

# Derechos de Pesca: Una Aproximación desde el Análisis Económico del Derecho

**Para que opere la competencia, los derechos de pesca deben ser libremente transferibles, de modo de bajar los costos de transacciones entre las partes. El rol del Estado es, por lo tanto, destrabar y remover las barreras que existen en la actualidad. Sin embargo, el objetivo de generar competencia no puede ser a costa de vulnerar el derecho de propiedad ya constituido, ya que no sólo sería contrario a la Constitución, sino que lesionaría gravemente la definición y perfilamiento de los derechos de propiedad que sirven para que exista eficiencia en la asignación de recursos en Chile.**

Bastante se ha discutido acerca de los derechos de pesca y su régimen de explotación. En relación a éste tema, cabe preguntarse qué *naturaleza jurídica* tiene la pesca; quién tiene *derecho* a pescar y qué *rol* debe jugar el Estado y los particulares en esta ecuación para hacerla más eficiente para todos.

## **Naturaleza jurídica de los peces y la actividad pesquera**

Jurídicamente, existe una línea divisoria entre aquellos bienes que son susceptibles de derecho de propiedad (o apropiables) y los que no lo son<sup>1</sup>. Entre los primeros se encuentran los bienes que pertenecen a los particulares, pero también aquellos que posee el Estado, sometido al régimen de dominio del derecho privado. Éstos son los bienes fiscales, como automóviles fiscales, los edificios de los ministerios, etc., donde el Estado es el verdadero *dueño* de esos bienes.

Muy distinta es la situación de aquellos bienes que no son objeto del derecho de propiedad, que son básicamente dos: aquellos que la naturaleza ha hecho común a todos los hombres (como el aire, el altamar, etc.) y los denominados bienes públicos o bienes de uso público. Éstos últimos no deben confundirse con los bienes fiscales, ya explicados. Los bienes públicos -como plazas, calles, y otros- no están sometidos al derecho de propiedad existente para los bienes particulares. Estos “pertenecen” a la *Nación*<sup>2</sup> -concepto sociológico, no jurídico- y no al *Estado* que tiene una organización jurídica precisa y definida. El Estado sólo los administra, pero no es “dueño” de ellos simplemente porque no son objeto

de derecho de propiedad: no se puede comprar ni vender una calle, salvo que se desafecte y pase a ser un bien *apropiable* y por lo tanto sujeto de titularidad por parte de alguien.

Algo similar sucede con los peces en el mar. Estos, en su estado de libertad “no pertenecen a nadie” o, en estricto rigor, no son objeto de derecho de propiedad, hasta el hecho de la pesca. Antes de eso, ni “todos los chilenos” ni “el Estado” (ni ningún Estado) son dueños de algo. El acto de pesca (jurídicamente denominado ocupación, por tratarse de animales bravíos, esto es los que viven naturalmente libres e independientes del hombre<sup>3</sup>), es aquel en que un pez pasa a ser pescado; donde pasa de “no pertenecer a nadie” a “pertenecer a alguien” muy concreto. El Estado nunca es ni ha sido “propietario” de los recursos marinos. Esto lo ratifica unívocamente la Constitución el Código Civil, la Ley de Pesca<sup>4</sup> y los tratados internacionales<sup>5</sup>. Otra cosa muy distinta es que el Estado deba otorgar protección a las riquezas contenidas en el mar, pero esto lo hace por soberanía o potestades económicas y regulatorias, pero no por tener un “derecho de propiedad” sobre los peces en el mar.

## El derecho a la captura de peces

Así, la Ley de Pesca establece que el Estado debe regular esa actividad, donde las cosas pasan de “no pertenecer a nadie” a “pertenecer a alguien”. El Estado regula como alguien que administra, no como propietario. Por esa razón, otorga una autorización, para que en definitiva alguien pueda adquirir los peces por ocupación.

Sobre la autorización de pesca otorgada por el Estado sí existe verdadera propiedad y permite a su titular adquirir propiedad sobre los peces. Señala la Ley que estas autorizaciones habilitan a la nave para pescar *por tiempo indefinido* en el área autorizada, debiendo otorgarse a quien las solicite y sólo pueden denegarse por ciertas causales de caducidad señaladas en la Ley. Asimismo, la Ley señala que estas son intransferibles, salvo que bajo *régimen de plena explotación* (cómo en la actualidad) pasen a ser *transferibles*, pero donde la transferencia de derechos debe ser junto con la nave.

Se podrá disputar económicamente si este mecanismo de asignación de derechos era el más eficiente<sup>6</sup>, pero no es igualmente discutible que existe verdadero derecho de propiedad sobre ellas, dado que se cumplieron con todos los requisitos establecido por la Ley: nadie puede transferir derechos que no le pertenecen; por lo tanto si la Ley admitió esta facultad, es porque reconoce derecho de propiedad sobre el derecho.

Si existe derecho de propiedad sobre la misma, entonces, de conformidad a la Constitución, no puede el Estado privar a una persona del mismo, sin

que medie una indemnización, debiendo existir ley fundada en la utilidad pública o interés nacional para ello<sup>7</sup>. De lo contrario, estaríamos en presencia de lo que se denomina “*expropiación regulatoria*”<sup>8</sup>, donde el Estado regula más allá de lo constitucionalmente tolerado, expropiando en la práctica al titular de un derecho de propiedad. Si bien el Estado está facultado para regular una actividad, no lo está para que dicha regulación impida el libre ejercicio de un derecho. Si alguien es propietario de un bien –corporal o incorporeal- y el Estado desea privarlo del mismo, debe expropiarle formalmente, indemnizándolo por el daño patrimonial efectivamente causado. Por lo demás, la jurisprudencia de la Corte Suprema<sup>9</sup> y la Contraloría<sup>10</sup> han reconocido el derecho de propiedad que existe sobre el derecho de pesca.

## El Rol del Estado y la libre transferibilidad de los derechos

De este modo, cualquier legislación que pretendiera desconocer la titularidad de un derecho asignado, sería inconstitucional, y por de pronto expropiatoria, independiente si el mecanismo inicial de asignación fue o no el más eficiente.

Este es –precisamente- el tipo de casos, donde la escuela del análisis económico del Derecho (*Law & Economics*) nos echa una mano a través del Teorema de Coase<sup>11</sup>, en virtud del cual sin importar el mecanismo inicial de asignación de derechos de propiedad, si estos están bien definidos y no existen costos de transacción entre las partes, los bienes tendrán su asignación final más eficiente. Y en mercados donde los bienes son escasos, la eficiencia es sinónimo de justicia.

En otras palabras, el punto central de esta disputa, está situada en que los derechos de pesca deben ser libremente transferibles, de modo de bajar los costos de transacciones entre las partes, para que opere la competencia y así el mercado asigne, más eficientemente que cualquier otro mecanismo, los bienes escasos. El rol del Estado es, por lo tanto, destrabar y remover las barreras que existen en la actualidad para hacer los derechos de pesca verdaderamente transferibles para que opere el mercado. Sin embargo, el objetivo de generar competencia no puede ser a costa de vulnerar el derecho de propiedad ya constituido, ya que no sólo sería contrario a la Constitución, sino que lesionaría gravemente la definición y perfilamiento de los derechos de propiedad que sirven justamente para que exista eficiencia en la asignación de los recursos. Ambos, propiedad y libre competencia, deben trabajar en armonía y no el uno a costa del otro.

---

<sup>1</sup> Vergara Blanco, Alejandro. *La summa divisio de bienes y recursos naturales en la Constitución de 1980*. *Ius Publicum* Nº 12 (2004). P. 102-126.

---

<sup>2</sup> CPR Art. 19 N° 23, inc. 1º.

<sup>3</sup> Código Civil Art. 606; 607.

<sup>4</sup> Art. 31, inc. 1º.

<sup>5</sup> Declaración de Santiago sobre conservación y Explotación de las riquezas marítimas del pacífico sur, aprobado por el Congreso Nacional el 2 de Septiembre de 1954.

<sup>6</sup> Al igual que muchas regulaciones de actividades que se inician, como sucedía en los derechos de agua antes del mecanismo de remate, o en la minería, los primeros permisos fueron asignados por “derechos históricos”, como suceden en todos los países del mundo. En efecto, no existen países que hayan utilizado la subasta como sistema de asignación inicial de sus pesquerías y sólo se han utilizado con éxito los derechos históricos como criterio de asignación (Rusia y Estonia emplearon la subasta en dos pesquerías, pero abandonaron posteriormente este esquema).

<sup>7</sup> CPR Art. 19 N° 24

<sup>8</sup> Sobre el particular, la doctrina norteamericana lo ha denominado “*regulatory takings*”. Para más detalle ver “La regulación expropiatoria en el derecho norteamericano” *Revista Chilena de Derecho*. Vol. 33, N°3, pp.411- 438 (2006)

<sup>9</sup> Corte Suprema, sentencia del 8 de julio de 1998, Rol 3425-97, R. t. 95. Segunda Parte. Secc. 5ª, p. 150.

<sup>10</sup> CGR. Dictamen N° 11.105 año 2000.

<sup>11</sup> Ronald Coase. El Problema del Costo Social. *The Journal of Law and Economics* (octubre 1960), pp. 1-44. Premio Nobel de Economía 1991. Este estudio tuvo un profundo impacto en la ciencia económica. En opinión de George Stigler, Premio Nobel de Economía 1982, los planteamientos que Coase expresa en estas páginas tuvieron para los economistas la importancia que los descubrimientos de Arquímedes tuvieron para el desarrollo de las ciencias naturales. En este artículo se aborda una serie de temas, aunque Coase sostiene que su objetivo principal es corregir un concepto erróneo en la forma que los economistas enfocan cuestiones de política. Según Coase, el error de análisis de los economistas radica básicamente en considerar al Gobierno como una fuerza correctiva de las fallas de mercados que no tiene costos, lo que está muy lejos de la realidad. Pero si el aporte de este artículo fue para la ciencia económica inconmensurable, no lo fue menos para el derecho. Coase argumenta que, en la medida que los costos de transacción sean bajos o inexistentes y que los derechos de propiedad establecidos en los fallos judiciales no permitan una solución económica eficiente, se producirá una reasignación de estos derechos hacia aquellos que los valoran más, aunque las cortes fallen en contra de éstos. Esta proposición es la que se conoce como Teorema de Coase. Indudablemente, son muchos los casos en los que los altos costos de transacción impiden una reasignación de los derechos establecidos en los fallos judiciales. Coase sostiene que en estos casos las cortes deben intentar minimizar los costos asociados a sus fallos, siempre que ello no altere la tesis de la Ley. Esta observación, que generalmente se olvida al analizar el trabajo de Coase, puede considerarse como la segunda parte del teorema y demuestra la importancia que Coase atribuye a la estabilidad de la Ley.