

LEY DE PESCA: EXPLICANDO UN REGALO REGULATORIO

Matías Guilloff Titium¹

No lo entiendo. ¿Cuál es el afán? ¿Por qué la coyuntura de hoy hace necesario dirimir este tema? No lo sé, y no me han logrado explicar por qué vamos a hacer esto. Se va a entregar una licencia, no por veinte años, sino para siempre. Y, aunque no lo quiero expresar en términos jocosos, lo voy a decir: creo que a veces ni el amor es para siempre. Cuesta mantenerlo. Sin embargo, las cuotas, las licencias, van a ser para siempre, por generaciones.²

Resumen

El presente artículo argumenta que la entrega de cuotas al sector industrial en la Nueva Ley de Pesca 20.657 constituye un regalo regulatorio y señala las razones que lo explican. Para esos propósitos, define lo que es un regalo regulatorio y postula que la aludida entrega de cuotas equivale a uno. Luego, aborda las razones que llevaron a la entrega de este regalo regulatorio, enfatizando la incidencia de una serie de restricciones institucionales a la deliberación política establecidas en la Constitución, tales como el sistema electoral binominal, las leyes de quórum y el control preventivo del Tribunal Constitucional. Estas restricciones hacen estructuralmente probable que, al momento de gestionarse una transición regulatoria, tal como la que supone la modificación a la Ley de Pesca, quienes detentan privilegios bajo el status quo no los pierdan. Y más aun cuando, como en este caso, el Ejecutivo no puede correr el riesgo que la propuesta de reforma sea vetada en el Congreso.

Introducción

Se logró el objetivo: antes del 31 de diciembre de 2012, día en que expiraba la vigencia de la Ley 19.849, el Congreso aprobó el proyecto de Ley de Pesca.

¹ Profesor de Derecho Administrativo e Investigador del Programa de Derecho y Política Ambiental, Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales. LL.M, Columbia University (2007).

² Intervención del senador Ricardo Lagos Weber en la sala del Senado, 28 de noviembre de 2012, en Historia Legislativa de la Ley 20.657, p. 2631. Disponible en <http://www.bcn.cl/histley/historias-de-la-ley-ordenadas-por-numero>.

Se trataba de un objetivo importante, puesto que, de no haberse logrado, a partir del 1 de enero de 2013 se hubiera vuelto a la “carrera olímpica” en materia pesquera. El desafío no era menor para el gobierno; dada la naturaleza transitoria de la aludida Ley, debía necesariamente lograr la aprobación de una nueva normativa en materia pesquera. Como siempre sucede cuando se discute un cambio en las reglas, esa nueva normativa dejaría ganadores y perdedores. Si el propósito era que la ley se aprobara rápidamente, era necesario entonces que los perdedores no fueran aquellos que podían movilizarse para bloquearla.

Ello porque, si la hubieran bloqueado, se hubiera vuelto a la “carrera olímpica”, escenario en el cual, al no existir cuotas individuales de pesca, cada armador hubiese tenido un incentivo muy nocivo: capturar todo lo que pueda del recurso antes que lo haga otro. Se hubiera producido, en otras palabras, aquella situación que Garret Hardin –en un famoso artículo– denominó “la tragedia de los comunes”.³ Desde esta perspectiva, existirían razones de sobra para celebrar: la conservación de los recursos pesqueros y, en lo económico, que se haya evitado la disipación de rentas privadas y públicas que se produce con la “carrera olímpica”.⁴

Sin embargo, no todos quedaron contentos. Muchos cuestionaron el medio utilizado para cumplir ese objetivo. Para asegurarse que la nueva ley fuera aprobada en el plazo establecido, el gobierno optó por el mecanismo que mejor garantizaba ese propósito. Este no fue otro que mantener las cuotas en manos de quienes las detentaban: los mismos que habían sido favorecidos por la Ley 19.713 de 2000 y por la aludida Ley 19.849 de 2002. Existían otras alternativas más justas y eficientes, pero el gobierno, desde que el Ministro Longueira asumió la cartera de Economía,⁵ optó decididamente por mantener el sistema de distribución antiguo. Eso sí, con una gran diferencia: en vez de entregar las cuotas por un período acotado y de un modo transitorio, como

3 Ver Hardin, Garret, “The Tragedy of the Commons”, en *Science*, Vol. 162, 1968, pp. 1243-1248. El argumento de Hardin había sido esbozado con anterioridad en un artículo que justamente se refiere los recursos pesqueros; ver Gordon, H. S., “The Economic Theory of a Common-Property Resource: The Fishery”, en *Journal of Political Economy*, Vol. 62, 1954, pp. 124-142.

4 *Ibid.*, pp. 132-133.

5 Muy pocos días después de haber asumido como Ministro, Pablo Longueira convocó a los principales actores del sector industrial y artesanal a la “Mesa Pesquera”. Esta tenía por objeto que los actores regulados por la futura Ley se pusieran de acuerdo en cómo se iban a distribuir las cuotas. En caso que no lo hicieran, el Ministro presentaría un proyecto de ley en el cual el 50% de las cuotas serían asignadas mediante licitación. Ver *El Mostrador*, “Cómo Longueira desafió a Piñera en el diseño del proyecto de cuotas pesqueras”, 30 de septiembre de 2011, <http://www.elmostrador.cl/noticias/pais/2011/09/30/como-longueira-desafio-a-pinera-en-el-diseno-del-proyecto-de-cuotas-pesqueras/>.

hicieron las dos leyes anteriores, ahora se asignaron por un lapso de 20 años renovables.

De ahí que no resulte sorprendente encontrar varias veces en la historia de esta Ley una palabra: regalo.⁶ Este supuesto regalo radica en que, pudiendo el Estado otorgar las cuotas a aquellos que paguen más por ellas, no lo hace y las asigna gratuitamente, sin exigir contraprestación alguna. En otras palabras, se critica que el legislador haya desechado, en términos generales, la opción de la licitación como método de asignación.⁷ En la historia legislativa, esta palabra también se usa para deslizar otra crítica, referida a que no se haya establecido el deber de pagar una contraprestación suficiente a aquellos que fueron beneficiados con la entrega de cuotas.⁸

Con independencia de cuál sea el sentido preciso en que se utiliza el término regalo, lo cierto es que existe uno en la nueva Ley de Pesca: los armadores industriales reciben las cuotas de manera gratuita. Explicar porqué el Estado lo ha efectuado, y de paso renunciado a obtener importantes rentas, es el propósito de este artículo. La tesis que sostendré es que la explicación de este resultado radica en un punto de equilibrio entre el interés público que defendió el Estado en el proceso legislativo –que la Ley se aprobara antes del 31 de diciembre de 2012, para evitar la “carrera olímpica”– y la voluntad legislativa. Ambos actores, cuyo consentimiento era necesario para la aprobación del proyecto, el Ejecutivo y los parlamentarios que apoyaban la aprobación del Proyecto siempre y cuando las cuotas siguieran en manos de quienes las detentaban, contaron con numerosos mecanismos para forzar este acuerdo: en el caso de Ejecutivo, sus facultades de iniciativa exclusiva y de manejar las urgencias; tratándose de los parlamentarios, los múltiples vetos a los que se sujetó y a los que potencialmente se podría haber sujetado la tramitación del proyecto de ley. Así, dados esos objetivos y los importantes mecanismos a disposición de cada una de las partes en la negociación para forzar que esta se realizara en sus propios términos, no resulta inexplicable el mecanismo de asignación por el cual finalmente se optó. Así, la nueva Ley de Pesca es un

6 En la historia legislativa, palabras como “regalo”, “regalar” y “regalando” son utilizadas, al menos, doce veces.

7 Ver intervención de la senadora Rincón, en la sala del Senado, el 27 de noviembre de 2012, en Historia Legislativa de la Ley 20.657, p. 2424. Disponible en <http://www.bcn.cl/histley/historias-de-la-ley-ordenadas-por-numero> (argumenta que defiende las licitaciones porque permiten que el Estado reciba en forma periódica la renta derivada de la explotación de los recursos pesqueros).

8 Ver intervención del senador Ricardo Lagos Weber, en la sala del Senado, el 17 de octubre de 2012, en Historia Legislativa de la Ley 20.657, p. 811. Disponible en <http://www.bcn.cl/histley/historias-de-la-ley-ordenadas-por-numero> (señala que, de acuerdo a estudios académicos, el Estado deja de percibir cerca de U.S. \$500.000.000 con el royalty propuesto).

ejemplo de la incidencia de los mecanismos de veto contenidos en la Constitución de 1980 sobre la regulación en materia de recursos naturales.

Para desarrollar este argumento, en la primera sección definiré el concepto de regalo regulatorio; explicaré porqué en la nueva Ley de Pesca habría uno y me haré cargo de quizás la más ponderosa objeción que podría plantearse a este argumento: que el impuesto específico que se aprueba en la nueva Ley a las cuotas de pesca demuestra que no son un regalo. Luego, en la segunda sección, abordaré el contexto en que se otorgó este regalo regulatorio: en la gestión legislativa de una transición regulatoria, donde el legislador resolvió la situación que se originó cuando decisiones de inversión tomadas en el pasado se sometieron a un régimen regulatorio nuevo y que al momento de tomar esas decisiones era incierto: para el caso en análisis, las decisiones tomadas por los armadores industriales en consideración al régimen regulatorio establecido por las Leyes 19.079, 19.080, 19.713 y 19.849. Posteriormente, me adentraré en las restricciones institucionales que nuestro sistema legal y político establece a la gestión o manejo de transiciones regulatorias. Luego describiré el escenario en caso que no se aprobara la ley –vuelta a la “carrera olímpica”– y analizaré cómo las aludidas restricciones institucionales jugaron en este escenario, para argumentar que el regalo regulatorio –la entrega gratuita de las cuotas de pesca– fue la solución de compromiso para la gestión de esta transición regulatoria. Al concluir, ofreceré una serie de reflexiones en torno a cómo es posible limitar la utilización de estos regalos al manejar transiciones regulatorias, analizando la utilidad, para estos propósitos, de algunos de los argumentos del voto de minoría del reciente fallo del Tribunal Constitucional recaído en la misma Ley de Pesca.

Un par de advertencias y prevenciones preliminares. Pese a que mi enfoque mezcla la reflexión legal con el análisis económico del derecho y, en alguna medida, con las ciencias políticas, el artículo sigue siendo eminentemente jurídico. Por esa razón, los modelos conceptuales que presento no se ilustran en términos matemáticos. Otra prevención: mi análisis solo toma como insumo la Ley 20.657 y no considera las otras Leyes que se han dictado en el último tiempo en materia pesquera, tales como las 20.560 y 20.597. Una reflexión integral de cómo se relaciona la aludida ley con todas estas otras será desarrollada en un trabajo de mayor extensión a ser publicado en el futuro.

1. Las asignaciones de cuotas de pesca en el sector industrial: ¿Un regalo regulatorio?

En esta sección se argumenta que la manera en que se entregaron las cuotas al sector industrial en la nueva Ley de Pesca constituye un regalo regulatorio. Para explicar qué es un regalo regulatorio, es necesario distinguir estos de los beneficios que día a día reparte el Estado. A partir de ello, señalaré las razones por las que resulta conveniente sujetar a una contraprestación la entrega de estos regalos y analizaré la entrega de cuotas al sector industrial en la nueva Ley de Pesca, explicando por qué es constitutiva de un regalo regulatorio.

1.1. Acerca de los regalos regulatorios: Los criterios que permiten identificarlos y las razones que justifican sujetar su entrega a una contraprestación

No debiera causar mayores sorpresas que la literatura sobre regalos regulatorios no sea abundante; la estructura de estos lo explica. En efecto, lo que caracteriza a un regalo regulatorio es, por una parte, beneficiarios bien concretos y, por la otra, perjudicados difusos. No es que a la literatura no le preocupen las modificaciones al status quo que puedan acarrear pérdidas para los individuos: la abundante literatura Chilena sobre recurso de protección y derecho de propiedad es evidencia de ello.⁹⁻¹⁰ El tema pasa más bien por el número de personas que conforman el elenco de los perdedores. Como la pérdida no recae sobre un individuo o un grupo reducido de personas, sus efectos gravosos se diluyen.¹¹ Y se pierde de vista a los beneficiarios que, por el contrario, reciben una transferencia de riqueza bien concreta.¹²

Fue en el contexto histórico político del Estado de bienestar que la literatura comenzó a interesarse en la riqueza que distribuye el Estado. Es así como,

9 Soto Kloss, Eduardo, *El Recurso de protección. Orígenes, doctrina y jurisprudencia*, (Editorial Jurídica de Chile) 1982. Para una postura crítica, ver Aldunate, Eduardo, “La protección al acecho: Las consecuencias del abandono de las reglas de interpretación constitucional en el ámbito del recurso de protección”, en *Revista de Derecho*, Vol. XX, (Universidad Católica de Valparaíso) 1999.

10 Bell, Alexander y Parchomovsky, Gideon, “Givings”, en *Yale Law Journal*, Vol. III, 2001 p. 549 (contrastando la atención que recibe la expropiación regulatoria –“regulatory takings”– con los regalos regulatorios, “regulatory givings”).

11 Esta idea se encuentra detrás de la justificación que se suele dar para la procedencia de la responsabilidad del Estado por desigual distribución de cargas públicas: que la carga que recaiga sobre quién la demanda lo afecte a él o a un grupo bien acotado de sujetos. Si ese no es el caso y la carga afecta a la generalidad de los ciudadanos, se entiende que debe ser soportada sin compensación por estos.

12 Por cierto, toda regulación genera y extingue rentas. Ver Montt, Santiago, “Codificación del derecho administrativo”, en Martinić, María Dora y Tapia, Mauricio, (coords.), *Sesquincentenario del Código Civil de Andrés Bello*, (Lexis Nexis) 2005, p. 265. Lo relevante es determinar un umbral a partir del cual esas transferencias de rentas no son tolerables.

en 1964, Charles Reich publicó un famoso artículo denominado “La nueva propiedad”.¹³ Reich arguyó que, mediante el otorgamiento de pensiones y beneficios, el Estado distribuye riqueza a los ciudadanos.¹⁴ El Estado, señala Reich, no puede por un acto posterior privar a los ciudadanos de esta riqueza sin afectar el derecho de propiedad;¹⁵ de ahí que denominara a esos beneficios y, en general, a toda la riqueza que distribuye el Estado “la nueva propiedad”. Aparte de beneficios previsionales y de salud, la entrega de autorizaciones, licencias y concesiones forma parte de la riqueza que día a día entrega el Estado. Para efectos de este análisis, el punto a destacar es que el Estado, a través de medios más o menos directos, distribuye riqueza y lo hace sin exigir contraprestación alguna a los beneficiarios.

Existe discrepancia en la literatura respecto a si esta riqueza distribuida por el Estado, estos beneficios que aumentan el patrimonio de los ciudadanos que los reciben, debe quedar sujetos a algún límite. Kaplow, uno de los referentes en materia de análisis económico del derecho, estima que no es conveniente establecer límites;¹⁶ autores de tendencias ideológicas tan disímiles como Sax –quizás el más ferviente defensor de la intervención estatal en defensa del medio ambiente– y Epstein –uno de los principales críticos de la intervención estatal sobre el mercado–, por el contrario, son partidarios de poner límites a la entrega de estos beneficios. Fundamenta la postura de Kaplow la premisa de la absoluta simetría entre las pérdidas y las ganancias que puede generar una regulación.¹⁷ De la inexistencia de razones persuasivas para que el Estado intervenga en la mitigación las primeras¹⁸ se sigue

13 Ver Reich, Charles, “The New Property”, en *Yale Law Journal*, Vol. 73, 1964.

14 *Ibíd.*, pp. 738-739.

15 *Ibíd.*, p. 785.

16 Kaplow, Louis, “An Economic Analysis of Legal Transitions”, en *Harvard Law Review*, Vol. 99, 1986, p. 513.

17 *Ibíd.*, p. 555.

18 Este punto requiere de cierta elaboración. Kaplow argumenta que, antes de la potencial intervención estatal, un individuo toma decisiones de inversión en condiciones de incertidumbre; incertidumbre acerca de las reglas a las cuales quedará sujeta esa inversión en el futuro. Este problema es una instancia más de lo que en términos económicos se denomina riesgo. El riesgo –ese aspecto sobre el cual no existe certeza cuando se toma la decisión–, en este caso, emana del Estado. Pero, al momento de decidir en qué invertir, los incentivos también importan. Si en ese instante el individuo sabe que, pase lo que pase, el Estado va a intervenir para mitigar su pérdida, tendrá un poderoso incentivo para tomar decisiones subóptimas, como, por ejemplo, invertir en algo que prontamente va a ser prohibido por la ley. Dicho de otro modo, la certeza sobre la futura intervención del Estado divorcia la decisión de sus consecuencias, lo que en economía se denomina riesgo moral. Desde el punto de vista social, esta decisión individual es nociva; lo óptimo, desde un punto de vista social, hubiese sido invertir en otro proyecto. En suma, el argumento de Kaplow es que en la decisión relativa a si acaso el Estado debe intervenir o no para mitigar las pérdidas que puedan generarse como consecuencia de una regulación,

lógicamente que tampoco debe exigir contraprestación alguna cuando se generan las segundas.¹⁹ Detrás de las posturas de Sax y Epstein, por su parte, se encuentra la intuición que las minorías organizadas suelen frecuentemente hacerse de beneficios propios de la mayoría desorganizada. Para poner atajo a esta situación, Sax argumenta que los jueces debieran hacer improcedente la extracción de estos beneficios,²⁰ mientras Epstein plantea que las minorías solo pueden obtener estos beneficios a través de una licitación y pagando un precio por los mismos.²¹

En el último tiempo, la pregunta relativa a si acaso los beneficios derivados de la regulación deben restituirse o no ha sido abordada, de manera más matizada, por Kades, así como también por Bell y Parchomovsky. Ellos coinciden en la necesidad de que el Estado cobre por estos regalos regulatorios en determinados supuestos. Kades define conceptualmente un regalo regulatorio, señalando que estamos frente a uno allí donde hay una ganancia económica independiente del trabajo, planificación u otras actividades productivas que la sociedad desee premiar.²² Para él, un factor esencial del regalo regulatorio es la sorpresa.²³ Si la ganancia no es sorpresiva, la explica el trabajo, la planificación o alguna actividad productiva que la sociedad desea incentivar.²⁴ De ahí que establecer un impuesto a estos regalos regulatorios, de acuerdo al autor, no implica un desincentivo al esfuerzo; la suerte es lo único que explica su obtención. Ahora bien, de ello no se sigue que todos los regalos regulatorios

hay un dilema entre riesgo e incentivos. En la medida que el primer problema puede ser abordado por el mercado a través de un seguro, de lo que hay que hacerse cargo es de los incentivos; para que estos sean los apropiados, la mejor política es que el Estado no intervenga. Ver *ibíd.*, pp. 527-533. Un análisis crítico sobre la factibilidad de un mercado de seguros para riesgos que provienen del Estado, en Masur, Jonathan y Nash, Jonathan, "The Institutional Dynamics of Transitional Relief", en *New York University Law Review*, Vol. 85, 2010, pp. 527-533.

19 Ackerman ha ilustrado de manera gráfica como en las condiciones de pluralismo que se dan actualmente en la política, los intereses de las minorías organizadas suelen encontrar mejor representación que aquellos de las mayorías. Ver Ackerman, Bruce, "Beyond Carolene Products", en *Harvard Law Review*, Vol. 98, 1985. Su argumento se basa en el elaborado por Olson en un trabajo clásico: Olson, Mancur, *The Logic of Collective Action*, (Harvard University Press) 1965.

20 Ver Sax, Joseph, "The Public Trust Doctrine in Natural Resources Law: Effective Judicial Intervention", en *Michigan Law Review*, Vol. 68, 1970, p. 560.

21 Epstein, Richard, "The Public Trust Doctrine", en *Cato Journal*, Vol. 7, 2, 1987, p. 421.

22 Kades, Eric, "Windfalls", en *Yale Law Journal*, Vol. 108, 1999, p. 1491. Otros, analizando el fenómeno desde la perspectiva de la propiedad, han señalado que un regalo regulatorio es aquel aumento en el valor de una propiedad que deriva de una acción del Estado. Ver Hagman, Donald y Mischynski, Dean, "Introduction", en Hagman y Mischynski [eds.], *Windfalls for Wipeouts: Land Value Capture and Compensation*, (American Society of Planning Officials) 1978, p. 1.

23 Kades, op. cit., p. 1494.

24 *Ibíd.*, pp. 1494-1495.

deban quedar sujetos a un impuesto; para que este sea el caso, el beneficio a la sociedad derivado del impuesto debe ser superior a los costos de transacción –especialmente los relacionados con la información– y administrativos que implicaría cobrar ese impuesto.²⁵ Kades concluye que solo algunos regalos regulatorios debieran quedar sujetos a un impuesto: aquellos efectuados por el Estado en que no es costoso identificar a los beneficiarios, determinar el monto a imponer y cobrarlo.²⁶ En las condiciones actuales, los Estados cuentan con la infraestructura necesaria –la organización e información– para cobrar por esta clase de regalos regulatorios.

Por su parte, Bell y Parchomovsky también se muestran partidarios de cobrar por algunos regalos regulatorios. La contribución de estos autores en la materia es significativa, por cuanto, en primer lugar, definen dos preguntas relevantes: (a) si hay o no un regalo regulatorio y (b) si es pertinente sujetarlo a un impuesto. Como se puede intuir de la segunda pregunta, no todo regalo regulatorio debe quedar sujeto a un impuesto; sostener esa postura en el Estado moderno socavaría una serie de instituciones cuya justificación radica precisamente en otorgar beneficios a los más desaventajados. Para responder a estas dos preguntas, Bell y Parchomovsky elaboran cuatro criterios, a los cuales me referiré con detalle a continuación. Luego, elaboran una serie de razones –de justicia, eficiencia y economía política– que justifican cobrar por los regalos regulatorios.

Abordaremos primero las dos preguntas para determinar si nos encontramos en presencia de un regalo regulatorio imponible y los cuatro criterios para responderlas. El primer criterio a atender es si acaso el acto de gobierno que confiere un beneficio constituiría una expropiación si fuera revertido,²⁷ por ejemplo, si el gobierno dejara sin efecto una concesión que otorgó gratuitamente. El segundo alude a si los receptores del regalo constituyen un grupo de fácil identificación y al grado en que la generalidad del público tiene acceso al regalo; de acuerdo a este criterio, la provisión gratuita de educación por parte del Estado no constituye un regalo regulatorio, pues sus receptores no son de fácil identificación, siendo un beneficio al cual puede acceder la generalidad del público.²⁸ El tercer criterio se refiere a si el regalo puede ser

25 *Ibíd.*, p. 1492.

26 *Ibíd.*, p. 1532.

27 Bell y Parchomovsky, *op. cit.*, p. 555.

28 *Ibíd.*

claramente asociado con una privación,²⁹ por ejemplo, cuando el Estado, luego de expropiar un terreno a un privado, se lo entrega a otro para que realice un proyecto de mayor valor social. El último criterio se refiere a si el beneficiario puede rechazar el regalo,³⁰ por ejemplo, uno derivado de un aumento en el coeficiente de edificabilidad determinado por una modificación al Plan Regulador respectivo, pero no que se instale una estación de metro cerca de su casa que aumentará el valor de esta.

Me refiero ahora a la segunda contribución: las razones que justifican sujetar a un impuesto los regalos regulatorios. Hay razones de justicia: así como no es justo ni equitativo que unos pocos deban soportar cargas que debieran serlo por toda la ciudadanía, tampoco lo es que unos pocos reciban beneficios que debieran serlo por la generalidad de ella.³¹ Elaborando más esta intuición, Bell y Parchomovsky señalan que, cuando el regalo deriva de una decisión estratégica e intencional del Estado, la ciudadanía puede reaccionar con resentimiento y frustración.³² En relación a la eficiencia, así como la inexistencia de una obligación de indemnizar por regulaciones que imponen una carga demasiado onerosa sobre la propiedad puede llevar a que el Estado regule más allá de lo óptimo –porque regular no tiene ningún costo asociado–, la inexistencia de un impuesto a los regalos regulatorios lleva a que el Estado entregue beneficios más allá del punto en que es socialmente óptimo hacerlo.³³ Adicionalmente, la existencia de regalos regulatorios puede distorsionar las decisiones de inversión de los individuos, afectando de esta manera a la eficiencia asignativa.³⁴ Por último, existen poderosas razones de economía política que justifican establecer un impuesto a los regalos regulatorios: tal como la expropiación garantiza que una facción organizada no use su poder para enriquecerse a costa de una minoría desorganizada, cobrar por un regalo regulatorio se hace cargo del problema que una facción pueda enriquecerse a costa de una mayoría desorganizada; si lo que preocupa es el poder de las

29 Ibid.

30 Ibid., p. 557.

31 Ibid., p. 554.

32 Ibid., p. 579. Este resentimiento y frustración es uno de los costos asociados a toda regulación que afecta la propiedad, costos que fueron rotulados por Michelman, en su notable y visionario artículo de 1967 sobre costos de demoralización. Ver Michelman, Frank, "Property, Utility, and Fairness: Comments on the Ethical Foundations of Just Compensation Law", en *Harvard Law Review*, Vol. 80, 1967, p. 1214.

33 Bell y Parchomovsky, op. cit., p. 554.

34 Ibid., p. 584.

facciones, resulta irrelevante si estas se han organizado para lograr una expropiación o ser beneficiadas por un regalo regulatorio.³⁵ Esto es de la mayor importancia, si se considera que los regalos regulatorios –qué duda cabe– son uno de los principales medios para distribuir riqueza a grupos de interés, y que la incapacidad de evitarlos permite a estos grupos utilizar para su propio beneficio el proceso legislativo.³⁶

En suma, parecen haber buenas razones para sujetar a un impuesto los regalos regulatorios. Es cierto que esto no es fácil; primero, hay que poder distinguir entre un beneficio al cual la generalidad del público puede acceder y un regalo regulatorio, y, luego, se debe tener presentes los costos de transacción y administrativos que el cobro de ese impuesto lleva asociados, para determinar si los beneficios de ese impuesto superan a sus costos. Ninguna de estas dificultades es decisiva: la primera se enfrenta utilizando los cuatro factores propuestos por Bell y Parchomovsky; la segunda, enfocando el impuesto allí donde medir a los beneficiarios y el monto preciso del regalo resulta menos costoso. Adicionalmente, consideraciones de justicia y eficiencia respaldan el establecimiento de ese impuesto. Y el cobro por un regalo regulatorio puede tener el saludable efecto de poner un obstáculo a la capacidad de las minorías organizadas de extraer beneficios de la mayoría desorganizada.

1.2. ¿Constituye la entrega de cuotas de pesca al sector industrial un regalo regulatorio?

Una rigurosa respuesta a esta pregunta requiere hacerse cargo de dos cuestiones: (a) las contraprestaciones que la aludida Ley impone sobre los beneficiarios de las cuotas de pesca y (b) si el beneficio en cuestión reúne las características de un regalo regulatorio. Para abordar la primera, se debe considerar la patente y el impuesto específico con que son gravados los beneficiarios de cuotas de pesca. La respuesta a la segunda vendrá dada por la aplicación de los factores de Bell y Parchomovsky. Previo a ello, para facilitar al lector la comprensión de este análisis, cabe realizar una muy somera descripción del régimen pesquero en que se otorgan estos presuntos regalos regulatorios.

Como suele suceder con los recursos naturales, en una primera etapa no existieron restricciones de acceso a los recursos pesqueros en Chile. A mediados de la década de los ochenta, el nivel de explotación de los recursos

35 *Ibíd.*, p. 553.

36 *Ibíd.*, p. 585.

pesqueros se hizo insostenible, lo que llevó a establecer límites al acceso a determinadas pesquerías.³⁷ Con el correr del tiempo, se hizo necesario profundizar en el establecimiento de esos límites y, para hacer eso posible, se modificó la regulación legal en materia pesquera. Ese esfuerzo se materializó, primero, en la dictación de la Ley 18.892 y, luego, en la de las Leyes 19.079 y 19.080. Estas últimas establecieron diversos regímenes de acceso en función del estado de desarrollo de las pesquerías: (a) régimen de acceso general, (b) régimen de plena explotación, (c) régimen de pesquería en recuperación y (d) régimen de pesquería incipiente. Además de este mecanismo, se permitió a la autoridad fijar cada año cuotas globales de captura para cada especie, las que, obviamente, aplican para todos los regímenes menos el general de acceso.

En cuanto la problemática de las cuotas de pesca se relaciona con el régimen de plena explotación, es relevante analizarlo con algún detenimiento. El aludido régimen busca controlar el esfuerzo pesquero —la capacidad de pesca de los barcos autorizados para realizar esta actividad económica— en aquellas pesquerías que han llegado a tal nivel de explotación que, con la captura de las unidades autorizadas, no existe superávit en los excedentes productivos de la determinada especie biológica. Para lograr este propósito, una vez que se declara a una pesquería en plena explotación, la autoridad pesquera tiene la facultad de suspender el otorgamiento de nuevas autorizaciones de extracción para esa pesquería. En virtud de un artículo transitorio de la Ley 19.080, las principales pesquerías chilenas quedaron sujetas a ese régimen. Un aspecto relevante para este análisis es que, en conformidad con las aludidas Leyes, las autorizaciones de pesca vigentes, que autorizan a realizar actividades extractivas en pesquerías declaradas en plena explotación, tienen un carácter indefinido, en tanto se mantenga dicho régimen.³⁸

A pesar de estos cambios regulatorios, debido a la existencia de una serie de mecanismos que apuntaban en sentido diverso,³⁹ hacia fines de la década de los noventa el diagnóstico apuntaba a que seguían existiendo niveles excesivos de esfuerzo pesquero y que se requerían nuevos instrumentos legales.⁴⁰

37 Este es el caso del Decreto 436, que congeló el esfuerzo pesquero sobre la sardina, anchoveta, jurel y caballa en la I, II y VIII Regiones. Referencia tomada de Antecedentes de la Subsecretaría de Pesca, Informe presentado ante el Tribunal de la Libre Competencia, p. 40, disponible en www.tdlc.cl, (última visita, 1 de mayo de 2013).

38 Ver Ley 18.892, artículo 10 inciso 2.

39 Una buena descripción en Antecedentes de la Subsecretaría de Pesca, Informe presentado ante el Tribunal de la Libre Competencia, p. 42, disponible en www.tdlc.cl (última visita, 1 de mayo de 2013).

40 *Ibid.*

Ello llevó a la autoridad a buscar mecanismos para lidiar con este problema, lo que finalmente logró con la aprobación de la Ley 19.713. La aludida Ley, a la prohibición de acceso por la declaración de una pesquería en plena explotación y al establecimiento anual de una cuota global de captura para dichas pesquerías, agregó un mecanismo –que ha generado la polémica– sobre la asignación de las cuotas: el límite máximo de captura por armador, que se traduce en la asignación de cuotas individuales de pesca. Esta medida de administración pesquera supone (a) fraccionar la cuota global de captura entre el sector industrial y el artesanal, para, luego, (b) determinar, con sujeción a ciertos parámetros, como se asigna a armadores industriales específicos –que cuenten con autorizaciones de pesca vigentes– una alícuota de esa fracción. Los parámetros que se utilizan en el segundo paso varían: tratándose de las pesquerías más relevantes –jurel, sardina y merluza de cola– en aquellas zonas geográficas en donde aún es posible capturarlos, son las capturas efectuadas por cada armador industrial en los tres años anteriores a la entrada en vigencia de la aludida Ley y la capacidad de bodega corregida de los buques autorizados para efectuar capturas de esas pesquerías. Para el resto de las pesquerías, se consideran únicamente las capturas efectuadas en los dos años anteriores a la entrada en vigencia de la Ley.⁴¹

Al tomar en consideración capturas históricas, este sistema de asignación privilegia a aquellos actores que ya venían ejerciendo actividades pesqueras y, consecuentemente, hace improbable que puedan obtener cuotas individuales los actores que hasta la fecha de dictación de la Ley no habían ingresado al mercado. Si bien la Ley 19.713 debía tener una vigencia de solo dos años, su aplicación se prorrogó por otros diez con la aprobación de la Ley 19.849. Cabe enfatizar que la primera de estas leyes –y la segunda, por cuanto prorrogó la vigencia de la anterior– fueron enfáticas en declarar que esta asignación de cuotas, efectuada en conformidad al límite máximo de captura por armador, no implicaba el otorgamiento de derecho alguno para las futuras modificaciones que se introdujeran en la materia.⁴²

41 En mayor detalle, lo que se hace en el primer caso es sumar al 50% del coeficiente resultante de dividir las capturas realizadas por el respectivo armador en los últimos cuatro años y el 50% del coeficiente resultante de la utilización de la fórmula que la ley determina para obtener la capacidad de bodega corregida de cada nave. El resultado que arroja esa suma se multiplica por la cuota global de captura correspondiente al sector industrial, expresada en toneladas. En tanto, en el segundo caso, el coeficiente se obtiene dividiendo las capturas realizadas por un armador en los dos años anteriores a la vigencia de la ley, por la totalidad de las capturas industriales realizadas en el mismo período. Al igual que en el caso anterior, ese coeficiente se multiplica posteriormente por la cuota global de captura correspondiente al sector industrial, expresada en toneladas. Ver Ley 19.713, artículo 7.

42 Sin perjuicio de lo señalado en el texto principal, es relevante destacar que, en la discusión legislativa de la Ley 19.713, la senadora Carmen Frei y, en particular, el senador Alejandro Foxley manifestaron

El legislador en 2012 se encuentra con esta herencia al debatir sobre una nueva modificación a la Ley de Pesca. Recapitulemos: las Leyes 19.079 y 19.080 introdujeron el régimen de plena explotación, a consecuencia del cual, en aquellas pesquerías declaradas por la autoridad en ese estado, se suspendió el otorgamiento de nuevas autorizaciones. Aquellos actores que contaban con autorizaciones vigentes al efectuarse esa declaración, pudieron seguir realizando actividades extractivas y a sus respectivas autorizaciones la Ley les atribuyó un carácter indefinido, pero sujeto a una calificación: en tanto se mantuviera vigente la declaración de plena explotación de la respectiva pesquería.⁴³ Luego, en virtud de las Leyes 19.713 y 19.849, las autorizaciones de pesca para las principales pesquerías del país se transformaron en cuotas individuales para aquellos armadores industriales que se vieron favorecidos por los criterios de asignación escogidos por el legislador para la determinación del límite máximo de captura por armador: aquellos con un número más alto de capturas y buques con una mayor capacidad de bodega. La Ley 20.657 no cambió mucho las cosas en este punto; tan solo introdujo los ajustes necesarios para que las cuotas, independientemente de a quienes fueron asignadas originalmente, sean más transferibles. La Ley 20.657 deja las cuotas en las manos en que estaban durante la aplicación de la Ley 19.713. Esas cuotas son ahora mucho más valiosas, ya que ha aumentado su transferibilidad.⁴⁴

Antes de concluir que las cuotas de pesca en la Ley 20.657 constituyen un regalo regulatorio, es necesario aludir a un aspecto que va aparentemente en sentido contrario a lo que pretendo demostrar: la referida Ley asocia dos contraprestaciones de carácter monetario a la entrega de cuotas de pesca: una patente y un impuesto específico. Más aun, nominalmente, en relación a la normativa anterior, que establecía tan solo una patente, estas contraprestaciones aumentan.

Más allá del detalle de la forma en que se calcula la patente –que bajo la nueva Ley aplica solo a aquellas embarcaciones que efectivamente estén

su apreciación que, no obstante el carácter transitorio de esta entrega de cuotas, iba a ser muy difícil modificar la asignación cuando se volviera a discutir el asunto. Ver Historia Legislativa de la Ley 19.713, pp. 287 y 290.

43 Para concluyentes análisis en el sentido que sobre las autorizaciones de pesca no hay derecho de propiedad, ver Montt, Santiago, Informe en Derecho presentado ante el Tribunal de la Libre Competencia, en www.tdlc.cl, (última visita, 1 de mayo de 2013) y Fuentes, Jessica, “Las autorizaciones de pesca y el derecho de propiedad”, en *Revista de Derecho*, Vol. 38, (Pontificia Universidad Católica de Valparaíso) 2012.

44 Para un argumento sobre como la transferibilidad aumenta el valor de un bien, ver Easterbrook, Frank, “Insider Trading, Secret Agents, Evidentiary Privileges, and the Production of Information”, en *Supreme Court Review*, 1981, p. 347.

siendo utilizadas para actividades extractivas- y el impuesto específico,⁴⁵ hay evidencia en la historia legislativa que demuestra que lo que se recauda en total por la suma de ambos es igual o menor que lo que se pagaba antes –bajo la vigencia de la Ley 19.849–solo por concepto de patente. Muy ilustrativa, para estos efectos, fue la intervención de la senadora Rincón en la sala del Senado, quien afirmó que las propias cifras del gobierno indican que lo que se recaudará con la nueva ley por ambos conceptos es inferior a lo que se recaudaba en la antigua solo por concepto de patentes, lo que le resultaba tremendamente llamativo, dado su conocimiento de un estudio técnico que indicaba que, de asignarse las cuotas mediante licitación, el Estado recaudaría hasta 20 veces más de lo que iba a obtener con la nueva Ley.⁴⁶ Corroboró las declaraciones de la senadora Rincón el hecho que, para lograr que el proyecto de ley fuera aprobado por la Comisión Mixta, se estableció una disposición transitoria destinada a asegurar que lo recaudado por ambos conceptos, patente e impuesto específico, una vez que la Ley entrara en vigencia, no sería menos que lo recaudado por patentes en el año 2012, al término de la vigencia de la antigua ley.⁴⁷

Independientemente del monto recaudado por ambos, se debe tener en cuenta lo que justifica el cobro de una patente en un mecanismo regulatorio de mercado como el que utiliza la nueva Ley de Pesca: los costos para la sociedad que acarrea la implementación de ese mecanismo. Para el caso de la pesca, esos costos sociales son: los relativos a la investigación necesaria para fijar, año a año, las cuotas globales de captura para las especies pesqueras; los requeridos para mantener un adecuado sistema de registro de las embarcaciones que realizan actividades pesqueras; los necesarios para financiar el

45 Para los detalles relativos a su cálculo, ver Ley 20.657, artículo 43 Ter.

46 Ver intervención de la senadora Ximena Rincón, en la sala del Senado, el 16 de octubre de 2012, en Historia Legislativa de la Ley 20.657, p. 758. En el mismo sentido, ver intervención del diputado Gabriel Ascencio, en la sala de la Cámara de Diputados, el 17 de julio de 2012, en Historia Legislativa de la Ley 20.657, p. 305, y del senador Gómez, en la sala del Senado, el 21 de noviembre de 2012, en Historia Legislativa de la Ley 20.657, p. 2042, todas disponibles en <http://www.bcn.cl/histley/historias-de-la-ley-ordenadas-por-numero>.

47 Ver Ley 20.657, artículo decimo sexto transitorio. Existen razones detrás de esta baja en lo recaudado. En primer término, en la nueva Ley, la patente se asocia a las embarcaciones que efectivamente estén realizando capturas y no a las que cuenten con autorización para realizarlas. Además, en cuanto al royalty que grava las capturas, lo que se recaude por su aplicación depende de las cuotas que, año a año, se autoricen a capturar. Como al día de hoy la biomasa de las principales especies no se encuentra en las mejores condiciones, es bajo lo que se puede recaudar por aplicación del royalty. Ahora, si en el futuro suben –ese es el supuesto en que se basa la Ley– se podrá recaudar más; pero aun en ese caso, será mucho menos de lo que se podría haber recaudado si se hubiera fijado un impuesto modelado sobre lo mismo que se habría recaudado en caso de haberse licitado las cuotas.

funcionamiento de los Comités Técnicos, el Panel de Expertos y toda la institucionalidad necesaria para la operatividad de este mecanismo de mercado; y los necesarios para fiscalizar que los regulados no capturen más especies que aquellas que la Ley los autoriza. En su intervención en la sala del Senado, el senador Gómez señaló que existe una brecha cercana a los US \$70.000.000 entre lo que se va a recaudar con la nueva Ley, a través de patente e impuesto, y los recursos necesarios para financiar el adecuado funcionamiento del sistema.⁴⁸ Más allá de su exactitud, esas cifras ilustran que el denominado impuesto específico resulta bastante engañoso: su función, en los hechos, es aumentar lo recaudado para financiar el funcionamiento del sistema. En consecuencia, no existe contraprestación asociada a la entrega de las cuotas que diga relación con la utilización de un recurso escaso; más allá de su nombre, el royalty viene a complementar lo recaudado mediante la patente para financiar el funcionamiento del sistema. De que las cuotas se regalan, se regalan.

Habiendo establecido que no hay contraprestación asociada a la entrega del beneficio, resta por dilucidar si este constituye o no un regalo regulatorio que debe quedar sujeto a una contraprestación. Para efectuar esta determinación, utilizo los factores de Bell y Parchomovsky. En relación al primer factor, si en el futuro el gobierno privara a los beneficiarios de sus autorizaciones –sea que estas se mantengan o que se transformen, en términos del proyecto, en Licencias Clase A– habría una expropiación, por lo que sí estaríamos en presencia de un regalo regulatorio. En relación al segundo, se trata de un beneficio al cual solo acceden unos pocos y que no se encuentra disponible para la generalidad del público, por lo que nuevamente estamos frente a tal regalo. En tercer término, las cuotas que reciben los beneficiarios no surgen de la nada: estaban en manos de otros agentes económicos, a quienes la Ley privó de ellas para que llegaran a aquellos;⁴⁹ por lo que, una vez más, estamos frente a un regalo regulatorio. Finalmente, el beneficio que la nueva Ley entrega sí puede ser rechazado –para ello, basta con que no se ejerza la opción de transformar las actuales autorizaciones en licencias clase A–, por lo que, por última vez, estamos frente a un regalo.

48 Ver intervención del senador Gómez, en la sala del Senado, el 28 de noviembre de 2012, p. 2543. Disponible en <http://www.bcn.cl/histley/historias-de-la-ley-ordenadas-por-numero>.

49 En estricto rigor, la Ley que instauró este sistema no es la que se está analizando, sino la 19.713 de 2000, que introdujo por primera vez las cuotas individuales de pesca, aunque con carácter transitorio. Aun cuando la manera en que se fraccionan las cuotas entre el sector industrial y el artesanal ha cambiado con la nueva Ley, los beneficiados con la entrega de cuotas en el sector industrial siguen siendo los mismos que fueron favorecidos por la primera Ley.

En suma, no cabe duda alguna: las cuotas de pesca equivalen a un regalo regulatorio. Las ganancias derivadas de su obtención son sorprendentes, desde el momento que el marco regulatorio antiguo no otorgaba derecho alguno sobre las cuotas una vez que expirara su vigencia. Además, los beneficios que se pueden obtener al gravarlas con un impuesto superan a los costos, por lo que la eficiencia no puede ser utilizada para justificar su entrega gratuita. A un nivel más específico, el valor total recaudado por concepto de patentes e impuesto adicional es, a lo sumo, igual a lo que se recaudó hasta 2012 e insuficiente para cubrir los gastos sociales que implica la implementación de este sistema de mercado, por lo que ese impuesto, en ningún caso, opera como una contraprestación a la utilización de un recurso escaso. Finalmente, no nos encontramos ante uno de esos beneficios que no deben quedar sujetos a un impuesto; la aplicación de los cuatro factores que sugiere la literatura para determinar si se debe cobrar o no por un beneficio derivado de la regulación lo demuestra.

2. Las restricciones institucionales al manejo legislativo de las transiciones regulatorias: La explicación del regalo regulatorio

En la sección anterior se ha argumentado que la entrega de cuotas al sector industrial en la nueva Ley de Pesca constituye un regalo regulatorio. ¿Qué justifica que el Estado renuncie a hacerse de valiosos recursos y los entregue sin contraprestación alguna a una minoría políticamente organizada? El argumento que elaboraré para dar respuesta a esa interrogante se fundamenta en la premisa que en la modificación de la Ley de Pesca hubo una transición regulatoria que requería ser gestionada. Esa gestión, enfatizaré, se realizó en un ambiente –el proceso legislativo– sujeto a una serie de restricciones institucionales, establecidas en la Constitución, que determinan que regalar las cuotas fuera un costo razonable en que incurrir con tal de obtener la aprobación del proyecto de ley. Se debe recordar que, en caso que no se hubiera aprobado, a diferencia de lo que ocurre en la generalidad de las situaciones, las cosas no se hubieran mantenido tal como estaban en el sector pesquero, sino que se habría vuelto a la “carrera olímpica”.

Una transición regulatoria es aquella que se produce como consecuencia de la decisión misma de introducir cambios a un régimen regulatorio, como, por ejemplo, el de la Ley de Pesca. Por regla general, cada vez que se introducen esos cambios, se modifican las reglas en consideración a las cuales

se decidió invertir en el pasado; en el caso de la Ley de Pesca, como hemos señalado, las decisiones que los armadores industriales adoptaron en consideración a las Leyes 19.079, 19.080, 19.713 y 19.849. Se trata de un dilema cuya resolución es compleja; cualquier decisión que se adopte afectará valiosos bienes jurídicos. Si, por ejemplo, se opta por hacer tabla rasa con el pasado y cambiar radicalmente las reglas del juego, se afecta la estabilidad, que, para la literatura neoliberal, es un elemento esencial del Estado de Derecho.⁵⁰ De otorgarse, por el contrario, plena protección a las decisiones tomadas en el pasado, se arriesga la efectividad de la ley en lidiar con el problema que ha motivado su dictación.⁵¹ Por estas razones, para manejar transiciones regulatorias, los órganos encargados de su gestión –como, por ejemplo, el Congreso o partes de la Administración– echan mano a estrategias⁵² tales como (a) otorgar un período de amortización para las inversiones realizadas en el pasado, durante el cual no se le aplican las modificaciones legales; (b) indemnizar a aquellos que se vean especialmente perjudicados por el cambio regulatorio; y (c) hacer del todo inaplicable la nueva regulación a inversiones realizadas en el pasado –lo que en inglés se denomina *full grand fathering*–, estrategia por la que opta el legislador en la nueva Ley de Pesca.⁵³

En la literatura teórica estadounidense que ha abordado el tema existen distintas posturas relativas a la conveniencia de que el Estado realice esta intervención mitigatoria. Para quienes enfatizan la equidad, el Estado debe intervenir cada vez que modifica las reglas del juego, ya que los agentes económicos se basaron en esas reglas al momento de invertir.⁵⁴ Aquellos que ana-

50 Ver Hayek, Friedrich, *The Road to Serfdom*, (Routledge) 2001, p. 75. Para una crítica persuasiva, ver Waldron, Jeremy, “Thoughtfulness and the Rule of Law”, en *British Academy Review*, Vol. 18, 2011, pp. 4-10.

51 Quizás el primer autor en resaltar este punto fue Hale, uno de los integrantes del primer movimiento del Análisis económico del derecho. Analizando la problemática de la interferencia de la regulación en los derechos adquiridos, Hale argumentó que al evaluar la onerosidad de una determinada carga que se impone sobre la propiedad hay que considerar también el costo que tendría para el bienestar general no adoptar esa regulación. Ver Hale, Robert, “Value and Vested Rights”, en *Columbia Law Review*, Vol. 27, 1927, p. 529.

52 Un completo listado de estrategias para lidiar con transiciones regulatorias en Rose, Carol, “Property Rights and Responsibilities”, en Chertow, Marian y Esty, Daniel (eds.), *Thinking Ecologically. The Next Generation of Environmental Policy*, (Yale University Press) 1997, p. 56; y una evaluación comparativa de los costos y beneficios de cada una de ellas en Kaplow, op. cit., pp. 582-583.

53 Para un análisis de los diversos tipos de *grandfathering*, ver Nash, *The Cathedral of Transitional Relief*, (inédito) p. 4.

54 Ver Hochman, Harold, “Rule Change and Transitional Equity” en Hochman, Harold y Peterson, George (eds.), *Redistribution Through Public Choice*, (Columbia University Press) 1974, p. 320; Epstein, Richard, “Beware of Legal Transitions: A Presumptive Vote for the Reliance Interest”, en *Journal of Contemporary Legal Issues*, Vol. 13, 2003, p.70.

lizan el fenómeno desde la perspectiva de la eficiencia postulan que el Estado no debiera intervenir; si lo hace, genera incentivos que llevarán a los agentes a tomar decisiones ineficientes.⁵⁵ Desde esta última perspectiva, en la medida que la intervención estatal puede generar malos incentivos, se establece una fuerte presunción en contra de ella en hipótesis de transiciones regulatorias. Esta última postura ha resultado ser más persuasiva, pero, en los últimos años –en que la crisis financiera ha demostrado que la intervención del Estado ante hipótesis de riesgo no solo va en apoyo de los inversionistas, sino también de sus trabajadores y los consumidores–ha ido perdiendo fuerza.⁵⁶

Más allá de estas consideraciones, la experiencia demuestra que cuando se dan transiciones regulatorias el Estado suele intervenir para mitigar las pérdidas de aquellos que se ven afectados.⁵⁷ Más aun, en la mayoría de los casos, tal como sucede en la nueva Ley de Pesca, esa intervención es la peor desde la perspectiva de los incentivos: inmunizar totalmente las decisiones de inversión adoptadas antes de la aplicación del nuevo marco regulatorio. No es difícil entender porqué este es el caso: como señala Levmore, aquellos que pueden verse afectados en caso que se apruebe la modificación no van a permitir que esta se introduzca a menos que haya intervención para mitigar sus pérdidas.⁵⁸ Así, el otorgamiento de esta mitigación suele ser utilizado como un mecanismo de negociación en el proceso de aprobación de la reforma.⁵⁹ Es por ello que Revesz y Westfahl Kong, en vez de llamar a no efectuar esta intervención mitigatoria, centran su atención en hasta dónde puede llegar sin generar ineficiencias.⁶⁰ Ahora bien, ambas cosas, cuánto puede ser utilizado como mecanismo de negociación el otorgamiento de mitigación y hasta dón-

55 Kaplow, op. cit., pp. 527-533; Blume, Lawrence y Rubinfeld, Daniel, “Compensation for Takings: An Economic Analysis”, en *California Law Review*, Vol. 72, 1984, pp. 590-594.

56 Ver Nash, “Allocation and Uncertainty: Strategic Responses to Environmental. Grandfathering”, en *Ecology Law Quarterly*, Vol. 36, 2009, p. 834.

57 En Chile, por ejemplo, cuando se estableció por primera vez el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, al aprobarse la Ley sobre Bases Generales del Medio Ambiente, se decidió eximir a los proyectos en operación de su aplicación en tanto no realizaran alguna modificación. Lo mismo sucedió con la Ley 20.017, que reformó el Código de Aguas, con la exigencia de un caudal mínimo ecológico, la cual solo se estableció para las solicitudes de derechos de agua que se hicieran con posterioridad a la entrada en vigencia de esa Ley.

58 Ver Levmore, Saul, “Changes, Anticipations, and Reparations”, en *Columbia Law Review*, Vol. 99, 1999, p. 1665.

59 Ver Huber, Bruce, “Transition Policy in Environmental Law”, en *Harvard Environmental Law Review*, Vol. 35, 2011, p. 91.

60 Revesz, Richard y Westfahl Kong, Allison, “Regulatory Change and Optimal Transition Relief”, en *Northwestern University Law Review*, Vol. 105, 2011, p. 1626.

de llega esta, dependen de las reglas de decisión a las que se encuentra sujeto el órgano que debe gestionar la respectiva transición regulatoria.⁶¹ Por ello, para entender la nueva Ley de Pesca, es importante referirse a las restricciones institucionales que inciden sobre el manejo de transiciones regulatorias en nuestro ordenamiento jurídico.

Para efectos de claridad argumentativa, distinguiré entre restricciones institucionales de carácter procedimental y aquellas sustantivas, sin perjuicio que en la mayoría de los casos ambas se mezclan. Dentro de las primeras, aquellas que tiene una mayor incidencia son el derecho de propiedad, consagrado en el artículo 19 N° 24 CPR y la libertad para adquirir toda clase de bienes, que garantiza el artículo 19 N° 23. La primera disposición fija un límite de contornos difusos –la esencia del derecho de propiedad– a la posibilidad que el legislador, al modificar un esquema regulatorio, afecte los derechos de propiedad existentes. Alguna jurisprudencia ha estimado que, en caso que la limitación que establezca el legislador traspase ese límite, corresponde indemnizar al propietario afectado.⁶² No es este, sin embargo, el principal efecto que este derecho fundamental produce sobre las eventuales modificaciones regulatorias. Como lo demuestra la revisión de la historia legislativa de varios proyectos de ley en materia de recursos naturales,⁶³ este derecho es frecuentemente invocado no solamente para obtener una compensación en caso que la modificación se apruebe, sino también para bloquear esa modificación, ya sea a través de una intervención posterior del Tribunal Constitucional que declare la disposición en cuestión inconstitucional o bien para elevar los costos económicos de llevar a cabo la reforma, tornándola, justamente por la necesidad de pagar indemnización, demasiado onerosa para ser aprobada.

El artículo 19 N° 23 CPR es uno de los mayores obstáculos que debe remontar una modificación legal en materia de recursos naturales, sobretudo si se interpreta como hizo el Tribunal Constitucional en 1990, al controlar el

61 Para un interesante análisis del efecto de las reglas de decisión colectiva sobre la modificación de los derechos de propiedad, ver Wyman, Katryna, “From Fur to Fish: Reconsidering the Evolution of Private Property”, en *NYU Law Review*, Vol. 80, 2005. Para el análisis de las reglas de decisión que sujetos racionales adoptarían para cada materia, ver Buchanan, James y Tullock, Gordon, *The Calculus of Consent*, (University of Michigan Press) 1962.

62 El caso emblemático es Comunidad Galletué con Fisco, Corte Suprema, Rol 16743-1984, sentencia de fecha 7 de agosto de 1984.

63 Véase la historia legislativa de las aludidas Leyes 19.079 y 19.080 y la de la Ley 20.050 (Reforma al Código de Aguas), ambas disponibles en <http://www.bcn.cl/histley/historias-de-la-ley-ordenadas-por-numero>.

proyecto de Ley de Pesca.⁶⁴ Esa disposición, al interpretarse de esta forma, eleva el costo de introducir modificaciones que busquen limitar el acceso a un recurso natural; salvo, por cierto, que esa modificación diga relación con alguna de las categorías de bienes que la propia disposición exceptúa de su aplicación.⁶⁵ Si este no es el caso, la aludida modificación solo puede ser aprobada a través de una Ley de Quórum Calificado. Esto es sumamente problemático en materia de recursos naturales; tal como la experiencia de la Ley de Pesca demuestra, traspasada la capacidad de carga de un determinado recurso, este se congestiona y no queda otra alternativa que limitar el acceso al mismo.⁶⁶ Sin embargo, como esa determinación puede limitar, a su vez, la libertad para adquirir toda clase de bienes, solo puede ser aprobada en tanto se reúna el quórum propio de una Ley de Quórum Calificado. De esta manera, ante estas exigencias, no son alentadoras las noticias para la utilización de esta técnica tan necesaria en algunas instancias; el quórum requerido –cada voto adicional hace la diferencia para la aprobación de un proyecto de ley– hace probable que la reforma sea bloqueada o que, en caso que resultar aprobada, lo sea en términos tales que logre concitar altos niveles de consenso, para lo cual necesariamente tendrá que minimizar sus efectos sobre los beneficiados por el status quo.

Como sugiere el análisis precedente, los temas procedimentales son relevantes para el manejo de transiciones regulatorias. En materia de recursos naturales las cosas no son distintas de lo que sucede con la generalidad de las materias en el proceso legislativo en Chile: la Constitución Política entrega a la minoría mecanismos que, en los hechos, le otorgan poder de veto en la discusión de los proyectos de ley. Existe una abundante literatura sobre este punto.⁶⁷ Como sugieren Couso y Coddou, al sistema binominal –que subsidia a la minoría en la obtención de escaños en el Parlamento–, se le agregan las leyes de quórum especial, como en este caso una Ley de Quórum Calificado, para hacer obligatoria la negociación con la minoría al discutir una modificación

64 Ver Tribunal Constitucional, Rol 115-1990, sentencia de fecha 3 de diciembre de 1990 (determinando que se requiere una Ley de Quórum Calificado para limitar el acceso a los recursos pesqueros).

65 Estos son las cosas que la naturaleza ha hecho comunes a todos los hombres y los bienes nacionales de uso público.

66 Para un argumento más elaborado sobre este punto, ver Rose, Carol, “Property and Expropriation: Themes and Variations in American Law”, en *Utah Law Review*, Vol. 1, 2000, p. 19.

67 Atria, Fernando, “Participación y alienación política: El problema constitucional”, en Fuentes, Claudio (ed.), *En el nombre del pueblo: Debate sobre el cambio constitucional en Chile*, 2010, pp. 173-178.

legislativa.⁶⁸ Más aun, formulando un requerimiento ante el Tribunal Constitucional, una muy pequeña minoría puede lograr que una disposición que no sea de su agrado sea eliminada de un proyecto de ley –a través de una declaración de inconstitucionalidad– o elevar los costos de la aprobación de una reforma, como hizo el Tribunal Constitucional cuando controló, en 1990, el proyecto de ley de pesca, al determinar que una limitación al libre acceso a los recursos pesqueros solo podía ser establecida a través de una Ley de Quórum Calificado.⁶⁹ Como es evidente, un gobierno que quiera lograr la aprobación de un proyecto de ley buscará por todos los medios evitar que se presente un requerimiento que pueda amagar el cumplimiento de ese objetivo.⁷⁰

Así las cosas, cuando se aplican al contexto chileno, las palabras de Levmore a las que se hizo alusión cobran mucho sentido: a menos que el Estado intervenga para mitigar los potenciales efectos desfavorables de una reforma, aquellos que los van a sufrir no permitirán su aprobación.⁷¹ Como se ha argumentado, las reglas del juego están hechas para que ese sea el resultado final. En efecto, para lograr la aprobación de una reforma, el Estado deberá lidiar con la sobrerrepresentación de la minoría que el sistema binominal determina, además de negociar para obtener los especiales quórum de aprobación que la norma constitucional requiere y tener especial cuidado de que los parlamentarios que representan intereses de potenciales perdedores no formulen un requerimiento ante el Tribunal Constitucional. De esta forma, la única estrategia viable para lidiar con una transición regulatoria es aquella que logre ser inmune a toda esta serie de vetos que establece la Constitución Política. El gobierno utilizó una estrategia de esta naturaleza para lograr la aprobación de la Ley de Pesca.

Obviamente, en un sistema presidencialista como el chileno, existe un

68 Couso, Javier y Coddou, Alberto, “Las asignaturas pendientes de la reforma constitucional chilena”, en Fuentes (ed.), op. cit., p. 145.

69 Aun cuando, luego de la decisión del Tribunal Constitucional en el requerimiento formulado en contra del proyecto de ley de reforma al Código de Aguas, esta interpretación solo tendría cabida allí donde, antes de la modificación legislativa, existe propiedad susceptible de ser apropiada. En otras palabras, la aludida interpretación no aplica para aquellas hipótesis en donde la propiedad se origina en un acto de la autoridad, como sucede en materia de aguas, con el otorgamiento de un derecho de aprovechamiento de aguas. Ver Tribunal Constitucional, Rol 260-1997, sentencia de fecha 1 de octubre de 1997.

70 Este argumento ha sido elaborado por Stone Sweet, en un estudio de los efectos del control preventivo sobre el proceso legislativo en Francia. Su argumento consiste en que la existencia de control preventivo induce la autolimitación de quienes apoyan la reforma; vale decir, estos últimos no llegan tan lejos como quisieran en la propuesta de reforma para evitar que sea impugnada por la oposición ante el Consejo Constitucional. Ver Stone Sweet, Alec, “Rules, Dispute Resolution and Strategic Behavior”, en *Journal of Theoretical Politics*, 1998, pp. 331-334.

71 Ver Levmore, op. cit., p. 1665.

mecanismo para contrarrestar el poder de veto del Congreso: el poder de determinar la agenda o de “agenda-setting” del Ejecutivo, aquel que tiene el Ejecutivo para decidir qué se discute y cuándo. En términos constitucionales, lo primero se manifiesta en las facultades de iniciativa exclusiva que detenta el Ejecutivo. Lo segundo, en tanto, se materializa en su facultad exclusiva de determinar el tipo de urgencia con que se va a discutir un proyecto. Estas facultades le permiten al Presidente forzar el asunto a ser discutido y el momento en que esto debe ser hecho. Estas atribuciones logran contrarrestar en cierta medida los poderes de veto que la Constitución entrega al Congreso.⁷² Sin embargo, por una razón que explicaré a continuación, ello no sucedió en la discusión de la nueva Ley de Pesca, lo que permitió que las minorías organizadas, a las cuales este sistema de vetos empoderan, extrajeran rentas de una mayoría cuyos intereses no fueron adecuadamente representados en el proceso legislativo.

Como hemos señalado, las sucesivas modificaciones introducidas en el sector pesquero desde 2000 tuvieron todas un carácter transitorio. La última de ellas, efectuada por la Ley 19.849, prorrogó la vigencia del límite máximo de captura por armador por 10 años, plazo que vencía el 31 de diciembre del 2012. Esto resulta determinante para entender las condiciones en que se discutió la nueva Ley de Pesca: en caso que no fuera aprobada antes de esa fecha, se volvía a la “carrera olímpica”, permitida por la regulación establecida en las Leyes 19.079 y 19.080. Esta particular línea de base impulsó la utilización de los poderes de agenda-setting del Ejecutivo.⁷³ A diferencia de lo que ocurre en la generalidad de las hipótesis –en que, de no aprobarse una reforma, se mantiene el estado de cosas–, el rechazo implicaba retrotraerse a un estado bastante peor que aquel existente al momento de discutirse la reforma.

Vistas así las cosas, no es difícil explicar el resultado final del proceso. Se debe tomar en consideración que el proyecto de ley solo se introdujo a la discusión legislativa en diciembre de 2011; el gobierno solo contaba con 13 meses

72 La elaboración original de este modelo y los casos que la sustentan en Por todos, Aninat, Cristobal, “The Political Economy of Productivity: The Case of Chile”, en *Interamerican Development Bank Working Paper Series*, N° IDB-WP-105, 2010, pp. 18-21.

73 La literatura estadounidense sobre análisis positivo de la teoría política denomina a esta línea de base, aquella que rige en caso que no se apruebe el proyecto de ley, la política reversa, *reversionary policy*. Por regla general, allí donde la política reversa no es la mantención del status quo sino la inexistencia de un marco legal, como ocurre en Estados Unidos con las leyes de presupuesto, el efecto sobre el debate legislativo del poder de *agenda-setting* aumenta. Ver MacCubbins, Matthew, “The Political Economy of Law”, en SIEPR Discussion Paper N° 04-35, 2005, pp. 57-58. El caso de la Ley de Pesca es, con todo, distinto; si no se hubiese aprobado, no hubiera habido inexistencia de un marco legal para la pesca, sino uno que era derechamente nefasto para el Estado.

para lograr la aprobación del proyecto. Ante este escenario, utilizó la estrategia de gestión de la transición regulatoria que maximizaba la posibilidad de que la reforma fuera aprobada en ese plazo: inmunizar a los beneficiados por el status quo de los efectos más drásticos que podía tener la reforma sobre su patrimonio. Nótese que, si se lograba la aprobación del proyecto, el Ejecutivo cumplía su principal objetivo: evitar el retorno a la “carrera olímpica”.⁷⁴ Desde esta perspectiva, en lo que a asignación de cuotas se refiere, se dio un alineamiento de los intereses de los regulados con aquellos del gobierno. Con la mantención del sistema de asignación de cuotas y de los costos que el mismo les irrogaría, los regulados se mantenían, a lo menos, en el mismo pie que antes de la reforma. Por su parte, en lo que respecta al gobierno, regalar las cuotas equivalía a un mal menor en comparación con lo que hubiera supuesto el regreso a la “carrera olímpica”. Fue así, entonces, como una minoría organizada logró hacerse de rentas que pertenecían a la difusa e inadecuadamente representada mayoría.

Epílogo: ¿Cómo evitar los regalos regulatorios?

La constitucionalidad de esta problemática Ley de Pesca fue escrutada por el Tribunal Constitucional en el fallo Rol 2386. La mayoría del Tribunal estimó que, en lo que a asignación de cuotas se refiere, el proyecto no presentaba problema de constitucionalidad alguno. Hubo, sin embargo, una minoría de tres Ministros que estimó lo contrario:⁷⁵ que la manera en que se asignaron las cuotas entregaba a los beneficiarios un privilegio arbitrario. Esta minoría recalcó que la Ley entrega las cuotas de manera gratuita a los mismos que las tuvieron los últimos doce años, por otros cuarenta años, al cabo de los cuales la totalidad de las cuotas serán asignadas mediante licitación. La disidencia consideró que esos cuarenta años que la Ley otorga a los actuales titulares de autorizaciones de pesca para seguir operando bajo las mismas reglas del juego actuales son un período de transición exorbitante.⁷⁶

En el criterio de la minoría, se trata de un privilegio arbitrario que la nueva Ley de Pesca otorga a un grupo de privados.⁷⁷ Detrás de ese juicio hay una intuición interesante: los regalos regulatorios –si se dan ciertos supuestos– pue-

74 Esto explica la convocatoria a la “Mesa Pesquera”, a la cual se alude en la nota 5.

75 Estos Ministros son: Carlos Carmona, Francisco Fernández y Gonzalo García.

76 Ver Tribunal Constitucional, Rol 2386-2012, sentencia de fecha 23 de enero de 2013, considerando 18.

77 *Ibíd.*, considerando 30.

den constituir un privilegio arbitrario que vulnera la igualdad ante la ley y, por lo tanto, son susceptibles de ser declarados inconstitucionales. Estimamos que no es un criterio conveniente, que su aplicación puede ser problemática.⁷⁸ La razón de ello es que puede implementarse de manera sobre inclusiva, esto es, estimando como privilegios arbitrarios situaciones que no lo son. En esta materia, como casi siempre sucede, el filo de la navaja corta para los dos lados: si aceptamos que el Tribunal Constitucional pueda enjuiciar la constitucionalidad de la regulación económica, no solo va a poder declarar la inconstitucionalidad de aquella que otorgue un privilegio o beneficio arbitrario; también podrá estimar que una carga es arbitraria y, por tanto, inconstitucional.

Esto se vincula directamente con mi conclusión. La mejor forma de hacerse cargo de los regalos regulatorios no es a través de la jurisdicción constitucional sino que por medio de la deliberación legislativa. Para que ello sea posible, claro está, las reglas que estructuran el debate legislativo no deben estar sistemáticamente sesgadas en favor de las minorías. Una adecuada gestión legislativa de las transiciones regulatorias requiere de un proceso legislativo libre de esos vetos que hoy lo hacen actuar sesgadamente: el sistema binominal, las leyes de quórum y el control preventivo del Tribunal Constitucional. En términos de Fernando Atria, lo que se requiere para que los intereses de la mayoría sean adecuadamente representados en la gestión legislativa de una transición regulatoria es que nuestro proceso político deje de estar intervenido por la heteronomía.⁷⁹

78 Nótese el parecido de este escrutinio estricto sobre la asignación de las cuotas de pesca con la propuesta de Sax, *op. cit.*

79 Atria, *op. cit.*, p. 173.