del determinado recurso. Peces pueden ser de propiedad privada incluso antes de ser sacados del agua. Aquí, el propietario del recurso decide como lo utiliza, encontrando ciertos límites legales en relación a la preservación de la biodiversidad.

-Propiedad o gobierno estatal: Derechos sobre el recurso son propiedad exclusiva del Estado, quien controla el acceso a éste y regula su uso. En gran cantidad de países, los peces del sector de la zona económica exclusiva⁷⁶ son propiedad del estado⁷⁷, pasando a ser propiedad privada sólo al momento de ser capturados, y cuya privatización antes de la pesca es imposible, a menos que medie un cambio legislativo y en ciertos casos incluso constitucional.

-Propiedad común: Recurso está en manos de una comunidad de usuarios identificables, quienes pueden excluir a otros y regular su propio uso. En la práctica no suelen realmente existir, pues el reconocimiento de los derechos locales depende en gran parte del Estado.

⁷⁴ OSTROM Elinor. Op. Cit., p. 85.

⁷⁵ ERRAZTI, Elizabeth. GUALDONI Patricia. Op. Cit., p.19.

⁷⁶ Franja de mar de 200 millas de ancho a lo largo de todas las costas del país. En esta zona el país tiene derecho exclusivo para explotar los recursos vivos y minerales, pero no tiene soberanía total como la tiene en el mar territorial.

⁷⁷ En teoría los propietarios son todos los ciudadanos de la nación, siendo el Estado sólo el encargado de administrarlos.

La verdad es que este esquema de regímenes de propiedad es más bien teórico, pues lo cierto es que suelen existir regímenes combinados, siendo la tendencia mundial el considerar que para conducir al uso sostenible del recurso pesquero, es necesario moverse entre el régimen privado, estatal o común, junto con el sistema de derechos de uso, estando ya hace muchos años descartado de plano el libre acceso, el que constituye más bien una anomalía que ningún gobierno permite que funcione por mucho tiempo, en caso de que se derive en él. Si bien la tendencia anterior, no garantiza de manera segura la sustentabilidad, pudiendo siempre persistir el problema, se cree que llevan a mejores resultados estos sistemas mixtos.

Es a raíz de la problemática anterior, que muchas veces se ha planteado como opción el sistema de cuotas, junto con otras medidas de gestión, como la solución mágica a los problemas del sector pesquero, la cual ha sido la medida dominante en el mundo en el último tiempo, y que a continuación se describirá.

7. Los sistemas de cuotas de pesca.

El principio básico de este sistema es que, en lugar de controlar la entrada, la administración ejerce un control indirecto a través de las cantidades de peces que salen. Este control, a través del cálculo de las cantidades de salida, puede resultar una forma de regulación muy conveniente, pues constituye un método que logra incorporar de buena manera las consideraciones biológicas, al estar este componente muy inserto en la estructura organizativa del sistema. Lo anterior posee especiales ventajas en relación a la pesca industrial, por tratarse de un sector con mejor equipamiento y que suele llevar estadísticas de su funcionamiento.

El modo más simple de operar del sistema de cuotas, consiste en establecer una cuota total común para el determinado sector, sin subdividirla ni asignarla de manera individual a una determinada pesquería⁷⁸. El problema de esto, es que se genera una carrera por parte de los intervinientes por obtener la mayor cantidad de

⁷⁸ Bajo esta modalidad, es que este sistema rigió en principio en nuestro país.

pescado posible, algo similar al fenómeno de la carrera olímpica que se desencadena ante la falta de regulación, pero con consecuencias no tan extremadamente gravosas, debido a que si existe una cantidad límite para pescar. En el anterior escenario, los intervinientes invierten una elevada cantidad de recursos en aumentar la capacidad de sus unidades de pesca, esfuerzo que constituye un gran costo para cada parte, reduciéndose el precio de las capturas a causa de su baja calidad por los altos niveles de competencia.

Es para evitar lo anterior, que se ha adherido a este sistema de cuotas el elemento de la **asignación**, presente actualmente en casi la totalidad de pesquerías que ostentan este sistema, y el que se establece según una serie de factores, tales como consideraciones de mercado. La legitimidad de esta asignación de derechos de pesca, se sustenta muchas veces en las reglas utilizadas para la transición a este sistema, desde el que se haya utilizado anteriormente. Es a este respecto, que surgen los principales debates, estando en relación a la distribución de las cuotas, los más relevantes conflictos de intereses.

Vemos así, como esta situación no es exclusiva de Chile. En cuanto a la determinación inicial de las cuotas, no existe mayor discusión ni se originan mayores conflictos al respecto, pues resulta para todos muy claro que ésta se basa en razonamientos biológicos y científicos, pero no así la distribución de ellas, que posee matices tanto económicos, como principalmente socio-políticos.

En cuanto a sus características, estas cuotas pueden ser transferibles o no transferibles. En relación a las **no transferibles**, estas poseen cierta desventaja, la cual ya adelantamos en relación al exceso de inversión con miras a aumentar la capacidad, pues una vez que esta comienza a ser excesiva, comienzan a ejercerse presiones a la administración, por parte de los que detentan las cuotas, para aumentar la cuota de pesca permitida. Se cree que lo anterior podría suplirse mediante el establecimiento de ciertos impuestos, que pueden impedir la anterior situación, pero sólo en cierta medida.

Por otro lado, está la imposición de un **sistema de cuotas transferibles**, en que al respectivo derecho se le impone un valor de mercado determinado, el que se podrá negociar por los interesados que deseen transferir este derecho a terceros que deseen ingresar al mercado, con miras a la obtención de recursos, el que variará en relación al éxito en que se haya gestionado la cuota. Bajo este sistema, en principio la cuota no debería tener ningún costo de oportunidad asociado, pues no existiría una forma de uso alternativa. Sin embargo, si pueden influir aquí mercados como el antes mencionado de la pesca ilegal, creando un valor sustancial para las cuotas, según las diferencias de eficiencias y otros riesgos relacionados.

Un simple derecho de pesca engloba la capacidad de controlar, con el consentimiento y asistencia del Estado, las acciones de los demás intervinientes, pero la cuotas individuales transferibles poseen para quienes las ostentan las ventajas de tratarse de un derecho de propiedad más completo al poseer elementos de **exclusividad** (capacidad de gestionar y sostener el derecho de manera independiente), **duración** (la cual puede ser de largos períodos o hasta perpetua), **seguridad en la tenencia** (capacidad de sobrellevar los desafíos de terceros por ostentarlas), y **transferibilidad** (con ciertos grados de restricción para los cesionarios). Este sistema de asignación del recurso pesquero, es necesario se encuentre establecido en el cuerpo legal del país respectivo, determinando, entre otras cosas, el alcance de los derechos y su protección y aplicación, pudiendo encontrarse su regulación en apartados de la misma ley de pesca, y/o además en reglamentos especiales que detallen el contenido y alcance.

A nivel comparado, países como Noruega, actor muy relevante dentro del mercado de la pesca en el mundo, ha utilizado este sistema por largo tiempo. A principios de los años setentas, incorporaron en este país el uso de licencias de pesca, regulando así la entrada de actores a este mercado, con miras a la conservación del recurso. Sin embargo, con el paso de los años el establecimiento de cuotas de captura, distribuidas según criterios científicos, y a su vez la adaptación de la capacidad pesquera según éstas, fue ganando más fuerza como sistema para proteger a los peces. Pero el que las licencias hayan resultado insuficientes no

significaba que estas se dejarían de utilizar, sino que se pasó a un sistema en el que ambas herramientas se complementan. A principios de los ochentas, debido a la falta de confianza en la eficacia de las políticas estructurales, se dicta en 1982 la nueva “Saltwater Fishing Act”, que basaba su gestión en dos pilares: captura total permitida en relación a reglamentaciones técnicas y minimización de la cantidad de peces juveniles por captura. Es en ese tiempo que surge la duda de cómo implementar y hacer funcionar de manera correcta el emergente sistema de cuotas. Se cree que la falta de base legal que por esta época azotaba a este sistema, no era más que resultado de la excesiva institucionalización⁷⁹.

La situación noruega, refleja claramente la tendencia mundial de las grandes potencias pesqueras, en las que se comenzó otorgando licencias de pesca para las naves, y en que a causa de la sobreexplotación, se debió ir incorporando los sistemas de cuotas con ciertas modalidades adicionales, siendo este también el caso de Chile, como ya se adelantó, además de que la antes mencionada ley noruega de 1982, sirvió como inspiración para muchos cuerpos legales pesqueros en el mundo, lo que decantó en un alza en la mortalidad de los peces durante los años ochenta en las pesquerías que detentaban el sistema de cuotas, quedando claro que aún existía insuficiencia de herramientas necesarias, para que el sistema funcionara de manera eficiente y sustentable.

8. Desafíos y objetivos de las legislaciones pesqueras

Toda la problemática anterior, representa evidentemente una serie de dificultades para los legisladores de los distintos estados, al momento de desarrollar un cuerpo normativo que se haga cargo de regular de manera general esta importante actividad, como también más en específico en relación a la asignación de derechos de pesca a la que nos acabamos de referir.

⁷⁹ GEZELIUS Stieg S. y RAAJAER Jesper. 2008. Making Fisheries Management Work. Springer. 236 p.

Es por esto que a nivel comparado se han identificado una serie de elementos que los cuerpos legales deben incorporar a la hora de regular esta materia⁸⁰:

- a)** Objetivos de gestión de las políticas de desarrollo y de la misma ley.
- b)** Definiciones necesarias para apoyar la interpretación y aplicación de la legislación.
- c)** Alcance de aplicación de la norma.
- d)** Marco institucional a nivel administrativo y de gestión.
- e)** Enfoques de gestión, principios y planificación.
- f)** Descripción del acceso y derechos generales de pesca, señalando los prerequisites y las personas o grupos que pueden participar de la actividad pesquera.
- g)** Instrumentos de gestión y procesos relacionados para regular el recurso mismo y los insumos relacionados, tales como licencias, concesiones, derechos de pesca, cuotas transferibles o intransferibles, limitaciones espaciales y temporales, entre otros elementos.
- h)** Esquemas y herramientas de monitoreo, control y vigilancia, las que se establecen y definen, incluidos programas de observación científica, procedimientos, derechos de inspección, entre otros.
- i)** Prohibiciones, violaciones y procesos sancionatorios, tanto a nivel administrativo como también, incluyendo el de las diligencias probatorias.
- j)** Enfoques alternativos de gestión, estableciendo cuando la autoridad puede delegar funciones o llegar a acuerdos de cooperación o asociación según sea pertinente.
- k)** Reglamentos que establezcan todos los elementos que sean demasiado detallados para establecerse en la legislación principal, pero que resulten necesarios para su aplicación.

Si bien el anterior es el esquema típico, es evidente que este puede variar según la historia legislativa, filosofía, principios y prácticas de cada estado.

⁸⁰ Ibid, pp.106-107.

En el mundo, la tendencia es que las legislaciones pesqueras no se encuentren sistematizadas, siendo más habitual que existan conjuntos de leyes dispersas, sin embargo hay países que han logrado “codificar” su legislación pesquera, tales como Australia, Camboya, Noruega, Filipinas, Vietnam, Japón, Barbados, entre otros.

También existe una serie de instrumentos internacionales tendientes a regular la actividad pesquera. El principal a nivel mundial es la **Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Mar**, de Diciembre de 1982 (The LOS Convention), la que codifica el derecho constitucional consuetudinario marítimo, y establece las bases de los acuerdos internacionales referidos al uso de los mares y océanos⁸¹.

⁸¹ Ibid, p.108.

Capítulo III: Objetivos y deficiencias de la Ley N°20.657

1. Esquema general de sus objetivos y deficiencias

Al momento de dictar la actual Ley N°20.657 y establecer el sistema de cuotas históricas de pesca, nuestros legisladores tuvieron en la mira una serie de fines a obtener, identificando a la vez ciertos efectos negativos que podían hacerse presentes en la aplicación de la ley. Queda latente al leer el mensaje de la ley, que entre los principales pilares se encontraba la idea de seguir un enfoque sustentable, como es la tendencia mundial, siendo a la vez muy relevante el aspecto de la estabilidad, como veremos más adelante. La naturaleza de la actividad de pesca extractiva está influenciada por una serie de factores que dificultan especialmente el aspecto económico de la actividad, habiendo muchos que no dependen de la economía interna, tales como el precio en el mercado internacional de la harina de pescado, el petróleo, entre otros⁸². A la época de dictación de la ley, estaba presente entre los legisladores la urgente necesidad de dotar de sustentabilidad a la actividad, de manera que se obtengan beneficios económicos, reducción de costos, estabilidad laboral para los empleados, se siguieran estándares internacionales a los que Chile se había comprometido en los últimos años⁸³, entre otros factores.

En relación al aspecto laboral, ante la circunstancia de ser la pesca una importante fuente de empleo para nuestro país, tanto a nivel de pesca extractiva como de acuicultura, resultó para los legisladores de especial relevancia que la nueva ley velara por la estabilidad del sector. Así, al momento de determinar el sistema de extracción que regiría a la pesca industrial, este elemento resultó de especial relevancia como argumento por parte de muchos parlamentarios para descartar el sistema de licitaciones, lo que queda en evidencia al revisar la historia

⁸² HISTORIA DE LA LEY N° 20.657. Op. Cit., p. 6.

⁸³ Ibid, p.11.

de la ley, en específico la discusión en sala⁸⁴, en la que se consideró que este sistema atentaría contra la estabilidad laboral por generar mayor concentración⁸⁵ y porque fomentar el ingreso de nuevos actores produciría desvinculaciones laborales⁸⁶.

No sólo en el aspecto laboral se buscaba la estabilidad, sino también en relación a la actividad económica misma, por considerarse necesaria la existencia de derechos indefinidos para que las inversiones logran sostenerse en el tiempo y de esta forma lograr avances⁸⁷, pudiendo así establecerse objetivos a largo plazo más ambiciosos. Esta última idea es reiterada repetidamente por los parlamentarios, señalándose las certezas para la inversión que representan las licencias de pesca indefinidas⁸⁸, pues el que no existan objetivos a largo plazo en la administración de las pesquerías, daría lugar a que predominen variables atentatorias contra estos fines. Además de los términos económicos y laborales, se estimaba era necesario proveer de estabilidad al sector también en materia legal, pues como se ha expuesto, la historia legislativa de la actividad se caracteriza por detentar legislaciones de tipo transitorio o con vigencia a corto plazo⁸⁹.

En cuanto a la recaudación económica del sistema, la Ley N°18.892 en el artículo 29, estableció por primera vez el pago de una patente a beneficio fiscal a pagar en Marzo de cada año, para los titulares de licencias o permisos de pesca industrial, por cada embarcación que ostentaran, como también una especial para el sector de la acuicultura establecida en el artículo 59. La Ley N°20.657 incorporó además el pago de una patente para las naves artesanales cuya eslora supere los doce metros, siendo ésta de 0,2 UTM desde los doce hasta los quince metros y de 0,4 UTM para aquellas naves superiores a quince metros⁹⁰. La actual ley, además de la recién descrita patente, incorpora en el artículo 43 un impuesto específico cuyo monto dependerá de la cantidad de toneladas que cada armador tenga derecho a

⁸⁴ Ibid, p. 256.

⁸⁵ Ibid, p.300.

⁸⁶ Ibid, p. 543.

⁸⁷ Loc. Cit.

⁸⁸ Ibid, p.307

⁸⁹ Ibid, p. 484.

⁹⁰ Ibid, p.732.

extraer sumado al monto obtenido según el cálculo a realizar siguiendo la fórmula descrita en la referida disposición. El objetivo perseguido con el establecimiento de este tributo, similar a un royalty por concepto del uso que hacen las empresas del recurso, era básicamente obtener una recaudación fiscal del sector pesquero, la cual se esperaba fuera aumentando a medida que el recurso se fuera recuperando^{91 92}, estando por tanto muy de la mano del objetivo de sustentabilidad.

En relación al precio que implicaría para el Estado la implementación de la actual ley, se estimó que éste sería más bajo con el sistema imperante: en primer lugar, por el ya antes mencionado fomento a la inversión que existiría al dotar a los beneficiados de largo tiempo para crear proyectos de inversión más ambiciosos; la ausencia de costos de implementación, debido a que simplemente se mantiene el sistema ya existente, reasignando las cuotas según criterios históricos, pero estableciéndolas de manera definitiva por un lapso prolongado; y finalmente, el escaso aumento en costos de fiscalización, que van de la mano con los de implementación, pues al no establecerse un sistema totalmente distinto del ya existente, no habría necesidad de cambiar de manera orgánica el sistema de fiscalización, con todos los costos económicos y humanos que eso habría implicado. Pero sin perjuicio de lo anterior, el considerar el ahorro en el aspecto de la fiscalización como estímulo para el mantenimiento del sistema, no significa que la nueva ley haya olvidado este aspecto, de hecho es al contrario, destacándose en ella la necesidad de su fortalecimiento. Incluso, ya en el mensaje de la ley se hace alusión a la falta de efectividad existente en la fiscalización, en especial en relación al sector artesanal y a la pesca ilegal, no encontrándose el Servicio Nacional de Pesca dotado de las herramientas necesarias para hacer frente a esta labor⁹³. Reflejo de lo anterior, sería la incorporación en el artículo 29 de la LGPyA de la obligación de inscripción para las naves que harán efectivas las licencias transables de pesca y los permisos extraordinarios en un Registro Público a cargo del Servicio⁹⁴, como también

⁹¹ Ibid, p.487.

⁹² Es necesario recordar, que a la fecha de discusión de la actual ley, el recurso pesquero se encontraba en especial estado de agotamiento, siendo aquello una muestra del fracaso del sistema impuesto por la antigua Ley N°19.713, que no logró cumplir con los objetivos de sustentabilidad y protección del recurso que buscaba.

⁹³ Ibid, p. 9.

⁹⁴ Ibid, p.22.

la incorporación del artículo 47 bis, que entre otras cosas establece la ampliación del uso de un dispositivo de posicionamiento satelital para los armadores artesanales cuya eslora sea igual o superior a doce metros y a embarcaciones de transporte^{95 96}, ambas medidas sustanciales para ejercer mejor control sobre las naves, además de otras que se incorporan a la ley.

Además de los factores recién descritos, existió uno que incluso podría decirse sirvió como principal móvil por parte del ejecutivo para la dictación de la nueva ley, como también fue determinante en la urgencia que existía para ello: **la carrera olímpica**⁹⁷, fenómeno al que ya se hizo referencia varias veces en esta exposición, quedando clara su relevancia, tanto para efectos de la ley que aquí se analiza, como para la pesca en general, al ser un fenómeno inherente a la actividad pesquera en todo el mundo. Sin embargo, la urgencia referida, también fue motivo de discusión, pues según parlamentarios de oposición al gobierno de la época, habría resultado más conveniente establecer una pequeña prórroga a la Ley N°19.713, para discutir de mejor forma el establecimiento de un sistema distinto al vigente, considerado por muchos fracasado, por no haber logrado los objetivos de sustentabilidad requeridos, y que no implicara preservar la soberanía ciudadana sobre los recursos marítimos, pues el sistema de cuotas históricas no sería más que una forma de privatización del mar y de sus recursos⁹⁸. Así, para muchos legisladores, el no haber aprobado el proyecto de ley antes que acabara la vigencia de la Ley N°19.713, no habría decantado necesariamente en la carrera olímpica, pues a falta de acuerdo, el gobierno podría perfectamente haber ejercido sus facultades y establecer una prórroga a la ley anterior, por el tiempo que fuere necesario para acordar un sistema distinto y dictar una nueva ley que resolviera las falencias recién descritas, facultades de las que sin lugar a dudas éste habría hecho uso, pues ningún gobierno habría incurrido en la irresponsabilidad de dejar que la carrera olímpica se desencadene, pudiendo hacer algo para evitarlo⁹⁹, razón por la que las reales urgencias del

⁹⁵ Ibid, p.24.

⁹⁶ El uso del dispositivo satelital, incorporado por el artículo 47 bis, fue un tema muy criticado por parte de los pescadores artesanales, como también por los mismos parlamentarios.

⁹⁷ Ibid, p. 263.

⁹⁸ Ibid, pp. 247, 786, 791, 831, 2311.

⁹⁹ Ibid, p. 812.

ejecutivo según algunos habrían estado dadas por otorgar beneficios a ciertos industriales con fines más políticos¹⁰⁰.

Pero por otro lado, existieron ciertos factores negativos de los que había conciencia al elegir el sistema impuesto. Cuando quedaba poco para que transcurriera el plazo de vigencia de la Ley N°19.713, el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, emitió una proposición al Presidente de la República¹⁰¹, para la nueva ley que empezaría a discutirse en el Congreso, haciendo referencia en su exposición a que a la fecha de la dictación de ese documento (Enero de 2011), en el sector de pesca extractiva industrial dedicado a la reducción¹⁰², se observaban grados importantes de concentración, que iban en aumento a causa de recientes fusiones entre empresas pesqueras ostentadoras de cuotas de pesca¹⁰³, los que sin embargo, y a la vista del comportamiento de los precios observados hasta el año 2010, no resultaban indicio suficiente para estimar que los productores tenían poder de mercado suficiente para afectar los precios y por ende la competitividad¹⁰⁴. Este punto generó y sigue generando profunda discusión a nivel parlamentario y también ciudadano. Se argumentó repetidas veces que los beneficiados con el otorgamiento de cuotas de pesca constituyen un sector demasiado restringido de la industria¹⁰⁵, por lo que al entregárseles estas licencias a tan largo plazo, se estaría consolidando un oligopolio, con todos los riesgos que eso acarrea para la competencia, el sector laboral y el mismo recurso pesquero¹⁰⁶. A lo anterior, se sumaría el alto grado de integración vertical presente en el sector, por lo que al estar aproximadamente más del 90% de los principales recursos pesqueros en no más de cinco empresas, esto no podría estar exento de riesgos¹⁰⁷. Se argumentó también por los partidarios de la ley, que la incorporación del artículo 30¹⁰⁸, que establece que “las licencias de pesca

¹⁰⁰ **TROMBEN, Carlos.** Op. Cit., p. 99.

¹⁰¹ **TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA (TDLC).** Op. Cit., p.3.

¹⁰² Recordar que la industria de reducción pesquera es aquella que se dedica a la extracción y posterior producción de productos como harina y aceite de pescado, al cual la mayoría de los detentadores de cuotas en la pesca industrial se dedica.

¹⁰³ Ibid, p.25.

¹⁰⁴ Ibid, p.53.

¹⁰⁵ Historia de la Ley N°20.657, Op. Cit., pp. 247-261.

¹⁰⁶ Ibid, p.309.

¹⁰⁷ Ibid, p. 809.

¹⁰⁸ **LEY N° 20.657**, Ministerio de Economía, Fomento y Turismo; Subsecretaría de Pesca y Acuicultura. Ley Chile, Biblioteca del Congreso Nacional. Publicada el 9 de Febrero de 2013.

serán divisibles, transferibles, transmisibles y susceptibles de todo negocio jurídico”, constituiría un límite para evitar que se llegue a altos niveles de concentración en la industria¹⁰⁹, cumpliéndose a la vez con la sugerencia del TDLC¹¹⁰, pero esto no dejó satisfechos a muchos parlamentarios¹¹¹. Y de la mano de lo anterior, tampoco fue motivo de acuerdo, la real protección al recurso que otorgaría el sistema establecido en la actual ley, consecuencia entre otras cosas de la recién descrita concentración que generaría el sistema, sumado al estado de explotación en el que ya se encontraban y se siguen encontrando muchas especies.

Desde el punto de vista económico, el nuevo sistema no estaría libre de problemas de eficiencia, entre los que podemos destacar las asimetrías de información. Es evidente que en la actividad pesquera estas se encuentran presentes, en primer término entre la actividad artesanal e industrial, por estar esta última dotada de herramientas más precisas y complejas, y dentro de la misma actividad industrial, como resultado del sistema instaurado con la Ley N°19.713 entre los detentadores de las cuotas históricas, cuyo beneficio se mantuvo con la Ley N°20.657, por lo que al estar tantos años en la actividad, sin que hayan ingresado nuevos actores, claramente poseen el monopolio de la información necesaria para operar, lo que obstaculiza nuevos ingresos.

Y finalmente, en relación a los aspectos más mediáticos de la Ley N° 20.657, se encuentra el enorme descontento ciudadano que ha generado. Esto pues, distintos sectores sociales consideran que la actual ley otorgó de manera gratuita el recurso pesquero a un selecto grupo de empresarios dueños de pesquerías industriales, más conocido como las “siete familias”, por tratarse de siete grupos familiares que luego de distintas fusiones, forman entre ellas cuatro grandes conglomerados pesqueros: Orizon, Blumar, Camanchaca Pesca Sur y Mar Food (esta última con capitales extranjeros)¹¹². Así, la tónica de la época en que se dictó la ley, como también de manera esporádica del tiempo posterior, ha sido de un gran

¹⁰⁹ HISTORIA DE LA LEY N°20.657, Op. Cit., pp. p.2232.

¹¹⁰ TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA (TDLC). Loc.Cit.

¹¹¹ HISTORIA DE LA LEY N°20.657, Loc. Cit.

¹¹² DIARIO U CHILE. RADIO UNIVERSIDAD DE CHILE. 2012. ¿Cuáles son las siete familias a las que se les acusa de apropiarse del mar chileno? [en línea] <http://radio.uchile.cl/2012/11/11/quienes-son-las-siete-familias-a-las-que-se-les-acusa-de-apropiarse-del-mar-chileno/> [consulta: Agosto 2018]

número de críticas y protestas en contra de la ley, principalmente por parte del gremio de la pesca artesanal, en conjunto con otros sectores sociales que se han sumado, lo que probablemente fue previsto por parte del gobierno a la hora de decidir impulsar la actual ley, siendo no menor para éste en términos políticos, desde el punto de vista de la aprobación ciudadana.

Capítulo IV: Presentación de la inequación y de las variables en favor y en contra de la actual ley

En el presente trabajo, se intentará responder a la interrogante de por qué se decidió otorgar cuotas de pesca por un período tan largo a determinados actores, por medio de la siguiente inequación que expresa los beneficios versus los costos para el legislador del actual sistema de LCMA:

$$\bullet \quad E + AF + (P + IE) + \underbrace{P \quad \Delta}_{\substack{\downarrow \quad \downarrow \\ In \quad CF}} - CO > CoM + DsR + DC + (PE)$$

\underbrace{CI}_{AF}

-E: Estabilidad

-AF: Ahorro fiscal

-P e IE: Patente e impuesto específico

-P Δ : Precio

-In: Inversión

-CI: Costos de implementación

-CF: Costos de fiscalización

- CO**: Carrera olímpica
- CoM**: Concentración del mercado
- DsR**: Desprotección del recurso
- DC**: Descontento ciudadano
- PE**: Problemas de eficiencia (costos de transacción y asimetrías de información)

1. Estabilidad:

Al hacer referencia a este elemento de la inequación, es necesario en primer lugar expresar su significado. En términos literales, la Real Academia Española entiende a la estabilidad como “cualidad de estable”, entendiéndose por estable “que se mantiene sin peligro de cambiar, caer o desaparecer”¹¹³. Al esbozar este último concepto utiliza como ejemplo a la estabilidad económica. Por otro lado, desde el punto de vista financiero, el Banco Central de nuestro país ha entendido que existe estabilidad cuando el sistema financiero cumple con realizar sus funciones con normalidad o sin interrupciones relevantes, aún frente a situaciones temporales adversas.¹¹⁴

En materia económica, el recién expuesto concepto de estabilidad puede analizarse desde tres perspectivas distintas:

-En primer lugar la **nominal**, referida a la estabilidad en específico de los precios y que se ve afectada cuando sobrevienen períodos de inflación excesiva. La existencia de inestabilidad en esta dimensión, genera incertidumbre en el nivel de precios, ya que la inflación no los afecta a todos de igual manera, y por ende también en todos los bienes y servicios. Además es necesario mencionar que en la práctica el

¹¹³ **REAL ACADEMIA ESPAÑOLA**. Diccionario de la lengua española. [en línea] <http://dle.rae.es/?id=GidWRgY> [consulta:16 agosto de 2018]

¹¹⁴ **BANCO CENTRAL DE CHILE**. 2018. Informe de estabilidad financiera primer semestre 2018. [en línea] <https://www.bcentral.cl/-/informe-de-estabilidad-financiera-primer-semestre-2018> [consulta: 26 de Agosto de 2018].

mejor signo de inestabilidad nominal es la inflación, debido a que la deflación o inflación negativa es poco frecuente, o se presenta por períodos limitados de tiempo.

-En segundo lugar la estabilidad **real**, referida a la actividad económica y el empleo, generándose volatilidad del ciclo económico en ausencia de ella. En su ausencia se genera incertidumbre en el consumo, ya que no existen mercados con ahorros ilimitados para hacer frente ante situaciones inestables de este tipo.

-En tercer lugar la **externa**, que representa la sustentabilidad de las cuentas de balanza de pagos¹¹⁵. Si se presenta este tipo de inestabilidad, se genera una incertidumbre en relación a la capacidad de pagos de un respectivo país, contribuyendo así esto a la imperfección de los mercados de capitales internacionales.¹¹⁶

La estabilidad es deseable en estas tres dimensiones, debido a que implica menor incertidumbre, sobre todo para aquellos agentes económicos con mayor aversión al riesgo.

Por otro lado, también podemos entender que hay inestabilidad económica cuando existen fluctuaciones del producto y del empleo global, jugando al respecto un importante papel los factores y la política monetaria imperante.¹¹⁷ No obstante, incluso en caso de que estas dos variables fuesen estables, es posible que exista inestabilidad de precios, lo que podría derivar por ejemplo en una inestable distribución de las rentas, provocándose por esta causa graves problemas sociales y económicos.¹¹⁸ A nivel internacional, podemos encontrar otro ejemplo en las bruscas variaciones en las relaciones de intercambio de aquellos países muy especializados en productor primarios, para los cuales estas variaciones pueden resultar extremadamente graves¹¹⁹.

¹¹⁵ Cuenta que registra todas las transacciones económicas de un país con el resto del mundo. En ella se incluyen la cuenta corriente y la cuenta de capitales. <http://www.hacienda.cl/glosario/balanza-de-pagos.html>

¹¹⁶ **BUSTAMANTE, F. GALLARDO, B. LE FORT, G.** 2017. Estabilidad macroeconómica y crecimiento económico: mitos y realidades [en línea]. Santiago. Serie de documentos de trabajo, Facultad de Economía y Negocios, Universidad de Chile. <http://econ.uchile.cl/uploads/publicacion/00219ac2986e819857700dd7df69e1b8e936648a.pdf> [consulta: 15 de Agosto de 2018]

¹¹⁷ **HABERLER, Gottfried.** 1959. Factores monetarios y estabilidad económica. P.727-762.

¹¹⁸ Ibid, p. 729

¹¹⁹ Loc. Cit.

También es muy relevante hacer referencia a la muy cuestionable idea de que la inestabilidad macroeconómica pueda conducir al bienestar social, esto en relación a aquellas erradas creencias de que un poco de inflación puede ayudar al crecimiento económico, ya que para que esto fuera efectivo las referidas acciones desestabilizadoras deberán ser de tal magnitud que alcancen para compensar los efectos negativos que generan la incertidumbre y la volatilidad¹²⁰. Así, en casos de una inflación rápida y que subsiste por tiempo prolongado, es evidente que resulta perjudicial al crecimiento, no siendo real el supuesto “estímulo inflacionista” al que por mucho tiempo se ha hecho referencia¹²¹.

Relacionando lo anterior a la materia objeto de este trabajo, el hecho de que las autorizaciones de pesca fueran otorgadas por lapsos de tiempo tan prolongados, aparentemente resultaría en un beneficio para la estabilidad del mercado pesquero, con la consecuente relevancia de aquello como se acaba de exponer. De esta forma, los actores que lo conforman podrían desarrollar la actividad de manera estable, sin todas las pérdidas que implica el constante cambio de intervinientes y el período de adaptación para los posibles nuevos entrantes al mercado, pues en este caso ya todos conocen el know/how. Además, como se expresó anteriormente, la existencia de un mercado estable redundaría también en beneficios sociales, tales como la estabilidad laboral para los trabajadores del sector pesquero.

2. Precio:

El delta precio, bajo este sistema sería en general bajo. Esto debido a la composición de las variables que lo integran:

- **Inversión:** Esta variable, representada en los mercados financieros, resulta de gran relevancia para entender cómo ciertos acontecimientos que puedan afectarles, influyen así en el ahorro, en el producto interno bruto de cada país y

¹²⁰ BUSTAMANTE, F. GALLARDO, B. LE FORT, G. Op. Cit., p.3.

¹²¹ HABERLER, Gottfried. Loc. Cit.

por ende en los niveles de vida de la población.¹²² En términos macroeconómicos se ha entendido a la inversión como el ahorro, entendido a la vez éste último como la renta total de la economía que queda una vez pagados el consumo y las compras del estado. A la vez el concepto genérico de ahorro puede desglosarse en ahorro privado y ahorro público: el **ahorro privado** consiste en la cantidad de renta que les queda a los individuos luego de pagados sus impuestos y su consumo; mientras que el **ahorro público** se conforma por la cantidad de ingresos fiscales que le queda al Estado una vez pagado su gasto, de forma tal que la diferencia entre los ingresos fiscales y el gasto que realiza en bienes y servicios determinará si existe déficit o superávit presupuestario, siendo este último el existente cuando se obtiene una cifra positiva y por ende existe ahorro¹²³. De esta forma, las restricciones que existan para la inversión, limitarían la creación de nuevos instrumentos de ahorro, lo que tendría significativo impacto sobre la liquidez del sistema financiero.¹²⁴ Es este exceso de ingresos fiscales por sobre el gasto público el que estimamos en esta ecuación se tuvo en miras como una variable en favor del actual sistema que establece la LGPyA.

Por otra parte, el **producto interno bruto** (en adelante PIB) consiste en el valor total de los bienes y servicios producidos en el territorio de un país en un periodo determinado¹²⁵, de forma tal que comprende tanto la renta total de una economía como también el gasto total en la producción de bienes y servicios.

La circunstancia de que las cuotas sean otorgadas por lapsos de tiempo tan prolongados, habría redundado en un incentivo a la inversión para el Estado, pero igualmente para los integrantes del mercado¹²⁶, esto pues, al tener la certeza de que ostentarán este derecho de explotación por veinte

¹²² MANKIW, N. G. 2002. Principios de economía. Segunda edición. Madrid. McGraw-Hill. Pp. 348.

¹²³ Ibid., pp. 349.

¹²⁴ MUJICA R, P. 2001. Los desafíos de la política macroeconómica y la agenda pendiente. [en línea] <http://repositorio.uchile.cl/handle/2250/144539> [consulta: 26 de Agosto 2018].

¹²⁵ MINISTERIO DE HACIENDA. Glosario. [en línea] <http://www.hacienda.cl/glosario/pib.html> [consulta: Noviembre 2018].

¹²⁶ Esto se relaciona con uno de los puntos más criticados de la actual ley, al estimarse por muchos que aquí el Estado intentó proteger arbitrariamente intereses de privados, más que el ahorro fiscal propiamente tal.

prolongados años, tendrán un incentivo para invertir por ejemplo en mejor maquinaria y mejores tecnologías, al saber que tendrán tiempo suficiente para recuperar los frutos de esto, generándose un mercado más eficiente y productivo, que el que podría existir en un escenario con menor inversión, y por ende menos ahorro. Así, al existir mayores índices de inversión el costo de desarrollar la actividad de extracción pesquera iría progresivamente en disminución. Esto, al igual que la estabilidad que otorgaría este sistema, también terminaría decantando en una mayor estabilidad laboral e inclusive mejores sueldos, pues las empresas inversionistas al poder ejercer la actividad económica de extracción a un menor costo, tendrían en teoría más motivos para pagar un mejor sueldo a sus trabajadores.

- **Costos de implementación:** Ante el escenario de la eventual implementación de un sistema bajo el cual las cuotas de pesca se otorguen por ejemplo por medio de una licitación, alternativa que sonaba con fuerza entre los legisladores y ciertos sectores a la par del sistema finalmente adoptado, el continuar con el sistema de cuotas históricas constituía la alternativa más económica desde el punto de vista de su implementación y puesta en marcha, debido a que se trataba simplemente de prorrogar en veinte años más lo ya existente. Lo anterior, debido a los costos que habría implicado construir la eventual licitación, además de los costos iniciales propios de un cambio de sistema, los que en este caso fueron inexistentes al haber continuado con que los mismos actores ostentaran las cuotas de pesca.
- **Costos de fiscalización:** Bajo este sistema, existiría un ahorro fiscal que estribaría en la circunstancia de que los costos de fiscalización serían más bajos en relación por ejemplo al sistema de licitación de cuotas, nuevamente porque simplemente había que replicar lo que ya se estaba haciendo hasta la fecha, de manera que la acción fiscalizadora sería prácticamente la misma, sin necesidad de tener que por ejemplo instruir desde cero a los fiscalizadores encargados de revisar la actividad de los actores que detentan estas cuotas.

3. Carrera Olímpica:

Como ya se comentó anteriormente, era el fenómeno de la Carrera Olímpica uno de los principales incentivos para dictar la actual ley. El término carrera olímpica se conoce como aquel escenario en que ante la inexistencia de cuotas individuales de pesca, los actores reaccionan intentando capturar el máximo que puedan del recurso antes de que lo haga otro, derivándose así a la “tragedia de los comunes” de Garret Hardin. De esta manera, de no aprobarse la actual ley, cada armador habría vuelto a operar bajo un esquema de propiedad común y se habría visto incentivado a capturar el máximo posible de recursos pesqueros, antes de que lo haga su competidor vecino. Lo anterior, como ocurrió en los años 90, habría traído evidentes ineficiencias económicas, ambientales, e incluso laborales. De manera más precisa, entre las consecuencias negativas de que se hubiera gatillado la carrera olímpica encontramos¹²⁷:

- Sobreinversión en activos de captura.
- Menores incentivos al desarrollo de una industria complementaria por incertidumbre del acceso al recurso
- Extrema estacionalidad de la actividad pesquera, lo que resulta en que se convierta en una fuente laboral altamente inestable.
- Presiones a la sobreexplotación y por ende desprotección del recurso.

A continuación, se pasan a exponer las variables de la inecuación que habrían constituido elementos negativos de la dictación de la actual ley, pero que en la mente de los legisladores, no habrían sido suficientes para equilibrar la inecuación en su favor.

4. Concentración del mercado:

En la antes mencionada proposición del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, se analizó por parte de este organismo, una serie de elementos

¹²⁷ QUIROZ C, J. y GIVOVICH D, F. 2010. El Sector de Pesca Extractiva en Chile y la Libre Competencia. Informe para la Sociedad Nacional de Pesca (Sonapesca). Santiago de Chile. P.12.

económicos que caracterizaban al mercado de extracción de recursos pesqueros hacía principios del año 2011. La concentración del mercado fue una de las tantas variables analizadas, ante lo cual la aplicación del índice HHI¹²⁸, herramienta muy utilizada para medir los índices de concentración, arrojó que a la fecha este mercado poseía niveles medios de concentración, no pudiendo por ende calificarse como un mercado altamente concentrado, circunstancia positiva para efectos de la competitividad del mercado. Pero más allá de esta cifra, lo cierto es que desde que comienza a regir el sistema en Febrero del año 2001, hasta la fecha de la comentada proposición, los niveles de ingreso de nuevos actores al mercado de pesca extractiva industrial eran mínimos, no identificándose el ingreso de ningún nuevo entrante, entendiendo como tal a una empresa con control operativo distinta de las empresas a las que se les asignó inicialmente cuotas por armador en cada unidad de pesquería. A la vez, a la fecha antes mencionada, el tribunal identificaba un evidente aumento en la concentración de la industria sometida al sistema de cuotas, lo cual se vio potenciado entre los años 2010 y 2011, en que ocurren un par de fusiones entre importantes empresas del sector. Sin embargo, esto último no constituye según el TDLC un gran riesgo para efectos de que las industrias nacionales sean capaces de alterar los precios, esto debido principalmente a la alta competencia internacional. Pero al final de cuentas, el que exista una tendencia a la concentración del mercado de extracción de recursos pesqueros sometido al régimen de límites máximos de captura es un hecho, el cual bien podría ser perjudicial para la libre competencia y para la protección del recurso pesquero, si continúa incrementándose.

5. Desprotección del recurso:

En relación a este punto, es primero necesario precisar que debido al alto nivel de explotación del que eran objeto nuestros recursos pesqueros a mediados de los años ochenta, se hizo necesario establecer límites para consolidar el sistema de

¹²⁸ El Índice Herfindahl Hirschman se utiliza para medir la concentración económica de un mercado determinado, el que se establece según la suma de la fracción del mercado al cuadrado del total de empresas que lo componen. Si el índice se encuentra entre 1000 y 1500 estamos ante un nivel de concentración moderada, pero si éste es superior a 2500, nos encontramos ante un mercado excesivamente concentrado.

protección. Es así que el legislador en las leyes N°19.079 y N°19.080, estableció regímenes de acceso según el estado de las pesquerías, entre los que se distinguieron los siguientes:

- **Régimen de acceso general:** Aquel régimen que regirá por descarte en caso de no declararse ninguno de los tres regímenes especiales señalados a continuación.
- **Régimen de plena explotación (artículo 2 n°30 LGPyA):** Aquella situación en que la pesquería llega a un nivel de explotación tal, que con la captura de las unidades extractivas autorizadas, ya no existe superávit en los excedentes productivos de la especie hidrobiológica. Aquí el punto biológico¹²⁹ está en o cerca de su rendimiento máximo sostenible¹³⁰.
- **Régimen de pesquería en recuperación o de desarrollo incipiente (artículo 2 n°41 inciso 4°):** Aquella pesquería que se encuentra sobreexplotada y sujeta a una veda extractiva¹³¹, de a lo menos tres años, con el propósito de su recuperación, y en las que sea posible fijar una cuota global anual de captura.
- **Régimen de pesquería incipiente (artículo 2 n°41 inciso 5°):** Aquella pesquería demersal o bentónica¹³² sujeta al régimen general de acceso, en la cual se puede fijar una cuota global anual de captura, en que no se realice esfuerzo de pesca o éste se estime en términos de captura anual de la especie objetivo menor al diez por ciento de dicha cuota y respecto de la cual haya un número considerable de interesados por participar en ella.

¹²⁹ **Punto biológico o PBR:** Referencia biológica contra la cual puede medirse la tasa de mortalidad por pesca o la abundancia del stock, con el objeto de determinar el estado o condición del recurso. Los PBR pueden usarse como un objetivo deseable de alcanzar o como un límite que no es conveniente sobrepasar.

¹³⁰ **Rendimiento máximo sostenible:** Cálculo de la mayor captura que se puede obtener de un stock de cualquier especie dada indefinidamente o de la mayor captura que se puede obtener de un stock de cualquier especie dada indefinidamente.

¹³¹ **Veda extractiva (artículo 2 n° 35 inciso 3° LGPyA):** Prohibición de captura o extracción en un área específica por motivos de conservación.

¹³² **Pesca bentónica:** Conjunto de actividades extractivas de aquellos productos y frutos que se encuentran en el fondo del ecosistema acuático. Dentro de ellas se encuentran, por ejemplo, el erizo rojo, la luga roja y la almeja.

Se argumentó por parte de los defensores del sistema de asignación de cuotas históricas, que una de las ventajas era que atendían a la preservación del recurso pesquero en regímenes de plena explotación. Sin embargo, a la fecha el recurso se encuentra sumamente explotado, siendo el principal ejemplo de lo anterior la situación del jurel¹³³ ¹³⁴, especie que encabeza la lista de pesquerías sobreexplotadas de la Subsecretaría de Pesca, a la vez que existe antecedente de que los sondeos hidroacústicos realizados por el Instituto de Fomento Pesquero (IFOP) desde el año 1997, indican que desde el año 2002 se registra una aceleradísima y alarmante disminución, por lo que ya prácticamente no queda jurel en las aguas nacionales, situación que no es menor si tomamos en consideración que el descenso de los desembarques totales de la pesca industrial durante los últimos veinte años ha sido tremendo, pasando de casi cinco millones de toneladas en 1990, a un poco más de un millón de toneladas en 2012¹³⁵, descenso que se atribuye a la escasez principalmente de jurel y en alguna medida de anchoveta a causa de la sobreexplotación, que en cierto grado se ha agravado debido al fenómeno del Niño, que afecta la temperatura del mar y sus corrientes. Lamentable es necesario mencionar que similar camino siguen especies como la merluza y la anchoveta.

6. Patente e Impuesto específico:

Otra de las novedades de la Ley N°20.657 se encuentra en la introducción en los artículos 43 bis y 43 ter de una patente y un impuesto específico. La primera consiste en un pago a realizarse en el mes de Marzo de cada año y que va de las 0,44 a las 1,66 UTM, dependiendo de las toneladas de las naves, mientras que el impuesto será de tipo anual, a pagar en el mes de Julio de cada año, cuyo monto corresponderá al número de toneladas que tengan derecho a extraer, multiplicado por el valor del dólar al último día hábil del mes anterior, y multiplicado además por

¹³³ CIPER CHILE. 2012. La historia que acusa a las pesqueras chilenas por la escasez crítica de jurel. [en línea] <http://ciperchile.cl/2012/01/29/la-historia-que-acusa-a-las-pesqueras-chilenas-por-la-escasez-critica-de-jurel/> [consulta: Octubre 2018].

¹³⁴ CIPER CHILE. Loc. Cit.

¹³⁵ COX, Francisco. BRAVO, Pablo. Op. Cit., p.3.

otros factores y según la fórmula que se detalla en el referido artículo de la misma ley. Con anterioridad a la vigencia de este cuerpo legal, existía únicamente una patente única anual como contraprestación al otorgamiento de una cuota de pesca.

Sin embargo, a pesar de que se establece una contraprestación adicional, lo cierto es que cifras del gobierno indican que lo que se recaudaría por concepto de patentes y del impuesto único, no lograría superar lo recaudado con la legislación anterior en la que existía únicamente la patente¹³⁶. El fundamento del establecimiento de una patente radica en la necesidad de cubrir los costos que acarrea para la sociedad la implementación de un determinado mecanismo regulatorio, mientras que en el caso del impuesto específico, su función estriba en aumentar lo recaudado para financiar el funcionamiento del sistema y de esta manera, complementar la recaudación obtenida del pago de las patentes, lo cual bajo el régimen actual no se estaría logrando¹³⁷.

7. Problemas de eficiencia:

Entre los principales problemas de eficiencia del actual sistema encontramos los altos costos de transacción y las asimetrías de información presentes en el mercado. Entendemos por **costos de transacción**, en términos del economista Ronald Coase, como “aquellos costos necesarios para descubrir una contraparte con intenciones de llegar a negociar, informar a aquellos que tienen intenciones de negociar y en qué condiciones, los necesarios para conducir las negociaciones, elaborar el contrato, llevar a cabo la inspección necesaria para asegurarse que los términos del contrato están siendo cumplidos, y así sucesivamente. Estas operaciones suelen ser muy costosas, lo suficientemente costosas en todo caso, para evitar muchas operaciones que se llevarían a cabo en un mundo en el que el sistema de precios funciona sin costos asociados”¹³⁸. Es evidente que en el mercado

¹³⁶ LA TERCERA. [en línea]. Santiago, Chile. 20 de Enero de 2017. <https://www.latercera.com/noticia/recaudacion-patente-royalty-sector-cae-13-2016/> [consulta: 4 de Octubre de 2019].

¹³⁷ Loc. Cit.

¹³⁸ QUIROZ C, J. y GIVOVICH D, F. Op. Cit., p.23.

de extracción pesquera estos costos son elevados, razón por lo que ciertos sectores han planteado la vía de las subastas como forma de asignación de cuotas que reduciría estos referidos costos.

Por otro lado, en relación a las **asimetrías de información**, también su existencia en este caso es evidente, más aun tomando en consideración de que se trata de un mercado en el cual los actores relevantes han sido por años los mismos, razón por la que el acceso a la información necesaria para que nuevos actores ingresen al mercado y se desenvuelvan de manera adecuada, se encuentra aún más restringido.

Capítulo V: Desmintiendo las variables en favor del actual sistema que establece la LGPyA

En virtud de lo anteriormente expuesto, queda claro que el actual sistema de extracción de recursos pesqueros que rige a la pesca industrial, y que con la regulación actual lo seguirá haciendo hasta el año 2032, presenta una serie de inconvenientes y desventajas, tanto desde el punto de vista económico como también para efectos de la protección y sustentabilidad del recurso pesquero, e inclusive en términos sociales. En base a esto, es necesario analizar de qué forma ciertas variables de la inequación podrían no estar en realidad inclinadas en favor de la actual LGPyA, como consideró el gobierno que impulsó la Ley y los parlamentarios que la aprobaron. Al respecto, los supuestos beneficios como la estabilidad, ahorro fiscal, patente e impuesto y precio, podrían haber sido sobrevalorados, mientras que podría resultar que los costos del actual sistema fueron infravalorados al dictarse la ley, siendo en la actualidad, luego de más de cinco años de vigencia de ésta, más altos de lo que los legisladores estimaron, desestabilizando por ende el equilibrio de la inequación y del sistema que rige la pesca industrial en la actualidad.

En primer lugar, en relación a la **estabilidad**, esta variable se escaparía de aquellas sobrevaloradas en cuanto al equilibrio de la ecuación, pues los elementos técnicos antes desarrollados desde el punto de vista económico efectivamente contribuirían en favor de la actual ley, lo que se ha podido comprobar luego de más de cinco años de vigencia. Por otro lado, también sería correcto que el sistema otorgaría estabilidad laboral, pues quienes son empleados por los industriales, tendrán una mayor certeza laboral, en comparación a la que existiría si los permisos de sus empleadores caducaran en menor brevedad de tiempo¹³⁹. Lo anterior, claramente es positivo, pero bien sabemos no es necesariamente sinónimo de que las condiciones laborales de los trabajadores sean las ideales. Ejemplo de lo anterior,

¹³⁹ TROMBEN, Carlos. Op. Cit., p. 205.

es el hecho de que en Septiembre de 2019, los trabajadores marítimos de la zona austral de Chile, agrupados en la FENASIOMECHI y FESIMAR informaron su decisión de denunciar al Estado de Chile ante la Organización Internacional del Trabajo (OIT), acusando al Estado de no respetar convenios internacionales, la Ley de Navegación ni el Código del Trabajo¹⁴⁰. Si bien esto, no necesariamente es a causa de la actual LGPyA, si es un indicador de que al menos no ha significado una mejora para quienes laboran en el área.

En relación a la **patente e impuesto específico** que establecen la LGPyA, si bien en la eventual reforma que se espera hacer, no se ha hablado de modificaciones tributarias, los parlamentarios han comenzado a proponer informalmente un aumento de impuestos¹⁴¹, lo que daría cuenta de la sensación de que los tributos que establece la actual ley son insuficientes en relación a la regalía que otorga para las compañías pesqueras. Al respecto, datos preliminares de Subpesca indican que en 2017 el sector entregó al Estado \$20.597,5 millones en impuestos por patentes royalty¹⁴². Así, sumando esta última cifra, desde la entrada en vigencia de la Ley en 2013, el sector ha aportado a las arcas fiscales US\$147,8 millones: US\$69 millones por concepto de patentes y US\$78,6 por royalty¹⁴³. Sin embargo, más allá de que aparentemente las cifras no sean consideradas suficientes, se debe destacar que hasta el año 2018, éstas han demostrado un aumento en la recaudación fiscal de este sector, esto por pago de impuesto específico, patente, subasta de permisos especiales de pesca, licencias transables de pesca y certificación de desembarque. Así, se estima que la recaudación habría aumentado en un 12% en relación al 2012, año anterior a la entrada en vigencia de

¹⁴⁰ **REVISTA AGUA**. 2019. Trabajadores marítimos denuncian al Estado de Chile ante la OIT. [en línea]. Santiago, Chile. <http://www.agua.cl/2019/09/17/trabajadores-maritimos-denuncian-al-estado-de-chile-ante-la-oit/> [consulta: 24 de Septiembre de 2019]

¹⁴¹ Esto pues debe tratarse de una iniciativa exclusiva del poder ejecutivo.

¹⁴² **CIPER Chile**. 2018. Urgencia máxima para nueva Ley de Pesca: sólo limita a veinte años licencias perpetuas. [en línea]. 13 de Abril de 2018. <https://ciperchile.cl/2018/04/13/urgencia-maxima-para-nueva-ley-de-pesca-solo-limita-a-20-anos-licencias-perpetuas/> [consulta: 1 de Diciembre de 2018]

¹⁴³ **FUNDACIÓN TERRAM**. 2018. Gobierno y pesqueras iniciarán debate sobre reformas a la ley. [en línea]. 21 de Marzo de 2018. <https://www.terram.cl/2018/03/gobierno-y-pesqueros-iniciaran-la-proxima-semana-debate-sobre-reformas-a-la-ley/> [consulta: 1 de Diciembre de 2018]

la actual legislación¹⁴⁴, cifras ante las que no queda más que concluir que existe en este punto una ventaja en relación a la antigua ley.

En relación al **delta precio**, el que incorpora inversión, costos de fiscalización y costos de implementación, sería efectivo que la ley vigente constituía la alternativa más económica al respecto en cuanto al **costo de implementación**, por cuanto el atender a criterios históricos para efectos de otorgar autorizaciones de pesca, no implica mayor costo para efectos de implementar la ley, más que prestar atención a la información preexistente, lo que se suma a el escaso tiempo que había en ese entonces para dictar la ley y así evitar la carrera olímpica, que habría tenido importantes costos, como ya se ha analizado¹⁴⁵. Además, porque de esta forma el gobierno se ahorra lo que habría implicado diseñar las bases de una licitación, cuya dificultad habría sido no menor, sumado también a que el éxito de esta vía se encuentra en el diseño de la misma¹⁴⁶.

Al mismo tiempo, desde la perspectiva de la **inversión**, por parte de los privados que fueron beneficiados por la ley, se deduce que las inversiones efectuadas con anterioridad a la Ley del 2013, han podido continuar siendo aprovechadas por éstos, pero lo anterior no habría de considerarse como un motor a considerar para dictar una legislación, pues en este aspecto se reforzaría la tesis del “regalo regulatorio”¹⁴⁷. Finalmente, en cuanto a la **fiscalización**, por medio de la Ley N° 20.657 se introdujeron modificaciones tendientes a reforzar la actividad fiscalizadora, destacando al respecto la incorporación de un sistema de fiscalización del descarte¹⁴⁸, por medio del uso de un Dispositivo de Registro de Imágenes (DRI), para efectos de que exista un registro certero en cuanto a esta actividad, cuyo uso se

¹⁴⁴ **EL MERCURIO, ECONOMÍA Y NEGOCIOS**. 2018. Impuestos a pesca industrial suben 12% desde la ley de 2013 y superan los US\$40 millones anuales. [en línea] <http://www.economiaynegocios.cl/noticias/noticias.asp?id=523166> [consulta: 30 de Septiembre de 2019].

¹⁴⁵ **TROMBEN, Carlos**. Op. Cit., p.233-234.

¹⁴⁶ **FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA (FNE)**. 2011. Compras públicas y libre competencia. [en línea] <http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2017/10/Material-de-Promoci%C3%B3n-1-Compras-p%C3%BAblicas-Abr2011-1.pdf> [consulta: 4 de Octubre de 2019].

¹⁴⁷ **GUILOFF Titium, Matías**. 2013. Ley de Pesca: Explicando un regalo regulatorio. [en línea]. Anuario de Derecho Público UDP. P.273-296. http://derecho.udp.cl/wp-content/uploads/2016/08/012_Guiloff.pdf [consulta: Agosto 2018].

¹⁴⁸ De conformidad al **DS N° 76/2015**, que aprueba el Reglamento del DRI, se entiende **descarte** como “la acción de devolver al mar especies hidrobiológicas capturadas”.

regula en el Decreto Supremo N° 76/2015 del Ministerio de Economía¹⁴⁹. Además la Ley incorpora en sus artículos 4 B y C la obligación para el Sernapesca y Directemar de confeccionar de manera anual un informe de la actividad fiscalizadora en materia de pesca y acuicultura, a publicarse en su respectiva página web¹⁵⁰. De manera general, la ley hace alusión a la fiscalización en cuanto a obligaciones informativas respecto de la misma, y en cuanto al fomento de ésta, por lo que más allá de las reformas particulares mencionadas, no habría un mayor aumento en su costo, que sea consecuencia directa de la Ley N° 20.657.

Por otro lado, en relación a la segunda parte de la inecuación, hay en ella variables cuyo peso probablemente no fue valorado de la manera correcta, como sería el caso de la **desprotección del recurso** y del **descontento ciudadano**.

En cuanto a la **desprotección del recurso**, se señalaron al plantearse la inecuación, cuales son los regímenes de explotación que establece la LGPyA y también se dijo que la protección de los recursos pesqueros era un argumento en favor de la actual ley, pues se supone fomentaría su protección, haciéndose también referencia a la situación del jurel. Hoy, a cinco años de vigencia de la ley, es de mucha utilidad analizar el Informe Anual realizado por la Subpesca sobre la situación actual de los recursos¹⁵¹, distinguiendo el estado de las pesquerías, según una clasificación establecida por la misma ley en el **artículo 2 n° 59**:

a) Pesquería subexplotada: aquella en que el punto biológico actual es mayor en caso de considerar el criterio de la biomasa¹⁵², o menor en el caso de considerar los criterios de la tasa de explotación o de la mortalidad por pesca, al valor esperado del rendimiento máximo sostenible y respecto de la cual puede obtenerse potencialmente un mayor rendimiento.

¹⁴⁹ **SERNAPECA.** Implementación del sistema de fiscalización del descarte [en línea] <http://www.sernapesca.cl/informacion-utilidad/implementacion-del-sistema-de-fiscalizacion-del-descarte> [consulta: 2 de Octubre de 2018].

¹⁵⁰ **LEY N° 20.657.** Loc. Cit.

¹⁵¹ **SUBSECRETARÍA DE PESCA Y ACUICULTURA.** 2018. Estado de situación de las principales pesquerías chilenas, año 2017. [en línea] http://www.subpesca.cl/portal/618/articles-100052_recurso_1.pdf [consulta: 09 de Diciembre de 2018]

¹⁵² Peso total de un grupo de organismos hidrobiológicos (e.g. peces, plancton) o de alguna fracción definida de ellos (e.g. adultos), en un área y período particular.

b) Pesquería en plena explotación: aquella cuyo punto biológico está en o cerca de su rendimiento máximo sostenible.

c) Pesquería sobreexplotada: aquella en que el punto biológico actual es menor en caso de considerar el criterio de la biomasa o mayor en el caso de considerar los criterios de la tasa de explotación o de la mortalidad por pesca, al valor esperado del rendimiento máximo sostenible, la que no es sustentable en el largo plazo, sin potencial para un mayor rendimiento y con riesgo de agotarse o colapsar.

d) Pesquería agotada o colapsada: aquella en que la biomasa del stock es inferior a la biomasa correspondiente al punto biológico límite que se haya definido para la pesquería, no tiene capacidad de ser sustentable y cuyas capturas están muy por debajo de su nivel histórico, independientemente del esfuerzo de pesca que se ejerza.

En base a esta clasificación, del total de pesquerías informadas por la Subpesca, existe una subexplotada, ocho en plena explotación, siete sobreexplotadas, nueve agotadas y una en estado indeterminado. No obstante, el organismo señala que varias de las pesquerías sobreexplotadas presentan indicadores que sugieren se encuentran en un proceso de recuperación, lo que se espera se incremente a causa de las medidas de regulación y ordenamiento adoptadas en el marco de los planes de manejo¹⁵³.

En relación al **descontento ciudadano** que ha generado la ley de pesca en nuestra sociedad, nadie podría negar la relevancia de este punto, sobre todo considerando la gran ola de protestas y desaprobación que ha habido al respecto, y más aún como reacción a los recientes escándalos de corrupción que han tenido como protagonistas a diversos parlamentarios por recibir aportes irregulares de alguna de las grandes compañías pesqueras. El anterior efecto de la ley, podría intentar explicarse de una manera más técnica en relación a una serie de elementos de carácter socioambiental y que podrían sintetizarse en el llamado **enfoque**

¹⁵³ Ibid, p.2.

ecosistémico de la pesca (en adelante EEP), que ya fue mencionado al inicio de esta presentación. El EEP es definido por la Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y Agricultura (en adelante FAO) como “aquel que intenta balancear los diversos objetivos sociales, tomando en consideración el conocimiento y las incertidumbres de los componentes bióticos, abióticos y humanos del ecosistema y sus interacciones y aplicando un enfoque integrado a las pesquerías dentro de límites ecológicamente significativos”¹⁵⁴. Es importante señalar este elemento, mundialmente reconocido como necesario en materia pesquera, además de la relevancia que le da la FAO, pues en el gobierno de Michelle Bachelet, se realizó una solicitud a esta organización, con el objeto de que realizarán recomendaciones técnicas para que nuestra legislación en la materia, esté acorde con los instrumentos y buenas prácticas internacionales para la sustentabilidad del sector pesquero. Así, en Octubre de 2016, la recién mencionada organización hizo entrega a la ex presidenta, del “Informe final de asistencia para la revisión de la Ley General de Pesca y Acuicultura, en el marco de los instrumentos, acuerdos y buenas prácticas internacionales para la sustentabilidad y gobernanza del sector pesquero”¹⁵⁵. Entre las sugerencias que hace el documento, se encuentra la necesidad de contar en las legislaciones con un **principio de sostenibilidad, enfoque ecosistémico y principio precautorio**. A continuación señala que la LGPyA si recoge los determinados principios, pero que en la práctica no establece los mecanismos necesarios para garantizarlos. Es así, como realiza una serie de sugerencias al respecto:

-En primer lugar, en relación al **uso sostenible del recurso**, se establece que el texto legal de la LGPyA lo reconoce en el Artículo 1 letra b), señalando que su objetivo es “la conservación y el uso sustentable de los recursos hidrobiológicos”, estableciendo que su aplicación se hará a través “del enfoque precautorio, de un

¹⁵⁴ **ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA ALIMENTACIÓN Y LA AGRICULTURA (FAO)**. 2016. Informe Final: PROYECTO UTF/CHI/042/CHI. Asistencia para la revisión de la Ley General de Pesca y Acuicultura, en el marco de los instrumentos, acuerdos y buenas prácticas internacionales para la sustentabilidad y buena gobernanza del sector pesquero. [en línea] <http://www.fao.org/3/CA0125ES/ca0125es.pdf> [consulta: 09 de Diciembre de 2018].

¹⁵⁵ **ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA ALIMENTACIÓN Y LA AGRICULTURA**. 2016. FAO entrega a gobierno de Chile evaluación de la Ley General de Pesca. [en línea] <<http://www.fao.org/americas/noticias/ver/es/c/449264/>> [consulta: 09 de Diciembre de 2018].

enfoque ecosistémico en la regulación pesquera y la salvaguarda de los ecosistemas marinos en que existan esos recursos”. A su vez, el artículo 2 n° 61 define al uso sustentable como “la utilización responsable de los recursos hidrobiológicos, de conformidad con las normas y regulaciones locales, nacionales e internacionales, según corresponda, con el fin de que los beneficios sociales y económicos derivados de esa utilización se puedan mantener en el tiempo sin comprometer las oportunidades para el crecimiento y desarrollo de las generaciones futuras”. Otra manifestación de este concepto se encuentra en el artículo 2 n° 60, que consagra el rendimiento máximo sostenible (en adelante RMS), innovación de la actual ley, que se define como un “mayor nivel promedio de remoción por captura que se pueda obtener de un stock en forma sostenible en el tiempo y bajo las condiciones ecológicas y ambientales predominantes”¹⁵⁶. Sin embargo, a pesar de que se reconozca en las disposiciones recién mencionadas el referido principio, lo que es reconocido por la FAO como un avance de la ley, también se señala la necesidad de incorporar elementos que contribuyan a la sostenibilidad medioambiental, económica y social, para así estar en consonancia con la perspectiva internacional, la cual entiende que la sostenibilidad de la pesca también depende de las dimensiones socioeconómicas, tecnológicas, éticas e institucionales¹⁵⁷. En lo concreto para mejorar este aspecto, se refiere al uso del RMS como punto objetivo de referencia para determinar cuándo hay plena explotación de un recurso, lo que es positivo pero insuficiente, al no tomar en cuenta información sobre el real estado de la biomasa, ni su posible variabilidad producto de cambios ambientales inesperados, no tomando en cuenta tampoco la interdependencia con otras especies del ecosistema. Otras medidas que se recomiendan serían ampliar el control sobre los límites de captura de algunas pesquerías; recoger el conocimiento local de los actores que participan en las actividades pesqueras y generar un mayor volumen de información para la aplicación cabal de este principio¹⁵⁸.

-En segundo lugar, en relación al **enfoque ecosistémico**, este se consagra en el artículo 1 C letra c) que establece que se deberá “aplicar el enfoque ecosistémico

¹⁵⁶ Ibid, p.30-31.

¹⁵⁷ Ibid, p.31.

¹⁵⁸ Ibid, p.33.

para la conservación y administración de los recursos pesqueros y la protección de sus ecosistemas, entendiendo por tal un enfoque que considere la interrelación de las especies predominantes en un área determinada”. Según la FAO, este no coincidiría con el que establecen los instrumentos internacionales, pues lo limita a la interrelación de las especies que se encuentren en una determinada área, siendo lo adecuado que se avance en incluir la dimensión social, económica, de interrelaciones ecológicas e institucionales¹⁵⁹. Lo anterior, se podría hacer mediante ciertos mecanismos de política pesquera, tales como:

- a) Elaboración de planes comunes y establecimiento de mecanismos para mejorar la coordinación inter-institucional.
- b) Mecanismos para la participación social y el co-manejo pesquero.
- c) Mecanismos de evaluación de las normas y los resultados de aplicación
- d) Establecimiento de mecanismos para mejorar la coordinación institucional, cooperación e integración.
- e) Aumentar la coordinación de las medidas de ordenación entre países a nivel regional e internacional.

-Finalmente, en cuanto al **principio precautorio**, la LGPyA lo consagra en el artículo 1 C letra b) como un principio que se debe considerar al adoptar medidas de conservación y administración pesquera, así como para interpretar y aplicar la misma ley. Especialmente dispone que: i) se deberá ser más cauteloso en la administración y conservación de los recursos cuando la información científica sea incierta, no confiable o incompleta, y ii) no se deberá utilizar la falta de información científica suficiente, no confiable o incompleta, como motivo para posponer o no adoptar medidas de conservación y administración”. En este mismo sentido, la letra e) del mismo artículo reconoce la existencia de una toma de decisiones a través de la mejor información científica disponible al “recopilar, verificar, informar y compartir en forma sistemática, oportuna, correcta y pública los datos sobre los recursos hidrobiológicos y sus ecosistemas”¹⁶⁰.

¹⁵⁹ Ibid, p.39.

¹⁶⁰ Ibid, p.35.

De esta forma, la definición de nuestra ley coincide con los instrumentos internacionales, pero se haría necesario clarificar los criterios de aplicación de dicho enfoque, lo cual sería tarea de la Subpesca, de preferencia a través de normas de carácter reglamentario¹⁶¹. Se recomienda además fortalecer los mecanismos que permiten la transparencia en la información para que los usuarios conozcan exactamente cuándo se está aplicando este principio. Así, con el objeto de alcanzar a todas las organizaciones de pescadores, se propone la emisión de un boletín regular con información impresa que podría hacerse llegar a través de la red de oficinas zonales y locales¹⁶². También se considera importante realizar esfuerzos para lograr una mayor difusión del concepto de enfoque precautorio entre los usuarios, para lo cual se sugiere la creación de un programa nacional de fortalecimiento de capacidades de los actores del sector pesquero que permita unificar criterios y dar a conocer los mecanismos y métodos empleados en la generación de información para la toma de decisiones.

Si bien nuestra legislación pesquera incluye referencias específicas a la adopción de decisiones a través de la mejor información científica disponible, es necesario definir qué se entiende por “mejor evidencia científica disponible” apuntando a la utilización, como base, en el momento oportuno, de los datos científicos más confiables, y difundir el concepto entre los usuarios. La LGPyA establece, de manera genérica en el art. 1 C letra e) que, antes de tomar decisiones relativas a la ordenación, existe la obligación de obtener “datos sobre los recursos hidrobiológicos y sus ecosistemas”. En este sentido, se sugiere fomentar y mejorar el proceso participativo en la priorización, elaboración e implementación de los Programas de Investigación permanentes y ocasionales (artículo 91 y siguientes), de forma de realzar la incidencia técnica efectiva de los órganos científicos y clarificar la información científica requerida para que los Comités Científicos Técnicos y los Comités de Manejo puedan realizar su labor, indicando quiénes son los sujetos

¹⁶¹ Ibid, p.36.

¹⁶² Ibid, p.37.

encargados de proporcionar dicha información y quiénes son los sujetos habilitados para solicitarla¹⁶³.

Así, se recomienda incluir los aspectos medioambientales, económicos y sociales, teniendo presente los recientemente adoptados objetivos de desarrollo sostenible, en cumplimiento de la meta 14.2: “De aquí a 2020, gestionar y proteger sosteniblemente los ecosistemas marinos y costeros para evitar efectos adversos importantes, incluso fortaleciendo su resiliencia, y adoptar medidas para restaurarlos a fin de restablecer la salud y la productividad de los océanos”. Dicha reglamentación debería ser socializada oportunamente con todos los actores pertinentes¹⁶⁴.

Son estos criterios recién expuestos los que podrían explicar de una manera más particular de dónde proviene en parte la variable del descontento ciudadano, al dar éstos cuenta de las deficiencias de nuestra ley desde una perspectiva que incorpore elementos socioculturales. Lo anterior sin perjuicio de reconocer que el rechazo que ha provocado la LGPyA en distintos sectores sociales, se ha visto intensificado a causa de los conflictos judiciales surgidos del caso Corpesca, por aportes irregulares a distintos parlamentarios por parte de grandes empresas pesqueras, al momento de tramitar la ley¹⁶⁵.

¹⁶³ Ibid, p.38.

¹⁶⁴ Ibid, p.32.

¹⁶⁵ **TROMBEN, Carlos.** Op. Cit., p. 25.

Capítulo VI: La alternativa de las licitaciones o subastas

En atención a lo expuesto en el capítulo anterior, resulta necesario analizar desde distintas perspectivas las ventajas y desventajas que podría haber tenido la implantación de un sistema diferente al de LMCA, como pudo haber sido el establecimiento de un sistema de subastas como proponía Lota Protein S.A. al TDLC, o la implementación de un sistema de licitación de las cuotas de pesca, opción que fue bastante analizada por nuestros legisladores en la tramitación del proyecto de la actual Ley N°20.657 que nos rige, como también en la de las leyes que la precedieron¹⁶⁶. La elección o sugerencia de un sistema distinto al actual, no es una tarea sencilla, de forma tal que a nivel mundial no existe uno en especial que sea reconocido como el mejor, pues como bien opina la FAO, ningún sistema se puede aplicar de manera universal a todos los casos, debiendo este adecuarse a las condiciones y circunstancias locales, procurando una gestión sostenible y un enfoque pesquero basado en derechos¹⁶⁷.

A pesar de lo anterior, existen ciertos elementos que se pueden utilizar para construir una alternativa que resulte más favorable que el actual sistema, desde una perspectiva socioeconómica.

Como se ha explicado, el sistema existente se encargó de asignar las cuotas de pesca mediante criterios históricos, siendo este el llamado “regalo regulatorio” fuertemente cuestionado¹⁶⁸. Así, una de las vías que sonaba con más fuerza, era la posibilidad de asignar las cuotas a través de subastas. Al respecto para explicar las ventajas de este mecanismo, es necesario recurrir al ya antes mencionado Teorema de Coase, el que establece que en ausencia de costos de transacción, la forma de asignación de derechos de propiedad es irrelevante desde el punto de vista de la

¹⁶⁶ Ibid, p.120-121.

¹⁶⁷ Ibid, p.11.

¹⁶⁸ **GUILOFF Titium, Matías.** Op. Cit., p. 277.

eficiencia económica, pues las partes se pondrán de acuerdo y transarán los distintos bienes hasta llegar a una asignación eficiente¹⁶⁹. Pero en el caso de la pesca, está claro que si existen asimetrías de información, como fue explicado en el capítulo IV. Así, en el presente contexto no aplicaría el teorema, por lo que si sería relevante la forma inicial en que se asignan las cuotas, ya que si bien es posible reducir los costos de transacción, no hay como eliminarlos completamente¹⁷⁰. Entonces, el ejecutivo podría haberse decantado por la opción de intentar reducir los referidos costos y diseñar una subasta para asignar las cuotas iniciales, en lugar de reducir costos y asignar por criterios históricos¹⁷¹. Habría sido más recomendable realizar una subasta, que de haber sido bien diseñada, hubiese asegurado una asignación inicial eficiente, al ser éstos mecanismos ideales para contextos de información asimétrica. Pero, ¿cuál sería el costo de realizar una subasta en circunstancias que la asignación resulte eficiente?, la respuesta a esto sería que el costo estaría acotado sólo al administrativo, sin mayores consecuencias económicas sobre la industria, de forma que se podría argumentar que el costo de utilizar la vía de las asignaciones históricas fue la opción menos eficiente, al haberse configurado un mercado más concentrado en el que claramente existen costos de transacción y asimetrías de información¹⁷².

Los detractores del sistema de subastas o licitaciones plantean que éste no es una buena opción por sobre lo existente, por razones tales como¹⁷³:

- No necesariamente contribuirá al ingreso de nuevos actores.
- No sería necesariamente más eficiente
- Sería un deterioro a la calidad de la explotación actual, pues se afectarían las decisiones de inversión y de manejo sustentable del recurso.

¹⁶⁹ **SAAVEDRA Eduardo y WILLINGTON Manuel**. 2012. Eficiencia en asignación de cuotas individuales de pesca: Teorema de Coase y asimetrías de información. Centro de Estudios Públicos. [en línea] <https://www.cepchile.cl/eficiencia-en-asignacion-de-cuotas-individuales-de-pesca-teorema-de/cep/2016-03-04/100015.html> [consulta: 6 de Enero de 2019].

¹⁷⁰ Ibid, p.71.

¹⁷¹ Ibid, p.72.

¹⁷² Ibid, p.84.

¹⁷³ **LIBERTAD Y DESARROLLO**. 2019. "Ley Corta de Pesca": Un proyecto de ley que despierta inquietudes. [en línea] <https://lyd.org/wp-content/uploads/2019/01/tp1384-ley-corta-de-pesca-.pdf> [consulta: 26 de Septiembre de 2019]

Lo anterior, tiene mucho sentido en la teoría, pero hay otra problemática práctica que existiría en caso de querer transitar desde el actual sistema a uno de subastas como el anteriormente descrito: el carácter de expropiación con que la industria pesquera ha señalado que interpretaría la reforma, lo que sería muy gravoso para el Estado al decantar en millonarias demandas indemnizatorias¹⁷⁴. Lo anterior, porque para las grandes pesqueras los permisos otorgados constituyen derechos que les pertenecen por ley, de forma que la dictación de un nuevo cuerpo legal que reemplazase el sistema de actual de asignaciones resultaría expropiatorio. Según este sector, por la Ley N° 18.892 de 1991, se otorgaron autorizaciones de pesca con derechos indefinidos para su ejercicio, lo cual se reafirmó con la Ley N° 20.657 de 2012, por lo que bajo el amparo del régimen constitucional vigente, en particular el artículo 19 N° 24 que establece el derecho de propiedad sobre toda clase de bienes, sería imposible despojarlos de aquellos derechos sin que exista un carácter expropiatorio que obligue al Estado a indemnizarles¹⁷⁵.

A simple lectura, esto parece tener sentido, sin embargo resulta necesario hacer un análisis más fino desde un punto de vista jurídico, para tener claridad si esto es o no efectivo, y por ende si existiría una alternativa que en términos económicos haga factible para el Estado migrar de un sistema de asignación a otro, sin llevar a efecto ningún tipo de expropiación.

Se hace especialmente relevante el estudio de esta problemática, en atención a que el 4 de Mayo de 2019, se inició la tramitación legislativa de un proyecto de “ley corta” de pesca, enviado por el gobierno durante el año 2018, con el objeto de modificar la LGPyA en lo relativo a las licencias transables de pesca, a la vez que incorpora normativa en relación a la pesca ilegal¹⁷⁶. Es por esto, que la discusión sobre el eventual conflicto jurídico de tipo expropiatorio que podría surgir de la nueva ley, de seguro cobrará fuerza en los meses siguientes.

¹⁷⁴ CIPER Chile. Loc. Cit.

¹⁷⁵ TROMBEN, Carlos. Op. Cit., p. 230.

¹⁷⁶ SUBSECRETARÍA DE PESCA Y ACUICULTURA. 2018. En el Senado se iniciará debate de proyecto “corto” para modificar la ley de pesca. [en línea] <http://www.subpesca.cl/sitioprensa/614/w3-article-100502.html> [consulta: 25 de Septiembre de 2018].

Para confirmar o desmentir lo anterior, es necesario atender al tipo de bien que constituyen las autorizaciones o permisos de pesca. Desde la perspectiva del Derecho Privado, sabemos que según el artículo 565 de nuestro Código Civil, los bienes pueden ser de tipo corporales e incorporales, siendo estos últimos los que consisten en meros derechos, como los créditos y las servidumbres activas. Si situamos dentro de esta última categoría a las autorizaciones de pesca, esto es como bienes incorporales, hay que atender a si este tipo de bienes se puede enmarcar dentro de la garantía fundamental de protección al derecho de propiedad, que otorga nuestra Constitución Política, y que por ende puede llevar a un caso de expropiación¹⁷⁷.

El inciso 3° del artículo 19 n° 24 de la CPR establece 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”. Este inciso se encarga de consagrar el plano subjetivo del referido derecho, esto es, el patrimonio de cada particular, en cuanto resulta intangible por el Estado, previéndose sólo la posibilidad de la intervención expropiatoria, lo que ocurrirá si de alguna manera se niega o impide el ejercicio de las facultades de uso, goce o disposición¹⁷⁸. Ahora, en el caso de los bienes incorporales, ¿cuál sería el contenido esencial que aquí se protegería? La doctrina ha entendido que sobre los bienes incorporales existe una “especie” de propiedad, tal como lo señala el artículo 583 del Código Civil, por lo que aquí se protege la titularidad sobre derechos de carácter patrimonial¹⁷⁹, consagrándose así una “propietarización” de los derechos¹⁸⁰. Así, no existiría posibilidad de ejercer facultades de uso, goce o disposición ni menos tenencia sobre bienes incorporales,

¹⁷⁷ **FUENTES OLMOS, Jessica.** 2012. Las autorizaciones de pesca y el derecho de propiedad. Valparaíso. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. [en línea] https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_abstract&pid=S0718-68512012000100013&lng=es&nrm=iso [consulta: 25 de Septiembre de 2019].

¹⁷⁸ Ibid, p. 546.

¹⁷⁹ Ibid, p. 548.

¹⁸⁰ **PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel.** 1997. Los bienes, la propiedad y otros derechos reales. Concepción. Editorial Jurídica de Chile. 259 pp.

ya que cada uno se configurará según la fuente que le da nacimiento, pero si resultaría posible la protección constitucional al ejercicio del referido derecho¹⁸¹.

¿Otorgarían así las autorizaciones de pesca un derecho? El artículo 2 n° 10 de la LGPyA define **autorización de pesca** como el “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, condicionada al cumplimiento de las obligaciones que en la respectiva resolución se establezcan”¹⁸². Cabe señalar que estas autorizaciones se otorgan para un armador y nave determinados, sin garantizar los resultados de la actividad sobre los recursos marinos, surgiendo la propiedad sobre éstos a través del modo de adquirir ocupación, una vez que se realiza la actividad pesquera, siendo indefinida, pero sujeta a causales de caducidad y de término en ciertos casos, esto es al declararse el régimen de pesquería en recuperación o el reemplazo de éste de plena explotación por el régimen de acceso general¹⁸³.

Al tratarse de un acto administrativo, resulta curioso asimilar aquel concepto directamente a derecho. Por lo demás, el derecho al acceso a los recursos pesqueros es de tipo universal, por disposición del artículo 19 n° 23 de la CPR, que establece la libertad para adquirir el dominio de toda clase de bienes, encontrándose a la vez fundamentada su limitación por lo señalado en el artículo 19 n° 21 de la CPR, en relación a las regulaciones que pueden imponerse por parte del Estado a ciertas actividades económicas¹⁸⁴.

De esta forma, la circunstancia de que la Ley de Pesca habría otorgado derechos no sería tal, por cuanto lo que ésta hace realmente es regular el ejercicio de un derecho ya preexistente y que todos los ciudadanos ostentarían, lo anterior igualmente en virtud de una norma constitucional como bien se señaló.

Además, lo anterior puede continuar complementándose desde la perspectiva de los actos administrativos. Entre las variadas clasificaciones de los mismos,

¹⁸¹ FUENTES OLMOS, Jessica. Op. Cit., p. 549.

¹⁸² LEY N° 20.657. Loc. Cit.

¹⁸³ Ibid, p.551.

¹⁸⁴ Loc. Cit.

encontramos la que distingue entre aquellos que crean derechos y los que habilitan para el ejercicio de éstos. Dentro del primer grupo se encontrarían las concesiones, las que otorgan un derecho exclusivo a un titular para usar o explotar un bien de dominio público o ejercer una determinada actividad. Dentro del segundo grupo encontramos a las autorizaciones, las cuales se relacionan al ejercicio de facultades de policía por parte de la administración del Estado, orientadas a regular el ejercicio de un derecho preexistente, sin la cual este se vuelve ilegítimo, a pesar de ser previamente titular de este derecho¹⁸⁵.

En base a lo anterior, se vislumbra, un argumento bastante consistente en el sentido de que una modificación a la actual ley no importaría ningún tipo de expropiación, que haga temer a los gobiernos.

¹⁸⁵ Ibid, p. 555.

Conclusiones

La regulación de la actividad pesquera chilena se encuentra plagada de desafíos sobre los que aún se encuentra al debe legislar. Nuestra historia legislativa en este sector podría dividirse en dos grandes momentos: en principio una etapa caracterizada por la desregulación o escasez de esta, la que fue llevada al límite por las características propias del sector, que llevaron a una desmesurada explotación, en comparación a la velocidad de renovación del recurso, lo que se traduce en el fenómeno de la carrera olímpica, profundamente analizada en este trabajo; y en segundo lugar la etapa de los grandes cuerpos legales que han regulado la actividad pesquera, con miras a hacer frente a la problemática de la primera etapa y en la que han surgido los cuestionamientos más relevantes en relación a la metodología a emplear, lo que se dificulta por tratarse de una actividad altamente tecnificada, no siendo así sencilla su comprensión. Es sobre esta última etapa y el porqué de sus principales hitos legislativos, en particular el último, en lo que se ha centrado esta investigación.

En ese sentido, se identifica que en materia de pesca industrial, sector de la actividad analizado en este trabajo, la tendencia regulatoria mundial y sobre la que también ha recaído la discusión en nuestro país, se mueve entre dos sistemas preponderantes: el establecimiento de cuotas de captura y/o permisos de pesca según criterios históricos, el que rige en Chile, y el mecanismo de las licitaciones o subastas.

En el primer sistema, se reconocen ciertos beneficios, como así también falencias, habiéndose ambas expresado en la inecuación presentada que funciona de eje rector de este trabajo. Así, se destacaron como beneficios la estabilidad, el ahorro fiscal, el establecimiento de una patente e impuesto específico para el sector, y un menor precio, componiéndose este último por un delta que incorpora factor de inversión, costos de implementación y fiscalización, finalizando con el hecho de

haber evitado el desenlace de la ya explicada carrera olímpica, principal motor desencadenante de la urgencia de nuestros legisladores en esta materia. En la otra vereda, se identifican como falencias la concentración de mercado, desprotección del recurso pesquero, el descontento ciudadano y de manera general los problemas de eficiencia, como podrían ser los costos de transacción y asimetrías de información. Ante este escenario, se señaló como las ventajas del sistema que rige la pesca industrial podrían no resultar suficientes al ponderarse con las falencias del mismo, por lo cual se pasó a analizar el sistema de las licitaciones o subastas, alternativa que suena con más fuerza desde hace años.

Si bien este trabajo, no tenía como objetivo entrar a analizar en detalle los sistemas de subastas, y en particular su aplicación a la pesca industrial, si se identificaron ciertos beneficios en su establecimiento. Así, si se buscara establecer una comparación con la legislación actual, siguiendo siempre la inecuación expuesta, encontraríamos un mercado mucho menos concentrado, mayor protección del recurso pesquero, menor descontento ciudadano, al menos probablemente en primera instancia, y menos problemas de eficiencia, pero con la importante acotación de que estos “beneficios” se darían siempre y cuando la subasta de los permisos pesqueros fuera construida bajo altos estándares de precisión técnica, encontrándose aquí como ya indicamos, la clave de una licitación exitosa, como bien señalan los expertos y la experiencia mundial. Cabe destacar que el referido ejercicio es bastante teórico y en base a experiencias comparadas, por lo que no se podría asegurar que en la práctica el sistema resultará más beneficioso, siendo necesario aún seguir analizando las estadísticas venideras en relación al sistema que opera para poder llegar a resultados más exactos. Estas cifras, en relación a elementos tales como los expuestos en la inecuación presentada.

De esta forma, se analizaron igualmente las implicancias que podrían existir ante la dictación de una ley que migrara de uno a otro sistema, materia en la cual existen divergencias de carácter principalmente jurídico y económico, en donde se encuentran las principales dificultades, pues ante una eventual expropiación por parte de una legislación que pasara del actual sistema al de las licitaciones, estará

en manos de los tribunales determinar si ésta existe o no, por lo que todo será un tema de criterios jurisprudenciales, dificultando así que los gobiernos venideros como los parlamentarios, quieran arriesgarse a hacer este cambio, pues muy probablemente los criterios de los jueces no serían uniformes. Aun así, se concluye que jurídicamente existen sólidos argumentos en pos de que resulte rentable migrar a las licitaciones, los que se centran principalmente en torno a que no existiría expropiación, por ser los derechos a expropiar preexistentes y ostentados por todos los ciudadanos.

Es así como se espera que esta investigación constituya un aporte y un enfoque distinto a esta importante y muy vigente discusión, en tiempos en que las bases institucionales de nuestro país se encuentran siendo fuertemente cuestionadas por la ciudadanía.

Bibliografía

-BANCO CENTRAL DE CHILE. 2018. Informe de estabilidad financiera primer semestre 2018. [en línea] <https://www.bcentral.cl/-/informe-de-estabilidad-financiera-primer-semester-2018> [consulta: 26 de Agosto de 2018]

-BUSTAMANTE, F. GALLARDO, B. LE FORT, G. 2017. Estabilidad macroeconómica y crecimiento económico: mitos y realidades. Santiago. Serie de documentos de trabajo, Facultad de Economía y Negocios, Universidad de Chile. [en línea].

<<http://econ.uchile.cl/uploads/publicacion/00219ac2986e819857700dd7df69e1b8e936648a.pdf>> [consulta: 15 de Agosto de 2018]

-CHAMORRO Ricardo. 2016. La depredación del mar chileno. [en línea]. Revista Punto Final, edición N° 853, 10 de junio 2016. <http://www.puntofinal.cl/853/pesca853.php> [consulta: 24 de Agosto de 2018]

-CIPER CHILE. 2012. El saqueo del mar chileno. [en línea]. 27 de Enero de 2012. <http://ciperchile.cl/2012/01/27/el-saqueo-del-mar-chileno/> [consulta: Noviembre de 2018].

-CIPER CHILE. 2012. La historia que acusa a las pesqueras chilenas por la escasez crítica de jurel. [en línea] 29 de Enero de 2012. <http://ciperchile.cl/2012/01/29/la-historia-que-acusa-a-las-pesqueras-chilenas-por-la-escasez-critica-de-jurel/> [consulta: Octubre 2018].

-CIPER Chile. 2018. Urgencia máxima para nueva Ley de Pesca: sólo limita a veinte años licencias perpetuas. [en línea]. 13 de Abril de 2018. <https://ciperchile.cl/2018/04/13/urgencia-maxima-para-nueva-ley-de-pesca-solo-limita-a-20-anos-licencias-perpetuas/> [consulta: 1 de Diciembre de 2018]

-COCHRANE Kevern L. GARCÍA Serge M. 2002. A Fishery Manager's Guidebook. Management measures and their application. FAO Fisheries Technical Paper No. 424. Rome, FAO. 231p.

-COX Francisco y BRAVO Pablo. 2014. Sector pesquero: evolución de sus desembarques, uso y exportación en las últimas décadas. [en línea]. Oficina de estudios y políticas agrarias (ODEPA). http://www.odepa.cl/wp-content/files_mf/1392915533Sectorpesca201402.pdf [consulta: Noviembre 2018].

-CROWLEY, Eve. 2018. La pesca ilegal en Chile, un problema más allá de nuestras fronteras. [en línea] 19 de Junio de 2018. <http://www.aqua.cl/columnas/la-pesca-ilegal-chile-problema-mas-alla-nuestras-fronteras/#> [consulta: Octubre de 2018].

-DIARIO U CHILE. RADIO UNIVERSIDAD DE CHILE. 2012. ¿Cuáles son las siete familias a las que se les acusa de apropiarse del mar chileno? [en línea] <http://radio.uchile.cl/2012/11/11/quienes-son-las-siete-familias-a-las-que-se-les-acusa-de-apropiarse-del-mar-chileno/> [consulta: Agosto 2018]

-EL MERCURIO, ECONOMÍA Y NEGOCIOS. 2018. Impuestos a pesca industrial suben 12% desde la ley de 2013 y superan los US\$40 millones anuales. [en línea] <http://www.economiaynegocios.cl/noticias/noticias.asp?id=523166> [consulta: 30 de Septiembre de 2019].

-ERRAZTI, Elizabeth y GUALDONI Patricia. 2001. La pesca y sus externalidades. Revista Faces. año 7, n°12. Facultad de Ciencias Económicas y Sociales, Universidad de Mar del Plata.

-FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA. 2011. Compras públicas y libre competencia. [en línea] <http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2017/10/Material-de-Promoci%C3%B3n-1-Compras-p%C3%ABlicas-Abr2011-1.pdf> [consulta: 4 de Octubre de 2019].

-FUENTES OLMOS, Jessica. 2012. Las autorizaciones de pesca y el derecho de propiedad. Valparaíso. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. [en línea] https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_abstract&pid=S0718-68512012000100013&lng=es&nrm=iso [consulta: 25 de Septiembre de 2019].

-FUNDACIÓN TERRAM. 2018. Gobierno y pesqueras iniciarán debate sobre reformas a la ley. 21 de Marzo de 2018. [en línea].

Pesca y Acuicultura contenida en la Ley N° 18.892 y sus modificaciones. Biblioteca del Congreso Nacional de Chile.

-MANKIW, N. G. 2002. Principios de economía. Segunda edición. Madrid. McGraw-Hill. 523 p.

-MINISTERIO DE HACIENDA. [s.a.]. Glosario. [en línea] <http://www.hacienda.cl/glosario/pib.html> [consulta: Noviembre 2018].

-MUJICA R, P. 2001. Los desafíos de la política macroeconómica y la agenda pendiente. [en línea] <http://repositorio.uchile.cl/handle/2250/144539> [consulta: 26 de Agosto 2018].

-OCDE. 2009. Políticas de pesca y acuicultura en Chile: Informe de base. [en línea] https://books.google.cl/books?id=Zlc3dksE_EC&printsec=frontcover&hl=es#v=onepage&q&f=false [consulta: 8 de Enero de 2019].

-OLSON, M. 1965. The logic of collective action. Public goods and the theory of groups, Cambridge, Mass., Harvard University Press.

-FAO (ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA ALIMENTACIÓN Y LA AGRICULTURA). 2016. Informe Final: PROYECTO UTF/CHI/042/CHI “Asistencia para la revisión de la Ley General de Pesca y Acuicultura, en el marco de los instrumentos, acuerdos y buenas prácticas internacionales para la sustentabilidad y buena gobernanza del sector pesquero”. [en línea] <http://www.fao.org/3/CA0125ES/ca0125es.pdf> [consulta: 09 de Diciembre de 2018].

-FAO (ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA ALIMENTACIÓN Y LA AGRICULTURA). 2016. FAO entrega a gobierno de Chile evaluación de la Ley General de Pesca. [en línea] <http://www.fao.org/americas/noticias/ver/es/c/449264/> [consulta: 09 de Diciembre de 2018].

-OSTROM Elinor. 1990. El gobierno de los bienes comunes: La evolución de las instituciones de acción colectiva. México. Fondo de Cultura Económica.

-PAREDES, Christian y SOTO, Elizabeth. 2018. La regulación pesquera a través de la historia: La génesis de un colapso. Santiago de Chile, Fundación Terram. 78p.

-PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel. 1997. Los bienes, la propiedad y otros derechos reales. Concepción. Editorial Jurídica de Chile. 259 pp.

-QUIROZ C, J. y GIVOVICH D, F. 2010. El Sector de Pesca Extractiva en Chile y la Libre Competencia. Informe para la Sociedad Nacional de Pesca (Sonapesca). Santiago de Chile.

-RÍOS BREHM, Mónica. 2015. Ley de Pesca N°20.657 y misceláneas: Avances y desafíos en su implementación [en línea] Serie Informe Económico. Libertad y Desarrollo. <http://lyd.org/wp-content/uploads/2015/12/SIE-252-Ley-de-Pesca-N%C2%BA-20657-y-miscelaneas-Avances-y-desafios-en-su-implentacion-MRios-October2015.pdf> [Consulta: Noviembre 2018].

-REVISTA AQUA. 2019. [en línea]. Santiago, Chile. <http://www.aqua.cl/2019/09/17/trabajadores-maritimos-denuncian-al-estado-de-chile-ante-la-oit/> [consulta: 24 de Septiembre de 2019]

-REVISTA INSTITUTO SISTEMAS COMPLEJOS DE INGENIERÍA (ISCI). 2011. Ver bajo el agua: Situación de la Pesca en Chile, análisis desde la economía y nueva ley. Revista 09. [en línea] <https://www.isci.cl/wp-content/uploads/R09A08.pdf> [consulta: Noviembre 2018].

-SAAVEDRA Eduardo y WILLINGTON Manuel. 2012. Eficiencia en asignación de cuotas individuales de pesca: Teorema de Coase y asimetrías de información. [en línea] Centro de Estudios Públicos. <https://www.cepchile.cl/eficiencia-en-asignacion-de-cuotas-individuales-de-pesca-teorema-de/cep/2016-03-04/100015.html> [consulta: 6 de Enero de 2019].

-SMITH, I.R. y T. Panayotou. 1984. Derechos de uso territorial y eficiencia económica: el caso de las concesiones pesqueras en Filipinas. [en línea] FAO Documentos Técnicos de Pesca. <http://www.fao.org/docrep/003/T0509S/T0509S00.htm#toc> [consulta: Noviembre 2018]

-SUBSECRETARÍA DE PESCA Y ACUICULTURA. 2018. Estado de situación de las principales pesquerías chilenas, año 2017. [en línea] http://www.subpesca.cl/portal/618/articles-100052_recurso_1.pdf [consulta: 09 de Diciembre de 2018].

-SUBSECRETARÍA DE PESCA Y ACUICULTURA. 2018. En el Senado se iniciará debate de proyecto “corto” para modificar la ley de pesca. [en línea] <http://www.subpesca.cl/sitioprensa/614/w3-article-100502.html> [consulta: 25 de Septiembre de 2018].

-TAPIA, C. & R. SFEIR. 2009. Instrumentos de mercado para incentivar práctica de pesquería sostenible en el HCLME. Informe final. Proyecto 63162: Towards Ecosystem Management of the Humboldt Large Marine Ecosystem. 40 pp.

-TROMBEN, Carlos. 2018. Pescado Rabioso. Santiago. Penguin Random House. 299p.