

ANALISIS GENERAL DE LAS MODIFICACIONES A LA LEY DE PESCA

Como es de público conocimiento, el gobierno convocó a la formación de una comisión, cuyo objeto sería el de proponer modificaciones a la ley 18.892 sobre la base de un anteproyecto elaborado por la Subsecretaría de Pesca. Aún cuando es probable que el texto elaborado por dicho organismo sufra modificaciones, se ha estimado de interés plantear algunas reflexiones respecto a su contenido de fondo, pues en buena medida, dicho texto, refleja la orientación que las nuevas autoridades quieren darle al desarrollo del sector pesquero. Debido a que las modificaciones más trascendentales que se propone introducir se refieren al acceso, a ello nos referimos principalmente a continuación.

ACCESO A PESQUERIAS EN ESTADO DE DESARROLLO

La Ley 18.892 en su versión actual, establece como criterio general el libre acceso a la actividad pesquera, y sólo por la vía de la excepción, esto es, cuando una pesquería alcance un estado de plena explotación, se determina un regimen especial de acceso.

Si bien, la proposición del ejecutivo establece una diferencia entre pesquerías en estado de desarrollo y aquellas en plena explotación, el tratamiento que propone en cada caso es completamente distinto al que establece la ley 18.892.

En cuanto, al acceso a las pesquerías en estado de desarrollo, la legislación actualmente vigente establece como sólo requisito la inscripción en un registro de antecedentes objetivos por parte de los interesados. La versión propuesta por el ejecutivo por su parte, establece la necesidad de contar con una autorización otorgada por la Subsecretaría de Pesca, la que estaría condicionada al

cumplimiento de las obligaciones que en la misma autorización se establezcan.

Se establece, sin embargo, que las autorizaciones pueden ser denegadas sólo en razón a la preservación de los recursos hidrológicos y debiendo aplicarse este criterio por igual a todos los peticionarios. Tal criterio, si bien, en su espíritu, pareciera incorporar la idea de aplicar normas de carácter general, de hecho, no resulta ser consistente ni apropiado. No es consistente puesto que confunde el sistema de acceso a la actividad pesquera con las facultades que efectivamente dispone la autoridad para propender a la conservación de los recursos hidrológicos, normas que son aplicables a todos los agentes que desarrollan o desarrollen en el futuro, actividades pesqueras según se establece en el título II de la ley 18.892. Ciertamente no se vislumbra la razón para que administrativa y discrecionalmente pueda la autoridad, negar el acceso a la actividad en pesquerías en proceso de desarrollo, si dispone de instrumentos de manejo, tales como las facultades para establecer vedas, tamaños mínimos de extracción, etc. También se estima altamente inconveniente, pues la experiencia ha señalado que tal tipo de facultades discrecionales incentivan la presión de grupos de interés por la aplicación de regulaciones en su propio beneficio. produciéndose de esta forma un problema práctico para la autoridad. A modo de ejemplo, el sólo hecho que la autoridad deniegue nuevas autorizaciones podría dar un privilegio especial para quienes están desarrollando actividades en un momento dado, pues en el evento que la unidad de pesquería en cuestión pase a ser declarada en plena explotación en un futuro, ellos serían, en el hecho, los principales candidatos a obtener derechos exclusivos. Es por último, también inconveniente pues desincentiva un mayor nivel de actividad en rubros en los cuales ésta se justifica plenamente. Debe en este sentido recordarse que el desarrollo de la actividad pesquera, principalmente la industrial, requiere de grandes

inversiones, cuya materialización se vería impedida con normas de la naturaleza de la que se propone.

En Chile en la actualidad se explotan pesquerías identificadas como en estado de desarrollo y en plena explotación, hay sin embargo, con toda seguridad, también un potencial para nuevas especies, el que puede ser aprovechado en beneficio del país sólo en la medida que no se desaliente arbitrariamente el desarrollo del sector.

Cabe por último señalar que preocupa el enfoque de fondo propuesto por el ejecutivo en cuanto a poner el peso de la prueba en los particulares por la vía de establecer la obligatoriedad de justificarse frente a una autoridad con poderes discrecionales. Ciertamente tiene más sentido que el Estado procure fijar reglas claras, objetivas y conocidas con anticipación, y que actúe sólo en la medida que se vulneran dichas normas. Es por supuesto cómodo para un gobierno disponer de "amplias atribuciones" para establecer normas regulatorias de una actividad. La contrapartida es sin embargo, el riesgo, el desaliento y, la búsqueda de formas para influir en la autoridad para obtener beneficios ilegítimos. Más tedioso, pero ciertamente más serio y realista, es la opción de limitar con la mayor precisión posible el ámbito de acción del estado. Por cierto, lo anterior es válido tanto para la actividad pesquera así como también para la generalidad de las actividades.

ACCESO A PESQUERIAS EN ESTADO DE PLENA EXPLOTACION

Como ya se señalara en el informe Legislativo N° 2, hasta la dictación de la ley 18.892, el acceso a pesquerías en estado de plena explotación se encontraba regulado por decretos supremos que autorizaban, en forma exclusiva, sólo a un grupo de embarcaciones para desarrollar actividades pesqueras extractivas de especies y en áreas determinadas. Complementariamente la autoridad procedía a fijar una única cuota global de captura para

preservar las especies. Bajo este esquema, los armadores de las embarcaciones en forma individual tenían poderosos incentivos para extraer la mayor cantidad de recursos en el más breve plazo posible pues, de lo contrario, perdían participación dentro de la cantidad máxima permitida. Ciertamente tal tipo de incentivos lleva a sobredimensionar la capacidad de las embarcaciones y a invertir en tecnología para acelerar las extracciones. (Ejemplo: el año pasado, la cuota global anual del langostino fue agotada en menos de una semana).

La ley 18.892 plantea solucionar el problema cambiando el concepto de cuota global, por uno de cuotas individuales, las que se determinan mediante la asignación de permisos de pesca, que otorgan a sus titulares, el derecho a extraer un porcentaje fijo de una cuota global máxima de captura que se fija anualmente para una especie y en un área determinada. Con ello se disminuyen los incentivos que inducen la carrera por extraer recursos, pues la cantidad extraída por un agente, no implica la disminución del volumen a extraer por parte de otros.

Asimismo, la ley 18.892 establece que los permisos son asignados a personas y no embarcaciones; dichos permisos son, a su vez, (y a diferencia del sistema anterior), permanentes, transferibles y divisibles. Con ello se logran dos importantes objetivos; primeramente, permite siempre la entrada a quienes dan la mayor garantía de ser eficientes (por medio del pago del precio de los permisos) y, en segundo término, da un incentivo a sus titulares para explotar racionalmente la especie pues, un exceso de captura presente se refleja de inmediato en el precio de los permisos, con la consecuente pérdida patrimonial. Asimismo, y a objeto de reforzar el incentivo a la preservación, la ley define los permisos como permanentes salvo que se cumplan ciertas causales objetivas de caducidad, en cuyo caso, la pesquería vuelve a una situación de libre acceso.

Cabe señalar que sistemas basados en principios como los descritos han sido aplicados exitosamente en países como Nueva Zelanda y recomendados por organismos especializados como la F.A.O.

En cuanto al criterio de asignación inicial de permisos, la Ley establece la otorgación de un 75% del total de los derechos de la pesquería respectiva, sobre la base de capturas históricas (promedio de las capturas anuales de los últimos tres años); el 25% restante, por su parte, se asigna, mediante subasta pública. Porsupuesto, este criterio específico, no constituye la única posible alternativa de asignación, asicomo tampoco lo constituye la definición de las areas que conforman las unidades de pesquería que se declaran sujetas al régimen de plena explotación en los artículos transitorios de la ley 18892. Estos, son aspectos susceptibles de ser modificados sin poner en riesgo el logro de los objetivos que persigue la ley.

La Ley también establece que, en el período que media entre la fecha de declaración de régimen de plena explotación y la de asignación de los permisos, se prohíbe el ingreso de nuevas naves o embarcaciones pesqueras distintas de las que hubiesen informado capturas hasta doce meses antes de la declaración. En ese mismo período, la ley faculta al Ministerio para fijar cuotas globales máximas de captura.

Por su parte, la subsecretaría de pesca propondría sustituir el mecanismo que establece la ley 18.892, por uno que establece dos categorías de permisos de pesca. A saber, uno denominado permiso especial de pesca y otro denominado permiso extraordinario de pesca. Ambos tipos de permisos representan actos administrativos mediante los cuales la autoridad faculta a una persona para un uso preferencial, por tiempo indefinido, para realizar actividades pesqueras, en pesquerías declaradas en plena explotación. Es

importante tener presente que el carácter meramente administrativo de los permisos tiene efectos jurídicos cuyas implicancias prácticas, como se verá mas adelante, van en el sentido de alentar una sobreexplotación.

Permisos especiales serían aquellos objeto de una asignación individual de unidades de esfuerzo. El proyecto no plantea una definición concreta del concepto "unidad de esfuerzo", simplemente indica que se establecería mediante decreto supremo.

Por su parte, los permisos extraordinarios, serían objeto de cuotas individuales de captura. En este caso sin embargo, y a diferencia del esquema previsto en la ley 18.892, las cuotas individuales estarían asociadas a una única cantidad y no como un porcentaje de una cuota global anual. De esta forma, si se estima que la disponibilidad efectiva de recursos para un año será inferior a la suma total de las cuotas individuales, las cuotas individuales se ajustarían proporcionalmente. Si a la inversa la suma de las cuotas individuales resulta inferior, el exceso se licitaría con sujeción a un procedimiento que se establecería en el reglamento.

En ambos casos, ya sea que se trate de permisos especiales o extraordinarios, sería la autoridad, mediante un acto meramente administrativo la que tendría facultades para transformar un régimen declarado en plena explotación a uno de régimen de acceso general (esto es, aquel válido para pesquerías en estado de desarrollo).

Por otra parte, también pareciera estar implícita, en el proyecto elaborado por la Subsecretaría, la idea que el sistema base de regulación del acceso a pesquerías en plena explotación, es el de los permisos especiales, pudiendo sólo aplicarse el sistema de permisos extraordinarios, en pesquerías sujetas en forma previa al sistema de permisos especiales.

A primera vista pareciera que la diferencia entre el nuevo esquema propuesto por la Subsecretaría, y el que establece la ley 18.892 se refiere sólo a aspectos menores. Sin embargo, tal similitud es sólo aparente, pues como se verá en los próximas líneas, las modificaciones alteran completamente los incentivos a los cuales estarán sometidos los agentes que desarrollan actividades pesqueras y, muy en particular, aquellos relacionados con la preservación de las especies.

En efecto, la ley 18.892 (aunque ciertamente perfectible como se verá más adelante) tiene la característica de ser cuidadosa en el sentido que define derechos de forma que éstos induzcan a los propios armadores a velar por una racional explotación del recurso en el sentido amplio de la palabra. Esto es, extraer lo razonable desde la perspectiva de la preservación de las especies con la tecnología más eficiente. (Es decir al mínimo costo). Lamentablemente, la alternativa propuesta por la subsecretaría atenúa en forma importante dichos incentivos.

Lo anterior se fundamenta en lo siguiente:

a) La caducidad de un permiso sería facultad discrecional de la autoridad y no por razones objetivas y conocidas como lo señala la ley 18.892. Ello desincentiva la preservación de la especie, pues los beneficios de adoptar medidas en tal sentido serían inciertos. Lo anterior por supuesto es solo una consecuencia natural del carácter meramente administrativo que tendrían los permisos.

b) La autoridad, calificaría el mérito de una transacción de permisos. Ello, castiga innecesariamente el valor de mercado de los permisos, hecho que también desincentiva la preservación. Debe recordarse que el precio de los permisos refleja el flujo de beneficios presentes y futuros. En la medida que se introduzca

riesgo innecesario, se induce a los armadores a obtener mayores beneficios en el presente, a costa de menores en el futuro. (Es decir, mayores capturas hoy, sacrificando las del mañana.)

c) La proposición de la subsecretaría, parece establecer como sistema preferencial de administración de pesquerías en plena explotación, aquel que regula "el esfuerzo" (esto es la tecnología) a través de los denominados permisos especiales. Si bien la proposición es muy vaga, en el sentido que no precisa el real alcance del concepto "esfuerzo", pareciera desprenderse del texto que éste se asocia a conceptos tales como capacidad de bodega.

En la práctica un sistema de esta naturaleza, operaría por ejemplo, de la siguiente forma:

La autoridad otorga un "permiso especial" que habilita a sus titulares a operar embarcaciones con una determinada capacidad máxima total de bodega para explotar una especie en un área determinada. Paralelamente fija una cuota global máxima anual posible de captura, (esto es, la reproducción literal del sistema de regulación que ha operado históricamente y cuyos defectos se pretende corregir).

¿Cuál será la reacción de los titulares de permisos ante estas circunstancias? Ciertamente cada uno, en forma individual, intentará extraer la mayor proporción posible de la cuota (invirtiendo ineficientemente recursos para ello), produciéndose de nuevo una carrera por la extracción. ¿Que ocurrirá entonces cuando se complete la cuota global anual antes que termine el año. Tal como ya ha ocurrido en otras ocasiones, los armadores argumentarán que es necesario aumentar la cuota global pues de lo contrario se paralizará la flota, se producirá desempleo, etc. En estas circunstancias, la opción de las autoridades, será el conflicto político, o la sobreexplotación del recurso.

Alternativamente, la autoridad podría junto con fijar la capacidad máxima de bodega de cada permiso, determinar un número máximo de salidas para cada embarcación.

Obviamente, un sistema de este tipo, en el fondo, solo intentaría controlar en forma indirecta, lo que la ley 18.892 hace en forma directa, y que es por lo demás lo único relevante. Esto es, la captura individual. Sin embargo, al hacerlo en forma indirecta, se induce un comportamiento indeseado. Pues, al establecerse un tope al número de salidas de una embarcación, el incentivo será a sobreinvertir en capacidad de permanencia en el mar, y, en velocidad de extracción. Por otra parte, también se hace más difuso el incentivo a la preservación, pues ya no existe un vínculo explícito entre las capturas presentes vs las futuras.

d) La proposición de la subsecretaría también establece la posibilidad de asignar en forma excepcional cuotas individuales. Sin embargo, además de los problemas señalados en las letras a) y b) anteriores, tiene también el inconveniente de definir las cuotas individuales en forma rígida, y no como porcentaje de la abundancia de la especie en el tiempo. Al procederse de esta forma, se elimina el incentivo para adoptar medidas tendientes a aumentar la biomasa. Lo anterior puede ser particularmente importante en pesquerías en las que se ha sobrepasado el estado de plena explotación.

En resumen, se estima que el espíritu de las modificaciones propuestas por la subsecretaría en materia de acceso a pesquerías en plena explotación, lesiona gravemente los incentivos que establece la ley 18.892 y, que parecen ser los correctos para inducir a explotar en forma racional los recursos pesqueros. Lo anterior sin embargo, no significa que dicho cuerpo legal no sea perfectible en diversos aspectos. De hecho, en el informe

legislativo N° 2 se planteó, entre otros aspectos, la conveniencia de que los titulares de permisos tuviesen una mayor participación en la determinación de las cuotas anuales máximas de captura. En esa oportunidad se propuso que los tenedores de permisos propusieran a la subsecretaría una cuota global anual; la subsecretaría podría aceptarla sin modificaciones, o bien, rechazarla. El rechazo estaría acompañado de una posición única. A su vez, los tenedores podrían aceptar, sin modificaciones, o rechazar la postura de la subsecretaría. En caso de rechazo, habría un arbitraje que tendría que definirse por solo una de las alternativas (sin modificaciones).

Sistemas de este tipo minimizan los riesgos de discrecionalidad, e incentivan en consecuencia, la preservación de las especies (debe recordarse que el riesgo incentiva mayores capturas en el presente a costa de una menor disponibilidad en el futuro).

Por otra parte, y como ya se señalara, también podrían ser, por ejemplo, objeto de modificación, los criterios de asignación inicial de derechos y las áreas de las unidades de pesquería que la ley declara como en plena explotación.

EN CUANTO A LAS ATRIBUCIONES DE LA AUTORIDAD PARA LA CONSERVACION DE LOS RECURSOS

En este caso, la proposición de la subsecretaría esta orientada a dotar a la autoridad de mayores facultades discrecionales. Debe en este sentido señalarse, que el espíritu que parece animar a la ley 18.892 en esta materia, es el de precisar y limitar con la mayor claridad posible las facultades, de modo que, junto con permitir una adecuada regulación, se minimice el riesgo discrecional a que estan sometidos los agentes que desarrollan actividades extractivas. Es así, por ejemplo, como de acuerdo a ese texto legal, la autoridad dispone, entre otras, de atribuciones para fijar vedas y tamaños mínimos de extracción, pero, acotadas las primeras en el tiempo, y

estableciendo, en el caso de las últimas, que tamaños superiores al de la primera madurez sexual son de extracción lícita. En contraste la proposición de la subsecretaría no acota ninguna de estas facultades, aun incluso, tratandose de pesquerías en estado de desarrollo.

Ciertamente con lo anterior no se pretende insinuar que la ley 18.892 no es perfeccionable en esta materia, lo que si se ha querido resaltar, es que en contraste con el espíritu de las proposiciones de la subsecretaría, pone el peso de la prueba, como corresponde en una sociedad libre, en el Estado y no en los particulares, lo que es por lo demás, consistente con los conceptos y tendencias que se observan en el mundo moderno.