



UNIVERSITAT DE
BARCELONA

La transferencia de los derechos de pesca. Una mirada comparativa de la normativa de la Unión Europea, de España y Chile

Maximiliano Astorga Beltrán

Tutor: Doctor Andreu Olesti Rayo

Junio de 2018

Trabajo Final de Máster

Máster de Estudios Jurídicos Avanzados

Facultad de Derecho. Universidad de Barcelona

ÍNDICE

Índice	i
Lista de abreviaturas y siglas.....	iii
Abstract.....	iv
Introducción.....	1
CAPÍTULO I: MARCO TEÓRICO.....	7
1. Los derechos de uso pesquero	7
2. Importancia de los derechos de uso en la ordenación pesquera	8
3. Tipos de derechos de uso pesquero	9
4. Las cuotas de pesca.....	10
5. La transferencia de las cuotas de pesca	12
CAPÍTULO II. LA TRANSFERENCIA DE LOS DERECHOS DE PESCA EN LA UNIÓN EUROPEA Y, EN PARTICULAR, EN LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA	14
1. Origen y evolución de la normativa de la Unión Europea	14
2. La competencia de la Unión Europea en materia pesquera.....	16
3. El sistema de concesiones transferibles de pesca en la PCC.....	18
4. Las cesiones de posibilidades de pesca en España	20
4.1. CIT para las aguas de la Comisión de Pesca del Atlántico Nordeste	22
4.2. CIT en la pesca con el arte de palangre de superficie para la captura de especies altamente migratorias	25
4.3. CIT en la pesquería de atún rojo.....	26
4.4. Sistema de licencias limitadas en la pesquería de mariscos	27
CAPÍTULO III. LA TRANSFERENCIA DE LOS DERECHOS DE PESCA EN CHILE.....	30
1. Origen y evolución de la normativa chilena	30
2. Tipos de derechos de pesca en la regulación chilena	33
2.1. Licencias Transables de Pesca.....	34
2.2. Régimen Artesanal de Extracción	35
2.3. Permisos extraordinarios de pesca.....	37

CAPÍTULO IV. EVALUACIÓN CRÍTICA DE LOS DERECHOS DE PESCA DE ESPAÑA Y CHILE, EN CUANTO A SU TRANSFERIBILIDAD	39
1. Eficacia	39
2. Movilidad de los pescadores.....	41
3. Cohesión social.....	42
4. Concentración de derechos.....	44
Conclusiones.....	45
Bibliografía.....	47
1. Monografías.....	47
2. Arts. en revistas especializadas y contribuciones en obras colectivas	47
3. Normativa internacional	49
4. Legislación española.....	49
5. Legislación chilena	50
6. Jurisprudencia del TJUE.....	51
7. Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español.....	51

LISTA DE ABREVIATURAS Y SIGLAS

CIT:	Cuotas individuales transferibles
CGC:	Cuota global de captura
FAO:	Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura
LGPA:	Ley General de Pesca y Acuicultura
LTP:	Licencia transable de pesca
NEAFC:	Comisión de Pesca del Atlántico Nordeste
PEP:	Permiso extraordinario de pesca
PPC:	Política pesquera común
RAE:	Régimen Artesanal de Extracción
TAC:	Totales admisibles de captura
TFUE:	Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea
UE:	Unión Europea
ZEE:	Zona económica exclusiva

ABSTRACT

El trabajo realiza un análisis comparado del sistema de transferencia de derechos de pesca que ha adoptado la Unión Europea -y en particular España- con la regulación vigente en Chile; sometiendo luego a cada uno de estos sistemas a asuntos claves relacionados con la eficacia, la movilidad de los pescadores, la cohesión social y la concentración de derechos, con el objeto de verificar si dichas regulaciones velan porque no se vean perjudicados terceros personas y no se produzcan situaciones de monopolio u oligopolio al momento de efectuar la transferencia de los derechos de pesca.

Palabras clave: derechos de pesca; cuotas individuales de pesca; transferencia de derechos pesqueros.

INTRODUCCIÓN

La pesca ha sido desde la antigüedad una fuente importante de alimentos para la humanidad y de beneficios económicos para quienes se dedican a dicha actividad¹. Sin embargo, con el aumento de los avances tecnológicos se ha constatado que aunque los recursos pesqueros son renovables, no son infinitos y “es necesaria una explotación sostenible para poder mantener su contribución al bienestar alimentario, económico y social de una población mundial en constante crecimiento” (CAMPAÑA DE OCÉANOS DE GREENPEACE 2010, 4). Pues los últimos informes elaborados por organismos internacionales coinciden en destacar el enorme potencial que tienen los océanos de contribuir a la seguridad alimentaria y la nutrición adecuada de una población mundial que se prevé alcance los 9.700 millones de habitantes en el año 2050 (FAO 2016, 4).

Ante una demanda creciente de recursos pesqueros, surgen las siguientes interrogantes: ¿Quién tiene derecho a pescar? ¿Cuánto pescado se puede capturar? Estas son algunas de las preguntas centrales en cualquier modelo de gestión pesquera, y la respuesta básica a éstas es el acceso libre, es decir, que pesca quien quiera y cuando quiera (ORTEGA CERDÁ 2013, 68). Pues desde sus orígenes, la humanidad ha visto en el mar el ejemplo más claro de un bien de propiedad universal que, trascendiendo el dominio individual, pertenece en común a todos los hombres. No obstante, ya hace tiempo se sabe que el acceso libre lleva fácilmente a la sobreexplotación².

Las interrogantes precedentes se pueden responder desde la perspectiva de los derechos de uso, esto es, “los derechos que tienen los pescadores o las comunidades pesqueras de usar los recursos pesqueros” (CHARLES 2005, 127). Y aunque existe una considerable diversidad entre los sistemas de derechos de uso, en general se pueden dividir en dos categorías principales: derechos de acceso, que autorizan la entrada a una pesquería o a un área de pesca específica (por ejemplo, restringiendo el número de embarcaciones a través de censos cerrados, o limitando las zonas donde se puede pescar); y derechos de

¹ La pesca se define como aquella actividad que se realiza para extraer pescado y/u otros organismos acuáticos. Puede realizarse en aguas continentales o marítimas. Este trabajo se centra en la pesca marítima.

² En efecto, a partir de 1970 diversas pesquerías del mundo comenzaron a enfrentarse con el problema denominado “tragedia de los comunes”, escenario en el cual cada usuario maximiza su beneficio personal, afectando los beneficios de los demás involucrados. Conforme la explotación aumenta, el recurso se reduce, por lo que el resultado es una tragedia en la que todos los usuarios explotan indiscriminadamente el recurso hasta agotarlo (HARDIN 1995, 6)

aprovechamiento (extracción), que típicamente involucran el derecho a una cantidad específica de esfuerzo de pesca (por ejemplo, pescar durante un período de tiempo específico o con cierta cantidad de equipo) o el derecho a aprovechar una captura específica (a través del establecimiento de cuotas de captura o mecanismos similares) (ORTEGA CERDÁ 2013, 68).

Lógicamente, ante un recurso pesquero limitado, los pescadores tienden a restringir el acceso a otros potenciales interesados para repartirse entre ellos el recurso disponible. En efecto, históricamente en muchas zonas costeras del mundo se desarrollaron organizaciones pesqueras que facilitaban la tecnología necesaria y al mismo tiempo realizaban una gestión conjunta de la pesca local, limitando también el acceso a la misma a sus miembros, mucho antes de que el Estado comenzara a intervenir en la planificación de la gestión de los recursos. Estas prácticas de gestión comunal fueron progresivamente abandonadas conforme los Estados fueron aumentando su intervención en la gestión pesquera, pasando estos a decidir quién tiene derecho a acceder a la pesca y quién no, a través de una compleja reglamentación.

En definitiva, una vez que los Estados comenzaron a asignar los derechos de uso, existe todavía la cuestión medular de si estos deberían ser transferibles. En otras palabras: ¿Se pueden comprar y vender los derechos de uso pesquero? ¿Se pueden traspasar dentro de una familia de una generación a la siguiente, o pueden ser transferidos temporalmente a otro pescador en una temporada de pesca? En las últimas décadas ha aumentado la presión para privilegiar entre todas las alternativas posibles una de ellas: la gestión a través de las llamadas cuotas individuales transferibles. Estos sistemas “funcionan a través de la asignación a cada embarcación –de manera individual– del derecho a pescar una cantidad determinada de recursos, permitiendo explícitamente en la mayoría de los casos, y en cualquier caso implícitamente, la compraventa de los derechos, así como el alquiler o venta temporal de los mismos” (ORTEGA CERDÁ 2013, 69).

Llegado a este punto, es posible señalar que se pueden usar varios enfoques respecto a la transferencia de los derechos de pesca. No obstante, es menester tener presente que las poblaciones de peces se distribuyen en determinadas áreas de los mares y océanos, sin entender de fronteras políticas. Es biológicamente imposible pretender la gestión de una parte del conjunto de la población, sin contar con el apoyo del resto de los Estados que mantienen entre sí estrechas interacciones. Este rasgo supraestatal se ha acentuado en la

actualidad con la Política Pesquera Común (en adelante “PPC”) de la Unión Europea, cuyo contenido se ha redefinido a partir del año 1983.

Pero la amplitud y variedad de los aspectos de la mencionada política, genera también una gama variable y flexible de técnicas jurídicas que se refieren a las distintas fases del proceso económico pesquero, a su impacto social y a su relación con el medio ambiente. En lo que dice relación con la transferencia de cuotas de pesca, la PPC contempla un amplio margen para que los Estados miembros de la Unión Europea (en adelante “UE”) puedan desarrollar sus propios sistemas, los cuales, en definitiva, están en función de las distintas y heterogéneas circunstancias sociales, económicas y territoriales (GONZÁLEZ LAXE 2004, 238).

Por lo tanto, pese a su vocación universalista, la regulación de los derechos transferibles de pesca sigue siendo una actividad que está sustancialmente estatizada. En efecto, los distintos regímenes jurídicos nacionales presentan peculiaridades propias en cuanto a la organización administrativa de las actuaciones públicas, en función de la inercia histórica o del modelo de distribución territorial de la soberanía. En lo demás, las diferencias son menores y dependen de la mayor o menor modernidad de los ordenamientos respectivos y del nivel de desarrollo económico (MARTÍN MATEO 1997, 223).

A partir de este margen de competencia que otorga la UE a los Estados miembros, este trabajo pretende efectuar un análisis del sistema que ha adoptado la Unión, y en particular España, en lo referente a los derechos transferibles de pesca, comparándolo con el sistema vigente en Chile. La elección de España se debe a la tradición e importancia de su flota pesquera, y a la existencia de comunidades altamente dependientes de dichas actividades, configurando un subsector económico de gran importancia en el conjunto de su economía. En efecto, según datos de la Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura (en adelante “FAO”), España es el 18° productor mundial de pesca de captura en aguas marinas, con un total 1,1 millones de toneladas capturadas, siendo el mayor productor de la UE y el tercero en importancia en Europa (por detrás de la Federación de Rusia y Noruega) (FAO 2016, 10).

Por su parte, Chile ocupa el 11° lugar en la producción mundial de pesca de captura en aguas marinas, con un total de 2,1 millones de toneladas, siendo el tercer país de América

(después de Estados Unidos y Perú) en importancia (FAO 2016, 11)³. Lo anterior se debe principalmente a que Chile tiene una posición geográfica privilegiada, pues presenta un extenso borde costero con dos ecosistemas de gran productividad (la Corriente de Humboldt y el sistema de fiordos con canales sur australes). Por otro lado, la actividad pesquera constituye a nivel nacional el 2% de la fuerza laboral, con alrededor de 145 mil empleos de manera directa e indirecta. De ahí que Chile se encuentre en el sexto puesto de los principales países exportadores de pescado, alcanzado el año 2014 las exportaciones un volumen de 1,3 millones de toneladas con un valor total de USD 6.164.871 (FOB), alcanzando un 7% del total generado por las exportaciones a nivel nacional (KORNBLUM 2016, 14).

En definitiva, el presente trabajo pretende efectuar un análisis comparado del sistema de transferencia de derechos de pesca vigente en Chile y España, sometiendo a cada uno de estos sistemas a asuntos claves relacionados con la eficacia, la movilidad de la pesquería, la cohesión social y la concentración de derechos. El interés de esta micro-comparación es evidente cuando se trata de Derechos que pertenecen a la misma familia jurídica, pues hay razones para esperar que del estudio del Derecho extranjero (español) se deduzcan posibles perfeccionamientos para el Derecho nacional (chileno) (DAVID 1969, 14).

Dicho lo anterior, cabe señalar que toda investigación en el ámbito del Derecho comparado comienza con el planteamiento de una pregunta o la definición de una hipótesis de trabajo. Con frecuencia, “es un sentimiento de insatisfacción con las soluciones que aporta el propio sistema lo que impele al investigador a preguntarse si otros sistemas jurídicos no han producido algo mejor. A la inversa, puede ser un interés puro y desinteresado en los sistemas jurídicos extranjeros lo que engendre la crítica al propio derecho y, de tal forma, produzca la idea o hipótesis de trabajo” (ZWEIGERT Y KÖTZ 2002, 38).

Ahora bien, la pregunta a la que ha de consagrarse cualquier estudio comparativo debe plantearse en términos puramente funcionales, hay que definir el problema sin hacer referencia a los conceptos contenidos en el propio sistema jurídico. Así, en vez de preguntarse ¿Cómo regula la Unión Europea –y en particular el Derecho español- y el

³ El total mundial de la producción de pesca de captura en aguas marinas, en el año 2014, fue de 81,5 millones de toneladas. China es el principal productor (14,8 millones de toneladas), seguida de Indonesia (6 millones), los Estados Unidos de América (4,9 millones) y la Federación de Rusia (4 millones).

Derecho chileno la transferencia de las cuotas de pesca? La pregunta en esta investigación apunta por determinar ¿Cómo el Derecho español y el Derecho chileno satisfacen el deseo de los pescadores de transferir sus derechos de pesca, sin que se produzcan repercusiones sociales y económicas derivadas de dicha regulación?

Para responder a esta interrogante, es menester despejar, en primer lugar, qué es lo que se entiende por “derechos de pesca”. Una vez aclarado dicho concepto, es necesario efectuar un informe del sistema vigente tanto en España como en Chile, pues “el proceso propiamente comparativo comienza sólo cuando se han concluido los informes respecto de los diferentes sistemas legales” (ZWEIGERT Y KÖTZ 2002, 48).

El análisis comparativo revelará las diferencias entre las soluciones propuestas por el sistema jurídico chileno y el español. Sin embargo, no es mucho lo que se gana con mencionar las similitudes y divergencias existentes, pues ello equivale a repetir, de forma más precisa, lo que contienen los informes de cada jurisdicción. Por tal razón, luego de concluir el análisis de cada uno de los sistemas, se realizará una evaluación crítica de lo que se descubrió. La conclusión a la que frecuentemente llega el comparatista es que “los distintos sistemas jurídicos prescriben soluciones idénticas o muy similares, aún en los detalles, a los mismos problemas de la vida, pese a significativas diferencias en historia, estructura conceptual y estilo de operación” (ZWEIGERT Y KÖTZ 2002, 44). Sin embargo, en ocasiones una de las soluciones parecerá “mejor” o “peor” (en lo referente a las repercusiones sociales y económicas) y, con frecuencia, se detectará una clara superioridad en una de ellas.

En base a lo anterior, la hipótesis de esta investigación se puede resumir en lo siguiente: el Derecho español satisface de mejor manera los deseos de los armadores individuales o, en su caso, de las entidades asociativas, de transferir sus derechos de pesca, toda vez que –a diferencia del sistema chileno– vela porque no se vean perjudicados terceras personas y no se produzcan situaciones de monopolio u oligopolio en el sector pesquero. La hipótesis surge luego de identificar en la legislación de la UE y en la normativa española, un marco regulador de la transferencia de los derechos pesqueros que se somete a un procedimiento estricto, sujeto a determinados criterios, minimizando con ello las repercusiones sociales y económicas derivadas de las cesiones.

Ahora bien, es a través de la metodología que los estudios jurídicos comparativos pueden presentar una perspectiva nueva, o al menos diferente, con respecto a la disciplina del Derecho. De ahí que la perspectiva metodológica de este trabajo se enmarca dentro de

una estrategia de tipo cualitativa, en razón del interés por el sentido y alcance del sistema de transferencia de derechos de pesca vigente tanto en España como en Chile.

Por otro lado, cabe señalar que el tipo de investigación que se lleva a cabo es de carácter no experimental, concretamente una investigación de tipo descriptiva. Pues los estudios descriptivos buscan especificar las propiedades importantes de personas, grupos, comunidades o cualquier otro fenómeno que sea sometido a análisis (VALLES MARTÍNEZ 1999, 87), y para el caso de esta investigación, se busca especificar las propiedades del sistema jurídico español y chileno en lo tocante a la transferencia de las cuotas de pesca. En efecto, tal como se señaló, el proceso propiamente comparativo comienza sólo cuando se han concluido los informes describiendo los diferentes sistemas legales.

Por otra parte, cabe indicar que este trabajo presenta características exploratorias, dado que un análisis comparado del sistema de transferencia de derechos de pesca de Chile y España, no es un tema que haya sido abordado con anterioridad. Sobre todo si se tiene en cuenta que ambos sistemas han sufrido recientes e importantes modificaciones legislativas (2013 y 2017, respectivamente).

Finalmente, como se afirmó arriba, el tipo de investigación que se llevará a cabo es de carácter no experimental –pues se trata de un trabajo con alcances descriptivos– por tanto, hasta donde fue posible, se formuló una hipótesis de investigación y una relación estadística entre variables. En efecto, este trabajo sólo pretende ver la relación entre la regulación de la transferencia de los derechos de pesca (variable independiente) y las repercusiones sociales y económicas derivadas de dicha regulación (variable dependiente).

En definitiva, la regulación de los sistemas de transferencia de derechos de pesca español y chileno, representan los tratamientos o condiciones que se controlarán para probar sus efectos sobre algún resultado. Así, la variable independiente (regulación chilena y española) se manipulará en el curso de esta investigación, a fin de entender los efectos de tal manipulación sobre la variable dependiente (repercusiones sociales y económicas).

CAPÍTULO I: MARCO TEÓRICO

1. LOS DERECHOS DE USO PESQUERO

Antes de entrar en el análisis de la normativa de la UE, y de la legislación española y chilena, es menester hacer una breve aproximación de lo que son los derechos de uso pesquero. Pues dentro de un proceso comparativo, es necesario crear una sintaxis y un vocabulario especiales, los cuales “deben contar con la virtud de la flexibilidad, así como contener conceptos lo suficientemente amplios como para abarcar el heterogéneo conjunto de instituciones legales que pueden compararse desde una perspectiva funcional” (ZWEIGERT Y KÖTZ 2002, 49).

El hecho de que la actividad pesquera se base en la explotación de recursos vivos renovables, confiere a la correcta regulación de los mismos una importancia preponderante sobre el resto de los aspectos de la política pesquera (IBÁÑEZ DE LA CALLE, BECERRA PÉREZ Y BRACHET BARRO 2004, 35). Al respecto, es posible señalar que existen diversas formas de regular los recursos pesqueros, las cuales tratan una variedad de asuntos, tales como: ¿Quién puede pescar? ¿Dónde se permite pescar? ¿Cuánto equipo de pesca se puede usar? ¿Cuánto pescado se puede capturar?

Por tanto, los derechos de uso pesquero se establecen para especificar quién participará en la utilización del recurso, haciendo así más efectiva la ordenación y más probable la conservación. Y cuando los recursos pesqueros se administran “restringiendo quién puede tener acceso a pescar, cuánta actividad pesquera pueden ejercer los participantes individuales (esfuerzo de pesca) o cuánta captura puede tener cada uno, se dice que éstos tienen derechos de uso” (CHARLES 2005, 127). En definitiva, los derechos de uso pesquero, son los derechos que tienen los pescadores o las comunidades pesqueras de usar los recursos pesqueros.

Es necesario aclarar que un pescador que tiene derechos de uso, tiene el derecho de acceso a los recursos, pero no es propietario del pescado en sí hasta que éste haya sido capturado. En consecuencia, los derechos de uso no implican propiedad del recurso mismo, pues los peces en el mar no le pertenecen a los pescadores hasta que sean capturados. Por ende, cabe preguntarse ¿quién es dueño de los peces mientras no han sido capturados? Tanto en los Estados miembros de la UE, como en los países de Latinoamérica, los peces que se encuentran en los océanos dentro de las Zona Económica Exclusiva (en adelante “ZEE”) de los Estados son propiedad de los ciudadanos de la nación (“propiedad estatal”),

y son administrados por parte del gobierno. En estos casos, los peces se convierten en propiedad privada cuando son capturados, pero continúan siendo propiedad estatal mientras estén en el mar.

En el ámbito de la pesca, aunque algunas Constituciones incluyeron entre los bienes de dominio público el mar territorial y los recursos naturales de la ZEE (como la Constitución Española en su artículo 132.2; no así la Constitución Política de la República de Chile), esta invocación es innecesaria para justificar la intervención estatal para ordenar los recursos pesqueros, pero sí tiene otra funcionalidad: “excluir a los no nacionales del disfrute de los contenidos económicos implicados” (MARTÍN MATEO 1997, 177).

2. IMPORTANCIA DE LOS DERECHOS DE USO EN LA ORDENACIÓN PESQUERA

Los derechos de uso pesquero ayudan en la ordenación al especificar y aclarar quiénes son los interesados en una pesquería en particular, además los ayuda –sean estos pescadores, organizaciones de pescadores, compañías pesqueras o comunidades pesqueras– al ofrecer alguna seguridad con respecto al acceso a las áreas de pesca, al uso de un conjunto permitido de insumos o al aprovechamiento de una cierta cantidad de pescado (CHARLES 2005, 129). Si los derechos de uso están bien establecidos, los pescadores saben quién puede tener acceso a los recursos pesqueros y quién no, cuánta pesca se le permite a cada uno y por cuánto tiempo son aplicables estos derechos.

De hecho, el Código de Conducta para la Pesca Responsable⁴, en su artículo 10.1.3., hace referencia a la importancia de los derechos de uso, al señalar que “Los Estados deberían, según proceda, elaborar marcos institucionales y jurídicos con el fin de determinar los posibles usos de los recursos costeros y regular el acceso a los mismos, teniendo en cuenta los derechos de las comunidades costeras de pescadores y sus prácticas habituales en la medida en que sean compatibles con el desarrollo sostenible”.

⁴ En el año 1995, 170 Estados miembros de la FAO (entre ellos Chile y España) aprobaron el Código de Conducta para la Pesca Responsable, código de carácter voluntario, no obligatorio, destinado a todos los que trabajan e intervienen en la pesca y la acuicultura, independientemente de si lo hacen en zonas continentales o en los océanos.

En definitiva, es posible señalar que los derechos de uso son importantes no sólo para resolver los problemas de acceso, sino también para ayudar a aclarar quién se ve afectado por la ordenación. Lo cual trae aparejado los siguientes beneficios:

- a) Cuando los derechos de uso están claros, los pescadores y las comunidades pesqueras pueden planificar mejor el aprovechamiento de los recursos y los usuarios pueden aumentar al máximo el valor de los resultados dentro de un marco conservacionista y adaptarse a las condiciones cambiantes.
- b) La ordenación pesquera puede identificar más fácilmente los tenedores de los derechos de uso como aquellos que deben satisfacer algunos requisitos de conservación. Esto implica el ajuste de los derechos de uso para promover (o favorecer) ciertos tipos de artes o prácticas de pesca.

En definitiva, los derechos de uso pesquero se establecen para especificar quién participará en la utilización del recurso, haciendo así más efectiva la ordenación y más probable la conservación.

3. TIPOS DE DERECHOS DE USO PESQUERO

Existen diversos tipos de derechos de uso pesquero, pudiendo distinguir básicamente dos enfoques al respecto:

- a) Derechos de acceso, que permiten al pescador tomar parte en una pesquería (entrada limitada) o a pescar en un sitio particular (derechos territoriales de uso en la pesca). Limitar la entrada es una herramienta común en la ordenación, donde los gobiernos emiten una serie de licencias de pesca, creando el derecho de participar en la pesquería (CHARLES 2005, 137). La limitación de entrada evita el ingreso de nuevas embarcaciones de pesca y/o pescadores, con el propósito de controlar el esfuerzo de pesca potencial (capacidad de flota). Si la limitación de entrada da resultado, este límite sobre el esfuerzo ayuda a conservar el recurso y genera ingresos más altos para los tenedores de licencias (es decir, los que tienen el derecho de uso).

Por su parte, los derechos territoriales de uso han sido aplicados ampliamente por comunidades indígenas para determinar, para cada miembro de la comunidad (sea un pescador o un grupo de pescadores), el sitio donde pueden tener acceso a los recursos

pesqueros. Así, por ejemplo, en Chile, mediante la Ley N° 20.249 del año 2008⁵, se crearon los espacios costeros marinos de los pueblos originarios, cuya administración es entregada a comunidades indígenas o asociaciones de ellas, cuyos integrantes han ejercido el uso consuetudinario de dicho espacio. En Europa también rige un sistema de derechos territoriales de uso en el mar territorial de los Estados miembros de la UE, el cual queda al margen del principio de igualdad en relación con el acceso de los buques pesqueros a las aguas sometidas a la jurisdicción de cualesquiera de dichos Estados, sin perjuicio del respeto de los derechos históricos (CASADO RAIGÓN 2009, 896); es decir, se reservan las doce primeras millas a los buques nacionales⁶.

- b) Derechos de aprovechamiento, que típicamente involucran límites cuantitativos (numéricos) sobre el uso del recurso, sea a través de limitaciones que atienden al esfuerzo pesquero (insumo) o mediante limitaciones a las capturas (producto). Los derechos de aprovechamiento relacionados con el esfuerzo pesquero (insumos), dicen relación con la capacidad de captura de una flota, pudiendo controlarse en este ámbito: el tiempo de pesca, el tamaño de la embarcación, el número de artes, o los atributos de las artes de pesca. Por su parte, las asignaciones de cuotas a pescadores individuales, compañías, cooperativas, comunidades, etc., para capturar una cantidad específica de pescado, son derechos de uso relacionados con los productos.

4. LAS CUOTAS DE PESCA

Tal como se señaló en el apartado precedente, uno de los mecanismos de ordenación pesquera es la gestión de los recursos basada en derechos, herramienta mediante la cual se puede asignar un derecho sobre cierto volumen de capturas (LOW IMPACT FISHERS OF EUROPE 2016, 1). Existen diferentes variaciones de derechos cuantitativos relacionados con las capturas. Así, siguiendo al autor Anthony CHARLES, es posible distinguir los siguientes:

⁵ Chile. Ley N° 20.249 de 2008, que Crea el Espacio Costero Marino de los Pueblos Originarios [en línea] <<https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=269291>> [Consultado: 10 mayo 2018].

⁶ En efecto, el considerando 19 del Reglamento (UE) N° 1380/2013, sobre la Política Pesquera Común, dispone que “Las normas vigentes que restringen el acceso a los recursos situados dentro de las zonas de 12 millas marinas de los Estados miembros han resultado satisfactorias, obrando en beneficio de la conservación al limitar el esfuerzo pesquero en las zonas más sensibles de las aguas de la Unión (...). Los Estados miembros deben esforzarse por ofrecer un acceso preferencial a la pesca a pequeña escala, artesanal y costera”. Lo anterior se encuentra ratificado en los artículos 5 y 20 del citado reglamento.

- a) El derecho puede pertenecer colectivamente a un sector que se dedica a pescar determinados recursos, y se divide entre embarcaciones pequeñas o grandes, pescadores que utilizan cañas o redes, etc., a través de una institución apropiada dentro de ese sector.
- b) Los derechos pueden ser asignados a las comunidades como “cuotas comunitarias”, de tal manera que los pescadores dentro de la comunidad se regulan a sí mismos, estableciendo planes adecuados de ordenación pesquera y dividiendo la cuota de acuerdo con la situación local, para aumentar al máximo los beneficios, reflejando explícitamente los valores y objetivos comunitarios.
- c) Los derechos de captura pueden ser asignados a pescadores individuales, mediante límites al número de viajes (otorgando el derecho a una cierta captura en cada viaje de pesca) en combinación con el derecho a un cierto número de viajes por año (asegurando así que no se exceda la cuota correspondiente).
- d) Los derechos de captura pueden asignarse a pescadores individuales anualmente como cuotas individuales, es decir, asignándoseles derechos de captura anual de una cierta porción del recurso pesquero. Estos se dan de dos maneras principales: las cuotas individuales transferibles (en adelante “CIT”), que son derechos de captura que pueden ser comprados y vendidos permanentemente entre los pescadores en un “mercado de cuotas”; mientras que las cuotas individuales no transferibles, son derechos que no son transferibles permanentemente. El impacto de la transferibilidad es lo que se analiza y discute en este trabajo.

En definitiva, las CIT son una forma de asignar derechos de pesca, en virtud del cual “los pescadores reciben un derecho o cuota individual exclusiva de acceso a la pesca, con el que se puede negociar (vender o arrendar)” (LOW IMPACT FISHERS OF EUROPE 2016, 2). Estas cuotas se asignan por un período determinado, a través de subastas o en función de la pesca histórica de cada embarcación, y otorgan al titular del derecho una cantidad fija de capturas de unas determinadas poblaciones de peces y –tal como se señaló– la capacidad de vender, comercializar o arrendar este derecho a terceras personas.

En principio, las CIT pueden ser revocadas por el Estado, aunque esto puede resultar complicado en la práctica, llegando a ser asignadas por periodos relativamente largos o incluso de forma indefinida. “Debido a su asignación a largo plazo y al hecho de que sean

negociables, las CIT se consideran un tipo de privatización de los derechos de pesca” (LOW IMPACT FISHERS OF EUROPE 2016, 2).

Finalmente, cabe indicar que no en todas las pesquerías del mundo puede instrumentarse el sistema de CIT, su éxito depende de las características sociales, políticas y económicas del país, así como de los aspectos biológicos de las especies afectadas. Este sistema se ha utilizado en diversos países que han enfrentado problemas de sobreexplotación de sus recursos. Tal es el caso de España y Chile.

5. LA TRANSFERENCIA DE LAS CUOTAS DE PESCA

Tal como se señaló, lo innovador del sistema de CIT es que incorpora las características de un derecho de propiedad y, por consiguiente, la capacidad de transferir, vender o rentar el derecho, lo que permite a los dueños administrar sus insumos y, en todo caso, decidir en qué momento pueden llevar a cabo su actividad con la certeza de que no se enfrentará a una “carrera” por el recurso (IBÁÑEZ DE LA CALLE, BECERRA PÉREZ Y BRACHET BARRO 2004, 34).

Este tema está relacionado con un enfoque de mercado, pues los asuntos relativos a quién participará en la pesquería y quién deberá recibir asignaciones de captura, son determinados por la compra y venta de derechos en el mercado. En otras palabras, el hecho de si se pueden comprar y vender los derechos, o si se pueden traspasar dentro de una familia de una generación a la siguiente, o si pueden ser transferidos temporalmente a otro pescador en una temporada de pesca, está estrechamente relacionado con el grado de injerencia del mercado en la asignación de los derechos de uso. Al respecto, la regulación pesquera puede optar por varios enfoques:

- a) Que los derechos no sean transferibles, y sólo puedan ser usados únicamente por el titular, y pierdan validez una vez que el pescador sale de la pesquería.
- b) Que se permita la transferencia no divisible de los derechos de uso, es decir, podría permitirse sólo si se hace como un solo paquete indivisible (todos los derechos del pescador juntos).
- c) Que se admita la transferencia divisible de los derechos, en donde los pescadores pueden vender libremente todos sus derechos, o cualquier porción de los mismos.

- d) Que la transferibilidad sólo se permita dentro de la comunidad o sector pesquero donde residen los derechos de uso, brindando así mayor estabilidad a la pesquería dentro del sector o comunidad.
- e) Se podría adoptar un enfoque híbrido con diferentes clases de derechos, algunos transferibles y otros no, con medidas de política definidas que determinen cuáles pescadores tienen cuáles tipos de licencias (por ejemplo, podrían existir dos clases de licencias: transferibles para pescadores de tiempo completo y no transferibles para participantes ocasionales).

Estas opciones tienen implicaciones muy diferentes dependiendo de si se considera la transferibilidad temporal o permanente. En el caso de la transferibilidad temporal, se permite que cada pescador alquile o arriende sus derechos de uso a otro pescador en una temporada de pesca; y los derechos revierten al pescador original al final de la temporada (CHARLES 2005, 148)⁷. Por otro lado, con la transferibilidad permanente, las implicaciones son más significativas, y es por ello que el resto de este trabajo se concentra básicamente en el caso de la transferibilidad permanente.

⁷ Este mecanismo ofrece una importante flexibilidad, de tal manera que un pescador que se enferme o cuya embarcación se averíe durante una temporada, puede recibir algún ingreso del arrendamiento de sus derechos de uso.

CAPÍTULO II. LA TRANSFERENCIA DE LOS DERECHOS DE PESCA EN LA UNIÓN EUROPEA Y, EN PARTICULAR, EN LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA

1. ORIGEN Y EVOLUCIÓN DE LA NORMATIVA DE LA UNIÓN EUROPEA

La pesca es una actividad importante para la UE. Muestra de ello es que la Unión aparece como una de las principales potencias pesqueras mundiales, dentro de la cual España tiene un elevado peso específico (FAO 2016, 10). No obstante, si bien la aportación del sector pesquero al producto interno bruto de los Estados miembros de la UE se encuentra en la mayoría de los casos por debajo del 1%, a pesar de ello, la actividad pesquera desempeña una notable función como medio de vida en algunas áreas costeras y constituye una destacada fuente de empleo en regiones con pocas alternativas, al tiempo que resulta clave en el suministro de alimentos a la población comunitaria (CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL ESPAÑA 2013, 15). Con el propósito de conocer mejor esta realidad, a continuación se presenta un breve análisis del origen y evolución normativa del sector pesquero en el conjunto de la UE.

En este marco se ha de tener presente que la pesca, como actividad económica dependiente de un recurso natural público y de carácter renovable, requiere de regulación y de la adopción de políticas capaces de preservar su renovación. Pues no existen controles fronterizos para los peces, por lo que la explotación incontrolada en una zona marítima estatal puede tener enormes repercusiones no sólo para los Estados vecinos, sino también para el conjunto del ecosistema (CASADO RAIGÓN 2009, 896).

Los comienzos de esta regulación fueron lentos y con bastante poco contenido. En efecto, en el año 1957, cuando se creó la Comunidad Económica Europea, el Tratado de Roma contenía pocas menciones al respecto y tan solo se limitaba a incluir el tema de la pesca dentro de la política agrícola común (GARCÍA MARTÍNEZ 2013, 16). Sin embargo, ya en el año 1973, con la adhesión de Reino Unido, Dinamarca e Irlanda, de marcada vocación pesquera, el asunto cambió y se producen los primeros esfuerzos encaminados hacia la creación de una PPC.

En aquella época, “la principal preocupación era evitar conflictos entre Estados miembros en un momento en que muchos países de todo el mundo estaban ampliando sus aguas territoriales, hasta culminar con la creación de la ZEE que alcanzaban hasta 200 millas náuticas desde sus líneas de base” (CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL ESPAÑA 2013, 31). Para evitar la alteración que podría haber ocasionado el nuevo régimen de ZEE, se

negoció un acuerdo por el cual los Estados miembros convenían en conceder un acceso libre y mutuo a sus aguas, con el fin de preservar los caladeros y las prácticas tradicionales de cada nación. La base adoptada para esa primera política fue el denominado Acuerdo de Preferencias de la Haya⁸, donde se habían establecido los criterios para fijar los totales admisibles de captura (en adelante “TAC”) y el reparto de estos en cuotas entre los Estados miembros. “En ese acuerdo se fijaron los principios básicos de lo que todavía subyace a toda la arquitectura europea que sustenta la PPC, y más en concreto el criterio de estabilidad relativa, según el cual se mantienen fijas en el tiempo las proporciones de los TAC asignadas a cada Estado miembro” (CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL ESPAÑA 2013, 31).

En efecto, cuando la necesidad de hacer sostenible y rentable la explotación de los recursos pesqueros se convirtió en la principal prioridad, los reglamentos comunitarios anuales que fijaban los TAC y las cuotas correspondientes a las especies comerciales más importantes, pasaron a ser el instrumento donde se fijaban las normas destinadas a la protección y la preservación de poblaciones vulnerables de peces. Para ello se establecía una clave fija de reparto de las posibilidades de pesca en función del historial de capturas de los Estados miembros, evitando con ello las posibles discusiones en el reparto anual y proporcionando a los pescadores una cierta seguridad sobre su actividad.

En este contexto, y teniendo en cuenta el estado de sobreexplotación de las principales especies hidrobiológicas, el Consejo de las Comunidades Europeas definió formalmente en el año 1983, las bases de una política comunitaria global en materia de pesca, que garantizara la equilibrada explotación de los recursos pesqueros⁹. Posteriormente, en el año 1992 va a aparecer la primera modificación de importancia, materializada en el Reglamento por el que se establece un régimen comunitario de la pesca y acuicultura¹⁰; toda vez que, si bien el Reglamento anterior (1983) demostró ser un instrumento eficaz, no obstante, un determinado número de poblaciones de peces continuó disminuyendo

⁸ Resolución del Consejo de Asuntos Exteriores, de 3 de noviembre de 1976.

⁹ Reglamento (CEE) núm. 170/83 del Consejo, de 25 de enero de 1983, por el que se Constituye un Régimen Comunitario de Conservación y de Gestión de los Recursos de la Pesca (DOCE, 04/vol.02, núm. L24, 27-01-1983, págs. 56-68) < <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-1983-80013>> [Consulta: 22 mayo 2018].

¹⁰ Reglamento (CEE) núm. 3760/92 del Consejo, de 20 de diciembre de 1992, por el que se Establece un Régimen Comunitario de la Pesca y la Acuicultura (DOCE, núm. L389, 31-12-1992, págs. 1-14) <<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-1992-82175>> [Consulta: 22 mayo 2018].

tanto en aguas comunitarias como en aguas no comunitarias y fue necesario, por consiguiente, mejorar y ampliar las medidas de conservación existentes.

De acuerdo con el Reglamento del año 1992, el Consejo tenía que decidir las modificaciones necesarias a más tardar el 31 de diciembre de 2002, dictando así el Reglamento 371/2002 que establece un régimen comunitario para la conservación y la explotación sostenible de los recursos pesqueros en virtud de la PPC¹¹. Finalmente, en el año 2013, el Parlamento Europeo y el Consejo, reformularon la PPC, derogando el Reglamento del año 2002, debido al número e importancia de las modificaciones que había que efectuar¹², siendo una de las novedades previstas en esta nueva Política Pesquera, la creación de un sistema de concesiones individuales de pesca transferibles.

2. LA COMPETENCIA DE LA UNIÓN EUROPEA EN MATERIA PESQUERA

No cabe duda de la importancia que tiene la PPC para la UE desde los más variados aspectos: económico, social, alimentario, ecológico, cultural, etc., pero también –tal como se verá a continuación– por las consecuencias que implica ser una de las pocas políticas de competencia exclusiva de la UE. La Unión, como sujeto internacional competente, “viene, desde hace años, esforzándose en liderar el diseño y aplicación del Derecho internacional de la pesca en términos de sostenibilidad y coherencia. El esfuerzo en mantener un sistema de control eficaz no es sólo un objetivo a escala interna europea, sino toda una estrategia de corrección político-pesquera internacional” (REY ANEIRO 2012, 1770).

Todas las actuaciones de la UE deben tener su fundamento en una competencia. La Unión sólo puede adoptar medidas cuando éstas encuentran acomodo en las competencias expresamente previstas en los tratados constitutivos (SARMIENTO RAMÍREZ-ESCUADERO 2016, 103). Así, es posible señalar que la conservación de los recursos biológicos marinos es una de las cinco competencias exclusivas de la UE tras la definición expresa realizada

¹¹ Reglamento (CE) núm. 2371/2002 del Consejo, de 20 de diciembre de 2002, sobre la Conservación y la Explotación Sostenible de los Recursos Pesqueros en virtud de la Política Pesquera Común (DOCE, núm. L358, 31-12-2002, págs. 59-80) <<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2002-82407>> [Consulta: 22 mayo 2018].

¹² Reglamento (UE) núm. 1380/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2013, sobre la Política Pesquera Común (DOUE L, núm. 354, 28-12-2013, págs.22-61). <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32013R1380&from=ES>> [Consulta: 20 diciembre 2017].

por el Tratado de Lisboa. En efecto, el art. 3º, letra d), del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante “TFUE”), dispone que la UE dispondrá de competencia exclusiva en “la conservación de los recursos biológicos marinos dentro de la política pesquera común”.

Cabe señalar que esta competencia ya era con anterioridad un ámbito de acción exclusivo de las Comunidades Europeas. Pues esta competencia ya estaba presente en el Derecho de la Unión antes de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, pero se hallaba reconocida como tal en pronunciamientos aislados de la jurisprudencia del entonces Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas¹³.

Posteriormente, fueron los tratados suscritos entre los países miembros de las Comunidades Europeas, los que establecieron que la gestión de la actividad pesquera fuese una de las competencias exclusivas de la Comunidad. “Ello se debe a que los recursos pesqueros atraviesan las jurisdicciones nacionales y los pescadores han ido en pos de ellos mucho antes de que se creasen las zonas económicas exclusivas (ZEE) y de que naciese la PPC” (COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS 2009, 7).

El alcance de esta competencia exclusiva, queda recogido en el artículo 2.1 del TFUE, según el cual “cuando los Tratados atribuyan a la Unión una competencia exclusiva en un ámbito determinado, sólo la Unión podrá legislar y adoptar actos jurídicamente vinculantes, mientras que los Estados miembros, en cuanto tales, únicamente podrán hacerlo si son facultados por la Unión o para aplicar actos de la Unión”. Es decir, los Estados miembros no pueden actuar en el ámbito al que afecta dicha competencia, salvo que la Unión habilite expresamente una actuación estatal, o cuando sea necesario que los Estados apliquen los actos dictados por la Unión en el ejercicio de una competencia exclusiva.

Las competencias exclusivas tienen a su vez un alcance exterior, en el plano de las relaciones internacionales. Pues de conformidad con el artículo 3.2 del TFUE, “La Unión dispondrá también de competencia exclusiva para la celebración de un acuerdo internacional cuando dicha celebración esté prevista en un acto legislativo de la Unión,

¹³ En lo que respecta a la conservación de los recursos biológicos marinos dentro de la PPC, véase las Sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 14 de julio de 1976, asunto 3, 4, 6/76 Cornelis Kramer y otros, apartados 39 a 41; y de 05 de mayo de 1981, asunto 804/79, Comisión con Reino Unido, apartados 17 y 18.

cuando sea necesaria para permitirle ejercer su competencia interna o en la medida en que pueda afectar a normas comunes o alterar el alcance de las mismas”.

Considerando el conjunto de dichas disposiciones, resulta que la UE “(...) tiene, en el plano interno, competencia para adoptar cualesquiera medidas que tiendan a la conservación de los recursos biológicos del mar, medidas que incluyen la fijación de cuotas de captura y su distribución entre los distintos Estados miembros”¹⁴; y en el plano exterior, la UE ejerce una competencia exclusiva para la adopción de acuerdos internacionales con terceros Estados y organizaciones internacionales.

Finalmente, cabe indicar que esta competencia exclusiva de la UE debe respetar el principio de proporcionalidad, en virtud del cual “el contenido y la forma de la acción de la Unión no excederán de lo necesario para alcanzar los objetivos de los Tratados” (artículo 5.4 del TFUE).

3. EL SISTEMA DE CONCESIONES TRANSFERIBLES DE PESCA EN LA PCC

La pesca, como actividad económica dependiente de un recurso natural, y por tanto público, requiere de regulación. A su vez, dado el carácter renovable de los recursos pesqueros, es prioritario adoptar políticas capaces de preservar su renovación. En consonancia con lo anterior, el artículo 38.1. del TFUE, establece que la UE definirá y aplicará una política común de agricultura y pesca¹⁵.

Concretamente, es el artículo 43.2. del TFUE el que dispone que el Parlamento Europeo y el Consejo establecerán, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario y previa consulta al Comité Económico y Social, la organización común de los mercados agrícolas (incluida la pesca), así como las demás disposiciones que resulten necesarias para la consecución de los objetivos de la política común de agricultura y pesca.

Sobre la base de dichas disposiciones, el Parlamento Europeo y el Consejo definieron con cierta exhaustividad los grandes pilares de un sistema de control eficaz, global, integrado,

¹⁴ Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 14 de julio de 1976, asunto 3, 4, 6/76 Cornelis Kramer y otros, apartado 30.

¹⁵ Continúa el apartado 38.1. señalando que “El mercado interior abarcará la agricultura, la pesca y el comercio de los productos agrícolas. Por productos agrícolas se entienden los productos de la tierra, de la ganadería y de la pesca, así como los productos de primera transformación directamente relacionados con aquéllos. Se entenderá que las referencias a la política agrícola común o a la agricultura y la utilización del término «agrícola» abarcan también la pesca, atendiendo a las características particulares de este sector”.

uniforme, racional, simplificado y estandarizado (REY ANEIROS 2012, 1758), mediante la dictación, en diciembre del año 2013, del ya citado Reglamento N° 1380/2013, en virtud del cual se fijó una nueva PPC, cuyo objetivo fundamental es garantizar que las actividades de la pesca sean sostenibles ambientalmente a largo plazo y se gestionen de forma coherente con los objetivos de generar beneficios económicos, sociales y de empleo, y de contribuir a la disponibilidad de productos alimenticios.

Tal como se señaló, una de las novedades previstas en esta nueva Política Pesquera, fue la creación de las concesiones individuales de pesca transferible, definidas por el artículo 4.1.23. del Reglamento N° 1380/2013, como derechos revocables de utilización de una parte específica de las posibilidades de pesca asignadas a un Estado miembro, o establecidas en los planes de gestión aprobados por un Estado miembro, que pueden ser transferidos por un titular individual a otros titulares elegibles. Es decir, se trata de un derecho de uso que se otorga a un titular, consistente en una cantidad fija de capturas de unas determinadas poblaciones de peces, el cual tiene la capacidad de vender, comercializar o arrendar a terceras personas y, en principio, su derecho puede ser revocado.

En particular, los artículos 16 y 17 del mencionado Reglamento, hacen referencia a las asignaciones de posibilidades de pesca a los Estados miembros y la posibilidad de que éstos las asignen igualmente a los buques que enarbolan su pabellón. Es decir, en la nueva PPC se contempla un amplio margen para que los Estados miembros puedan desarrollar sus propios sistemas de gestión de cuotas de pesca que están en función de las distintas y heterogéneas circunstancias sociales, económicas y territoriales.

Es importante destacar que el precitado artículo 17, dispone que los Estados miembros al asignar las posibilidades de pesca a los buques que enarbolan su pabellón, “(...) aplicarán criterios transparentes y objetivos, incluidos aquellos de carácter medioambiental, social y económico. Los criterios empleados podrán incluir, entre otros, el impacto de la pesca en el medio ambiente, el historial del cumplimiento, la contribución a la economía local y los niveles históricos de captura (...)”.

Cabe subrayar también, que en el considerando 42 del citado Reglamento Europeo, se establece que “Los Estados miembros deben poder introducir un sistema de concesiones de pesca transferibles”. Lo cual se materializa en el artículo 21 del Reglamento, en donde se otorga la posibilidad a los Estados miembros de establecer un sistema de concesiones

transferibles de pesca, situación que ya estaba prevista en España, tal como se verá a continuación.

4. LAS CESIONES DE POSIBILIDADES DE PESCA EN ESPAÑA

Desde la integración de España en las Comunidades Europeas (1986), las Instituciones Comunitarias han asumido buena parte de las competencias que el Estado español tenía en la materia, conforme a la previsión contenida en los artículos 93 y 96 de la Constitución Española. El Derecho comunitario, y por tanto la política pesquera común, pasaron a formar parte del ordenamiento interno.

Pese a lo anterior, de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español¹⁶, el ejercicio de la potestad normativa por parte del Estado en materia pesquera, exige una interpretación del alcance y los límites de la competencia legislativa definida en la Constitución y en los Estatutos. Al respecto, el artículo 149.1.19 de la Constitución Española atribuye al Estado la competencia exclusiva en materia de pesca marítima, sin perjuicio de las competencias que en la ordenación del sector se atribuya a las comunidades autónomas.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español ha dotado de contenido material a los títulos competenciales “pesca marítima” y “ordenación del sector pesquero”. En efecto, según la sentencia 56/1989, de 16 de marzo, por pesca marítima hay que entender la regulación de la actividad extractiva y, como presupuesto de ella, el régimen de protección, conservación y mejora de los recursos pesqueros. De manera más detallada, la pesca marítima incluye la normativa referente a los recursos y las zonas donde puede pescarse (fondos, caladeros, distancias, cupos), a los periodos en que puede pescarse (vedas, horas) y a la forma y medios de realización de la actividad extractiva en el mar (artes, medios de pesca).

Por su parte, la sentencia del Tribunal Constitucional 9/2001, de 18 de enero, examina el encuadramiento competencial de diversas medidas de conservación y mejora de los recursos pesqueros, entre las que se encuentran, junto a las zonas y épocas de veda, la fijación de fondos y la reglamentación de artes y aparejos, la regulación de los arrecifes artificiales, considerando que todos estos aspectos “se incardinan en la materia pesca

¹⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional 56/1989, de 16 de marzo de 1989.

marítima, competencia exclusiva del Estado (artículo 149.1.19 de la Constitución) cuando su regulación se proyecta sobre el mar territorial, la zona económica y las aguas internacionales”.

En base a lo anterior, el Estado español dictó la Ley 3/2001 de Pesca Marítima del Estado¹⁷, la cual regula el ámbito estricto de la pesca marítima, competencia exclusiva del Estado y, por tanto, vedada a la acción normativa y ejecutiva de las comunidades autónomas. La Ley 3/2001 contiene las imprescindibles garantías de certidumbre jurídica en la definición de la normativa básica en materia de ordenación del sector pesquero, lo que permite a las comunidades autónomas ejercer sus competencias de desarrollo y ejecución del marco jurídico estatal estableciendo los ordenamientos complementarios que satisfagan sus propios intereses.

La mencionada Ley, en su artículo 27.1 establece que el Ministro de Agricultura, Pesca y Alimentación, para mejorar la gestión y el control de la actividad pesquera, así como para favorecer la planificación empresarial, “podrá disponer la distribución de las posibilidades de pesca entre buques o grupos de buques habituales en la pesquería”. Continúa el apartado 2, del citado artículo, señalando que “la distribución de las posibilidades de pesca podrá cifrarse en volúmenes de capturas, esfuerzo de pesca, tiempo de pesca, o presencia en zonas de pesca”.

Acto seguido, la Ley 3/2001 se encarga de establecer el marco regulador de la transmisibilidad de las posibilidades de pesca, lo cual se puede llevar a cabo previa autorización del Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación y previo informe de la Comunidad Autónoma del puerto base del buque (artículo 28). Lo anterior, siguiendo el procedimiento que reglamentariamente se determine y conforme a los siguientes criterios:

- a) Se busca evitar la acumulación de posibilidades de pesca en un buque en volúmenes superiores a los que puedan ser utilizados.
- b) Se debe establecer un límite mínimo de posibilidades, por debajo del cual el buque debe abandonar la pesquería.
- c) Se debe justificar que la transmisibilidad esté restringida a buques o grupos de buques pertenecientes a determinadas categorías o censos. En consideración a las exigencias

¹⁷ España. Ley 3/2001, de 26 de marzo, de Pesca Marítima del Estado. (BOE [en línea], núm. 75, 28-03-2001, pág. 11509-11532). <<https://www.boe.es/boe/dias/2001/03/28/pdfs/A11509-11532.pdf>> [Consulta: 20 diciembre 2017].

técnicas de las pesquerías, podrán establecerse los requisitos relativos a las condiciones técnicas de los buques objeto de la transmisión.

- d) Se debe establecer, a efectos de favorecer la libre competencia, el porcentaje máximo de posibilidades de pesca que pueden ser acumulados por una misma empresa o grupo de empresas relacionadas societariamente en una misma pesquería.

De conformidad con la parte expositiva de la Ley 3/2001, dichas medidas se ajustan a los principios constitucionales de libertad de empresa (en el marco de la economía de mercado) y de defensa de la productividad, consagrados en el artículo 38 de la Constitución Española. Pues la regulación de la cesión de las posibilidades de pesca pretende racionalizar la actividad pesquera y fomentar la libre competencia, velando que no se vean perjudicados terceros con mejor derecho y no se produzcan situaciones de monopolio u oligopolio en el sector pesquero.

En términos generales, en España es posible distinguir cuatro categorías de cesiones de posibilidades de pesca, adaptados a las diversas pesquerías que se encuentran en las variadas zonas costeras, las cuales, a continuación, se pasaran a explicar brevemente.

4.1. CIT PARA LAS AGUAS DE LA COMISIÓN DE PESCA DEL ATLÁNTICO NORDESTE

Mediante Orden de 12 de junio de 1981, el entonces Ministerio de Agricultura y Pesca de España¹⁸, reguló la actividad pesquera de las flotas de altura y gran altura¹⁹ que operaban dentro de los límites geográficos de la Comisión de Pesca del Atlántico Nordeste (en adelante “NEAFC”)²⁰, para gestionar especies demersales (peces que viven cerca del lecho marino o en él). Dicha Orden, en un principio, no admitía la posibilidad de

¹⁸ España. Orden de 12 de junio de 1981, por la que se Ordena la Actividad Pesquera de las Flotas de Altura y Gran Altura que Operan Dentro de los Límites Geográficos de la Comisión de Pesca del Atlántico Nordeste (BOE [en línea], núm. 157, 02-07-1981, págs. 15109-15112). <<https://www.boe.es/boe/dias/1981/07/02/pdfs/A15109-15112.pdf>> [Consulta: 20 mayo 2018].

¹⁹ La pesca de altura y gran altura, es la que se ejerce sin limitaciones de mares ni distancias a la costa, en aguas libres, en los límites jurisdiccionales de los países ribereños.

²⁰ La NEAFC es la Organización Regional de Ordenación Pesquera para el Atlántico Nordeste, una de las zonas pesqueras más abundantes del mundo. Está compuesto por las partes contratantes que se han adherido al Convenio sobre Cooperación Multilateral en la Pesca del Atlántico Nordeste, que entró en vigor en noviembre de 1982. El área cubierta por el referido Convenio se extiende desde el extremo sur de Groenlandia, al este hasta el Mar de Barents y al sur de Portugal.

transmitir las posibilidades de pesca, lo cual dio lugar a que algunos buques no poseyeran los suficientes días de pesca para llevar a cabo una explotación rentable.

Fue así que en el año 1992, mediante Orden también de fecha de 12 de junio²¹, se modificó la normativa del año 1981, en el sentido de posibilitar que las empresas con varios buques pudiesen conservar de forma acumulada (en otros buques de su propiedad) el derecho del buque desgazado. Dicha modificación tuvo efectos muy positivos, en el sentido de adaptar la capacidad de la flota a las posibilidades reales de pesca de que disponían. Es por ello que, luego, mediante la Ley 23/1997²², estos efectos se potenciaron permitiendo a las empresas transmitir la totalidad o una parte de sus posibilidades de pesca a otras unidades que, aun siendo de distinto titular, figurasen incluidas en un mismo censo.

Actualmente, la transmisión se encuentra regulada por la Orden APM/920/2017, de fecha 30 de septiembre de 2017²³, la cual hace operativos los criterios con los cuales debe ajustarse la transmisibilidad de las posibilidades de pesca, dispuestos en el artículo 28 de la Ley 3/2001. En efecto, la referida Orden regula de forma pormenorizada la transmisibilidad de las posibilidades de pesca, para lo cual, distingue tres clases de transmisiones:

- a) Transmisiones temporales anuales de posibilidades de pesca o esfuerzo. De conformidad con el artículo 5 de la Orden APM/920/2017, los armadores individuales o, en su caso, las entidades asociativas, podrán ceder o transmitir anualmente, parcial o totalmente, sus posibilidades de pesca o porcentajes de especies o porcentaje de esfuerzo entre sí, sean de la misma o de diferentes entidades

²¹ España. Orden de 12 de junio de 1992, por la que se Modifica Parcialmente la de 12 de junio de 1981, que Ordena la Actividad Pesquera de las Flotas Pesqueras de Altura y Gran Altura que Operan Dentro de los Límites Geográficos de la NEAFC. (BOE [en línea], núm. 157, 01-07-1992, pág. 22490). <<https://www.boe.es/boe/dias/1992/07/01/pdfs/A22490-22490.pdf>> [Consulta: 20 mayo 2018].

²² España. Ley 23/1997, de 15 de julio, de Ordenación del Sector Pesquero de Altura y Gran Altura que Opera Dentro de los Límites Geográficos de la Comisión de Pesca del Atlántico Nordeste. (BOE [en línea], núm. 169, 16-07-1997, pág. 21780). <<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1997-15809>> [Consulta: 20 mayo 2018].

²³ España, Orden APM/920/2017, de 22 de septiembre, por la que se Establece un Plan de Gestión para los Buques de los Censos de las Flotas de Altura, Gran Altura y Buques Palangreros Mayores y Menores de 100 Toneladas de Registro Bruto, que Operan Dentro de los Límites Geográficos de la Comisión de Pesca del Atlántico Nordeste. (BOE [en línea], núm. 236, 30-09-2017, págs. 95345-95362). <<https://www.boe.es/boe/dias/2017/09/30/pdfs/BOE-A-2017-11114.pdf>> [Consulta: 20 mayo 2018].

asociativas. En este caso, no se exige el cumplimiento de ninguno de los criterios establecidos por el artículo 28.1 de la Ley 3/2001.

- b) Transmisiones temporales de posibilidades de pesca o esfuerzo por tiempo superior a un año. De acuerdo con el artículo 6 de la Orden APM/920/2017, los titulares de buques podrán transmitir a otra empresa titular de un buque o buques en el mismo censo, la totalidad o parte de sus posibilidades de pesca o esfuerzo mediante contrato de arrendamiento o cualquier otro negocio jurídico, de manera temporal por tiempo superior a un año, previa autorización del Secretario General de Pesca. Como es posible apreciar, la transmisibilidad en este caso está restringida a buques o grupos de buques pertenecientes a determinados censos.

Por otra parte, la transmisión temporal de posibilidades de pesca por tiempo superior a un año realizada de manera parcial, deberá ser tal que el buque cedente conserve un mínimo de 0,5 posibilidades de pesca sumadas todas las posibilidades por especie y zona de que disponga, por debajo de las cuales deberá abandonar la pesquería o bien la transmisión no podrá ser autorizada. En todo caso, por debajo de este coeficiente de posibilidades de pesca, el buque correspondiente deberá abandonar la pesquería.

Finalmente, se establece un límite temporal, pues el titular de un buque podrá transmitir temporalmente la totalidad de sus posibilidades de pesca por el tiempo máximo de dos años; transcurrido este plazo deberá volver a ejercer la pesca activa o proceder a realizar una transmisión definitiva de sus posibilidades de pesca, en los términos que se expondrán a continuación.

- c) Transmisiones definitivas de posibilidades de pesca o esfuerzo. Acorde con lo dispuesto en el artículo 7 de la Orden APM/920/2017, las transmisiones definitivas de posibilidades de pesca o esfuerzo, se realizarán de manera individual por porcentaje de especie y zona o zona y podrán ser totales o parciales. Una vez realizada la transmisión de posibilidades de pesca por especie y zona, tanto el buque cedente como el receptor deberán disponer de un mínimo de coeficiente de esfuerzo para poder ejercer la actividad en dicha zona.

En este caso, a efectos de favorecer la libre competencia, se fija el porcentaje máximo de posibilidades de pesca que pueden ser acumulados por una misma empresa o grupo de empresas relacionadas societariamente en una misma pesquería; pues las

posibilidades de pesca acumuladas por una empresa o grupos de empresas relacionadas no podrán superar el 30% de cada pesquería. Finalmente, para realizar la transmisión definitiva será preceptivo informe no vinculante de las comunidades autónomas del puerto base de los buques cedente y receptor.

4.2. CIT EN LA PESCA CON EL ARTE DE PALANGRE DE SUPERFICIE PARA LA CAPTURA DE ESPECIES ALTAMENTE MIGRATORIAS

La Ley 3/2001 de Pesca Marítima del Estado, regula en el capítulo IV de su título I, la gestión de las actividades pesqueras, estableciendo los requisitos generales para el ejercicio de dicha actividad y permitiendo la creación de censos específicos para la gestión y distribución de las posibilidades de pesca. En base a lo anterior, mediante la Orden Ministerial APA/2521/2006, de 27 de julio²⁴, se reguló la pesca con el arte de palangre de superficie²⁵ para la captura de especies altamente migratorias²⁶ y se creó un censo unificado, reunificando a todos los buques de bandera española que pescan utilizando el referido arte de pesca. Lo anterior, debido a que la flota pesquera española cuenta con un número considerable de buques dedicados a la pesca con el arte de palangre de superficie, tanto en caladero nacional como en aguas internacionales (la mayor parte en los océanos Atlántico, Pacífico e Índico).

Tradicionalmente la flota de palangre de superficie se ha dirigido a la captura del pez espada, pero en la actualidad la pesca de tiburones supone un componente indispensable para la actividad de esta flota. Por ello, debido a la heterogeneidad de las especies que componen este amplio grupo, fue necesario el establecimiento de medidas específicas para la explotación sostenible de las principales especies con interés comercial, así como

²⁴ España. Orden APA/2521/2006, de 27 de julio, por la que se Regula la Pesca con el Arte de Palangre de Superficie para la Captura de Especies Altamente Migratorias y por la que se Crea el Censo Unificado de Palangre de Superficie. (BOE [en línea], núm. 183, 02-08-2006, págs. 28896-28901). <<https://www.boe.es/boe/dias/2006/08/02/pdfs/A28896-28901.pdf>> [Consulta: 20 mayo 2018].

²⁵ Se entiende por palangre de superficie un arte o aparejo de pesca formado por un cabo principal denominado línea madre, de longitud variable, del que penden a intervalo otros llamados brazoladas, a los que se empatan anzuelos de distinto tamaño, según el recurso pesquero al que se apliquen. En los extremos y a lo largo del cabo madre se disponen los necesarios elementos de fondeo y flotación para mantener el aparejo a distintas profundidades pero siempre sin apoyar o tener contacto alguno con el fondo marino.

²⁶ De conformidad con el Anexo I de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (1982), son especies altamente migratorias, entre otras, el atún blanco, el atún rojo, el atún de aleta negra, el bonito del pacífico, el atún de aleta azul del sur, el pez espada y el dorado.

la protección de las más vulnerables, regulándose actualmente dichas pesquerías por la Orden AAA/658/2014, de 22 de abril²⁷.

El artículo 9 de la precita Orden, se encarga de regular la transmisión temporal y definitiva de las posibilidades de pesca, pudiendo destacar lo siguiente:

- a) La transmisión temporal, total o parcial, de las posibilidades de pesca entre buques de la misma zona, se puede llevar a cabo en cualquier momento.
- b) En el caso de transmisión definitiva del total de la cuota, el buque cedente perderá de forma automática el derecho de acceso a la zona para la cual ha cedido sus posibilidades de pesca y será dado de baja para la zona. Para las transmisiones de carácter definitivo, es menester que la Dirección General Recursos Pesqueros y Acuicultura recabe un informe preceptivo de la comunidad autónoma del puerto base del buque, de conformidad con lo establecido en el artículo 28 de la Ley 3/2001, de 26 de marzo.

4.3. CIT EN LA PESQUERÍA DE ATÚN ROJO

El Reglamento (CE) 1559/2007 del Consejo, de 17 de diciembre de 2007, establece un Plan de Recuperación Plurianual para el Atún Rojo del Atlántico Oriental y el Mediterráneo²⁸, recomendado por la Comisión Internacional para la Conservación del Atún Atlántico. Con el objeto de garantizar su cumplimiento, establece en su artículo 4 que cada Estado miembro elaborará un plan de pesca anual para los buques y almadrabas²⁹ que pesquen atún rojo en dichas zonas.

En base a lo anterior, y teniendo presente el artículo 27 de la Ley 3/2001 de Pesca Marítima del Estado, el Ministerio de Medio Ambiente, y Medio Rural y Marino, dictó

²⁷ España. Orden AAA/658/2014, de 22 de abril, por la que se Regula la Pesca con el Arte de Palangre de Superficie para la Captura de Especies Altamente Migratorias. (BOE [en línea], núm. 102, 28-04-2014, págs. 33139-33153). <<https://www.boe.es/boe/dias/2014/04/28/pdfs/BOE-A-2014-4514.pdf>> [Consulta: 20 mayo 2018].

²⁸ Reglamento (CE) N° 1559/2007 del Consejo, de 17 de diciembre de 2007, por el que se Establece un Plan de Recuperación Plurianual para el Atún Rojo del Atlántico Oriental y el Mediterráneo y se Modifica el Reglamento (CE) N° 520/2007. (DOUE L, núm. 340/8, 22-12-2007, págs.1-17). <<https://www.boe.es/boe/2007/340/L00008-00024.pdf>> [Consulta: 22 mayo 2018].

²⁹ La almadraba es una de las técnicas para la captura del atún, que consiste en instalar un laberinto de redes en el paso de los atunes, que normalmente se sitúa cerca de la costa.

la Orden ARM/1244/2008, de 29 de abril, por la que se regula la pesquería de atún rojo en el Atlántico Oriental y Mediterráneo³⁰. En dicha regulación se da cuenta de la necesidad de control de las cuotas de pesca asignadas a las flotas, en el marco de la asignación global otorgada a España como Estado miembro de la UE, así como de garantizar el equilibrio de asignación entre las distintas flotas, limitando la transmisibilidad de las posibilidades de pesca asignadas, a los buques pertenecientes al mismo grupo.

En concreto, el artículo 6.1. de la referida Orden, dispone que “cada armador podrá, transmitir parcial o totalmente las cuotas que le hayan sido asignadas a los buques o almadrabas pertenecientes al mismo grupo, de forma total o parcial y con carácter definitivo o temporal”.

4.4. SISTEMA DE LICENCIAS LIMITADAS EN LA PESQUERÍA DE MARISCOS

Las licencias limitadas se utilizan para gestionar el marisqueo en la Comunidad Autónoma de Galicia. Es el artículo 148.1.11 de la Constitución Española que habilita a las Comunidades Autónomas para asumir competencias exclusivas en materia de pesca en aguas interiores, marisqueo y acuicultura. Así, el Estatuto de Autonomía de Galicia materializó esta facultad constitucional recogiendo en el artículo 27.15 de su estatuto de autonomía, la competencia exclusiva en materia de “pesca en las rías y demás aguas interiores, el marisqueo y la acuicultura”. Conjuntamente con esta previsión, y respetando el marco competencial del Estado recogido en el artículo 149.1.19 de la Constitución Española, el artículo 28.5 del Estatuto establece que Galicia tiene competencia para el desarrollo legislativo y la ejecución de la legislación del Estado, en los términos que las mismas establezcan, en materia de ordenación del sector.

En base a lo anterior, la Comunidad Autónoma de Galicia dictó la Ley 11/2008 de Pesca de Galicia³¹, cuyo artículo 39 establece que para el ejercicio del marisqueo se requerirá estar en posesión de una licencia para marisqueo a pie o una licencia para marisqueo a

³⁰ España. Orden ARM/1244/2008, de 29 de abril, por la que se Regula la Pesquería de Atún Rojo en Atlántico Oriental y Mediterráneo. (BOE [en línea], núm. 105, 01-05-2008, págs. 22366-22368). <<https://www.boe.es/boe/dias/2008/05/01/pdfs/A22366-22368.pdf>> [Consulta: 20 mayo 2018].

³¹ Galicia. Ley N° 11 de 03 de diciembre de 2008, de Pesca de Galicia (BOE [en línea], núm. 15, 17-01-2009, pág. 5443-5506). <<https://www.boe.es/boe/dias/2009/01/17/pdfs/BOE-A-2009-805.pdf>> [Consulta: 20 mayo 2018].

flote (con embarcación). Pues bien, de conformidad con el artículo 40 de la precitada ley, la licencia de marisqueo a pie se expide a nombre de una persona física, y corresponde a un título individual e intransferible; dicho título se otorga por un periodo de cinco años, renovable por iguales periodos. Por su parte, la licencia de marisqueo a flote se expide a nombre del buque, por un periodo de cinco años, renovable por iguales periodos, y en este supuesto los derechos son transferibles al vender el buque, siempre y cuando la embarcación mantenga como base un puerto de la Comunidad Autónoma de Galicia (artículo 41).

Finalmente, para una mayor comprensión, la Tabla 1 resume los principales atributos de cada tipo de derecho de pesca identificado, destacando su regulación y posibilidad de transmisión.

Tabla 1: Cesiones de posibilidades de pesca en España

DERECHOS DE USO PESQUERO	PESQUERÍA	LOCALIZACIÓN	BUQUES Y TIPO DE TONELAJE	Nº APROXIMADO DE BUQUES ³²	TRANSMISIÓN	REGULACIÓN
CUOTAS INDIVIDUALES TRANSFERIBLES	Especies demersales	Atlántico Nordeste	Buques españoles pertenecientes a las flotas de altura, gran altura, y buques palangreros mayores y menores de 100 toneladas de registro bruto.	179	Se permiten las transmisiones temporales anuales y superiores a un año de las posibilidades de pesca o esfuerzo; y las transmisiones definitivas de posibilidades de pesca o esfuerzo	Orden APM/920/2017, de 22 de septiembre
	Especies altamente migratorias	Aguas del Mediterráneo, del Océano Atlántico, del Océano Índico, y del Océano Pacífico Central y Oeste.	Buques que utilizan el arte de pesca de palangre de superficie	134	Se permite la transmisión temporal, total o parcial, de las posibilidades de pesca entre buques de la misma zona; y la transmisión definitiva del total de la cuota	Orden AAA/658/2014, de 22 de abril
	Atún rojo	Atlántico Oriental y Mediterráneo	Buques y almadrabas que ejerzan la pesca de atún rojo en el Atlántico Oriental y Mediterráneo	66	Se permite la transmisión parcial o total de las cuotas, con carácter definitivo o temporal	Orden ARM/1244/2008, de 29 de abril
LICENCIA LIMITADA	Mariscos	Aguas interiores de Galicia	Embarcaciones mariscadoras y mariscadores sin embarcación	2.000 embarcaciones mariscadoras y 5.700 mariscadores sin embarcaciones	Los derechos se pueden transferir al vender el barco. Sin embargo, la transferibilidad solo está permitida dentro de un área de pesca determinada.	Ley 11/2008 de Pesca de Galicia

Fuente: elaboración propia

³² European Commission. «An analysis of existing Rights-Based Management (RBM) instruments in Member States and on setting up best practices in the EU.» FINAL REPORT: PART II Catalogue of Rights-Based Management Instruments in coastal EU Member States, Studies and Pilot Projects for Carrying Out the Common Fisheries Policy No FISH/2007/03, 2009, 249.

CAPÍTULO III. LA TRANSFERENCIA DE LOS DERECHOS DE PESCA EN CHILE

1. ORIGEN Y EVOLUCIÓN DE LA NORMATIVA CHILENA

Las normas para limitar el acceso y la extracción de recursos pesqueros que se han establecido en Chile durante las últimas décadas -normalmente en respuesta a situaciones de crisis- han creado distintos tipos de derechos de pesca para los pescadores artesanales e industriales (RÍOS Y GELCICH 2017, 1). Estas reglas encuentran su fundamento último en la Constitución Política de la República de Chile del año 1980.

En efecto, el artículo 19 N° 21 de la citada Carta Fundamental, reconoce el derecho a desarrollar cualquier actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional, respetando las normas legales que la regulen. Por su parte, el artículo 19 N° 23, consagra la libertad para adquirir el dominio de toda clase de bienes, excepto aquellos que la naturaleza ha hecho comunes a todos los hombres o que deban pertenecer a la nación toda y la ley lo declare así; agregando que una ley de *quórum* calificado³³ y cuando así lo exija el interés general, puede establecer limitaciones o requisitos para la adquisición del dominio de ciertos bienes.

Pues bien, la pesca es una actividad económica que, al basarse en la captura de recursos pesqueros, supone un riesgo para la conservación de los mismos, ya que por el ejercicio de esta actividad podría llegarse a una situación de sobreexplotación y la consiguiente desaparición de las especies hidrobiológicas. Por tanto, es en virtud de lo dispuesto en el art. 19 N° 21 de la Constitución, que el Estado regula el acceso a la actividad pesquera y, de conformidad con el art. 19 N° 23, establece limitaciones y condiciones para su ejercicio.

En definitiva, el Estado chileno mediante una ley establece los requisitos para acceder a la actividad pesquera y las limitaciones a que se encuentra sometida. Al respecto, es dable señalar que la legislación pesquera data del año 1931, la cual, en lo fundamental, se encargaba de establecer un régimen de libre acceso a las actividades pesqueras extractivas y de procesamiento, acceso que quedaba condicionado a una autorización expresa de la autoridad correspondiente. Además, disponía facultades para la conservación y

³³ Las leyes de *quórum* calificado son normas legales cuya aprobación por ambas cámaras del Congreso requiere por mandato constitucional la satisfacción de un *quórum* especial, correspondiente a la mayoría absoluta (50 % + 1) de los diputados y senadores en ejercicio.

preservación de los recursos pesqueros a través de la aplicación de cuotas de captura máximas permitidas durante un año calendario, fijación de tamaños mínimos, vedas extractivas, entre otras. Dicha normativa condujo a importantes pesquerías a un estado de sobreexplotación, puesto que la combinación del régimen de libre acceso y el establecimiento de cuotas máximas de captura derivó en una verdadera carrera por extraer los recursos dentro del período en el que dichas cuotas regían (BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE 1989, 6).

Es por lo anterior que, en el año 1989, se publicó la Ley N° 18.892, General de Pesca y Acuicultura (en adelante “LGPA”)³⁴, cuyo objeto fue establecer un régimen jurídico que estatuyera reglas para el sector pesquero y que, al mismo tiempo, resguardase en forma eficiente la preservación de los recursos hidrobiológicos. Pues, el gobierno de la época, consideró de la más alta importancia la proposición de una ley que, a la luz de las normas constitucionales, permitiese la consecución simultánea de dos objetivos principales: el desarrollo integral y eficiente desempeño económico del sector pesquero; y la debida cautela por la preservación de los recursos hidrobiológicos.

La ley del año 1989 estableció distintos regímenes de acceso para los actores, dependiendo del estado biológico de las pesquerías, los que prevalecen hasta el día de hoy. Así, por ejemplo, se fijó una cuota global de captura y otras medidas de administración pesquera. Hacia fines de los noventa, sin embargo, se hizo evidente que la administración de las pesquerías en plena explotación mediante restricciones de acceso y cuotas globales de captura era insuficiente. Se generó una fuerte competencia entre los actores industriales por capturar el máximo posible antes de completar la cuota global de captura. Dicho fenómeno se conoció como “carrera olímpica” y generó una serie de efectos económicos negativos, tales como: sobreinversión del sector industrial en capacidad de captura (flota), almacenamiento y procesamiento (RÍOS Y GELCICH 2017, 24).

Por esa razón, durante el gobierno de Ricardo Lagos (2000-2006) se tramitaron dos proyectos de ley cuyo objetivo principal era controlar las capturas de cada nave industrial. En conjunto, las Leyes N° 19.713 de 2001 y N° 19.849 de 2002 crearon la figura del

³⁴ Chile. Decreto N° 430, de 21 de enero de 1992, que Fija el Texto Refundido, Coordinado y Sistematizado de la Ley N° 18.892, de 1989 y sus Modificaciones, Ley General de Pesca y Acuicultura [en línea] <<https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=13315>> [Consulta: 20 diciembre 2017].

Límite Máximo de Captura, una regla de extracción definida como un porcentaje de la cuota industrial que se asignó solo a los armadores industriales que operaban en 12 pesquerías comerciales y que duraría hasta fines del año 2012. Así, entre los años 2001 y 2012, la fracción industrial de esas pesquerías se administró restringiendo el acceso solo a naves con autorización de pesca y limitando la extracción de recursos de cada nave mediante los Límites Máximos de Captura. En el caso del sector artesanal, también se modificaron los derechos de pesca, pues producto de las modificaciones legales, los armadores artesanales podían acordar un Régimen Artesanal de Extracción en forma voluntaria, que limitaba las capturas de cada embarcación en forma individual, al reconocer su coeficiente de participación en forma explícita dentro de la cuota global artesanal correspondiente a la región.

Una década después, a comienzos del año 2013, se aprobó el último gran cambio legislativo en materia de derechos de pesca con la Ley N° 20.657. Dicha ley modificó la regulación pesquera en forma integral y en materia de derechos de pesca industrial, introdujo una modificación sustantiva. Pues la nueva ley permitió que los armadores industriales titulares de un Límite Máximo de Captura renunciaran en forma voluntaria a sus autorizaciones de pesca industriales e indefinidas y las reemplazaran por Licencias Transables de Pesca (en adelante “LTP”) clase A³⁵. Las LTP clase A permiten extraer un porcentaje fijo de la cuota industrial por un periodo de 20 años y son renovables con ciertas condiciones. También se contempla la subasta de hasta el 15% de las LTP clase A, lo que da origen a las LTP clase B que no son renovables, pues después de 20 años se vuelven a subastar. Asimismo, la Ley N° 20.657 estableció el fraccionamiento de las Cuotas Globales de Captura entre artesanales e industriales para 12 recursos mediante ley, y en los demás en base a un procedimiento que requiere de la aprobación de la Subsecretaría de Pesca y Acuicultura y del Consejo Nacional de Pesca³⁶.

³⁵ Todos los armadores industriales optaron por las Licencias Transables de Pesca Clase A.

³⁶ La Subsecretaría de Pesca y Acuicultura es un organismo del Estado, dependiente del Ministerio de Economía, Fomento y Turismo, cuya misión es regular y administrar la actividad pesquera y de acuicultura, a través de políticas, normas y medidas de administración. Por su parte, el Consejo Nacional de Pesca es un organismo encargado de hacer efectiva la participación de los agentes del sector pesquero en el nivel nacional en materias relacionadas con la actividad de la pesca y de la acuicultura.

2. TIPOS DE DERECHOS DE PESCA EN LA REGULACIÓN CHILENA

Actualmente, como resultado de la evolución de la regulación pesquera, los derechos de pesca utilizados para el manejo de las principales pesquerías chilenas incluyen: inscripción de naves artesanales o industriales en los registros correspondientes; y diversas variantes de sistemas de CIT, incluyendo LTP clases A y B, Permisos Extraordinarios de Pesca, y Régimen Artesanal de Extracción.

La actual combinación de derechos de pesca utilizados en la administración de las principales pesquerías chilenas depende básicamente de dos factores: el tipo de régimen de acceso declarado en la pesquería y el tipo de actor pesquero, artesanal o industrial, ya que la regulación chilena establece un trato diferenciado para ellos (RÍOS Y GELCICH 2017, 3). Actualmente, coexisten cuatro regímenes de acceso a las pesquerías: acceso general, plena explotación, desarrollo incipiente y en recuperación. El régimen de acceso general tiene como requisito principal la inscripción de las embarcaciones pesqueras para operar en una determinada pesquería³⁷ y dependiendo del estado biológico de la pesquería, se transita desde el régimen de acceso general a uno de los otros tres regímenes, siendo el de plena explotación el más utilizado en la administración pesquera (actualmente 22 de las 25 pesquerías están bajo régimen de plena explotación).

Ahora bien, independientemente del régimen de acceso a que se encuentre sometido una pesquería, el Ministerio de Economía, Fomento y Turismo de Chile³⁸ puede establecer entre otras, la medida de administración de cuotas anuales de capturas. Es por ello que a continuación se analizarán brevemente los regímenes de acceso a las pesquerías (acceso general, plena explotación, desarrollo incipiente y en recuperación), sometidos a la medida de administración de fijación de cuotas.

³⁷ Las embarcaciones artesanales deben estar inscritas en el Registro Pesquero Artesanal y sus dimensiones máximas son 18 metros de eslora y 80 metros cúbicos de capacidad de bodega. Mientras que las embarcaciones industriales son aquellas inscritas en el Registro Pesquero Industrial, sin exigencias de tipo o tamaño.

³⁸ El Ministerio de Economía, Fomento y Turismo, sin perjuicio de sus demás atribuciones legales, es la Secretaría de Estado a través de la cual se fijan las políticas básicas que sirven para dirigir y coordinar las actividades que corresponde realizar al Estado en relación con el sector pesquero.

2.1. LICENCIAS TRANSABLES DE PESCA

De conformidad con el artículo 2º, numeral 59, de la LGPA, una pesquería en plena explotación, es aquella cuyo punto biológico está en o cerca de su rendimiento máximo sostenible. Ahora bien, de conformidad con el artículo 26 A de la citada Ley, aquellas pesquerías que se declaren en plena explotación y respecto de las cuales se establece una cuota global de captura, se le otorgará a los titulares de autorizaciones de pesca, una Licencia Transable de Pesca Clase A.

Si se establece una cuota global de captura (en adelante “CGC”) y el *stock* de peces es compartido entre pescadores artesanales e industriales, la CGC se fracciona entre ambos grupos según los porcentajes establecidos por la reforma legal del año 2013. Dichos porcentajes están definidos por ley, para al menos 12 recursos hasta el año 2032, tales como: el jurel en 10% artesanal y 90% industrial; y anchoveta y sardina común en un 78% artesanal y 12% industrial. El porcentaje de participación respecto de las demás especies, depende del acuerdo alcanzado entre el Consejo Nacional de Pesca y la Subsecretaría de Pesca y Acuicultura, como en el caso del recurso jibia, fraccionado 80% artesanal y 20% industriales, durante el periodo 2014-2019.

Por lo tanto, las CGC se fraccionan en distintos porcentajes dependiendo de la pesquería específica, y se genera una CGC industrial y una CGC artesanal. La fracción industrial de la cuota global de captura (es decir, la cuota industrial) de los 12 recursos mencionados anteriormente se administra mediante Licencias Transables de Pesca Clase A o B³⁹; pudiendo destacar dos atributos esenciales de éstas:

- a) Son de carácter indefinido. Se confieren por un plazo de 20 años, renovables indefinidamente, siempre y cuando el titular de la licencia no haya incurrido, en un lapso de 10 años, en sanciones de carácter grave. Esta propuesta –de conformidad con la historia de la Ley N° 20.657- “es considerada fundamental a fin de corregir las distorsiones que han ocurrido en los últimos años a través de regulaciones transitorias, generando alta incertidumbre de cuál será la regla bajo la que se administrará la actividad pesquera” (BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE 1989, 14).

³⁹ Las LTP clase B son resultado de la subasta de hasta el 15% de las LTP clase A, en pesquerías cuyo estado biológico está por sobre el 90% del nivel de rendimiento máximo sostenible, es decir, respecto de pesquerías “sanas”.

- b) Son plenamente transferibles, total o parcialmente, en forma separada de la nave o naves que han dado origen a dicha asignación o con la que son extraídos los recursos hidrobiológicos; y la transferencia puede ser temporal o definitiva.

La regulación de esta materia en la legislación chilena es bastante escueta, pues sólo basta con mencionar el artículo 30 de la LGPA, el cual establece que “las licencias transables de pesca serán divisibles, transferibles, transmisibles⁴⁰ y susceptibles de todo negocio jurídico”. Las transferencias, arriendos o cualquier acto que implique la cesión de derechos de las licencias, deben inscribirse en un Registro Público que lleva la Subsecretaría de Pesca y Acuicultura chilena.

2.2. RÉGIMEN ARTESANAL DE EXTRACCIÓN

De conformidad con el artículo 55 I de la LGPA, el Ministerio de Economía, Fomento y Turismo, puede establecer un sistema denominado “Régimen Artesanal de Extracción” (en adelante “RAE”), previo informe técnico de la Subsecretaría de Pesca y Acuicultura y consulta al Consejo Zonal de Pesca respectivo, y con consulta o a solicitud de las organizaciones de pescadores artesanales, el cual consiste en la asignación de la fracción artesanal de la cuota global de captura (cuota artesanal) en una determinada Región, ya sea por área o flota, tamaño de las embarcaciones, caleta, organizaciones de pescadores artesanales o individualmente.

En otras palabras, los pescadores artesanales pueden voluntariamente establecer un acuerdo RAE en una determinada pesquería y región, lo que les permite limitar las capturas de cada embarcación artesanal en forma individual. Para ello, se calcula y asigna un tipo cuota artesanal en forma explícita a cada embarcación artesanal; y aquellas embarcaciones artesanales que deciden no participar en un acuerdo RAE, extraen recursos de la cuota residual y operan bajo “carrera olímpica”.

El siguiente ejemplo permitirá una mejor comprensión sobre los distintos tipos de derechos de pesca utilizados para administrar una pesquería cuyo régimen de acceso es

⁴⁰ En el Derecho Civil chileno suele usarse el verbo “transferir” y sus derivados, el sustantivo “transferencia” y el adjetivo “transferible”, para significar el traspaso entre vivos del dominio; en tanto que el verbo “transmitir”, los sustantivos “transmisión” y “transmisibilidad” y el adjetivo “transmisible” para mentar el traspaso por causa de muerte (Guzmán Brito 2006, 96).

el de plena explotación. Tal es el caso de la pesquería sardina común, cuya Cuota Global de Captura se fracciona por ley entre artesanales e industriales, 78% y 22%, respectivamente. El 98% de la cuota artesanal se administra bajo acuerdos RAE de organizaciones de pescadores artesanales, y el 2% restante (o cuota residual) lo extraen aquellas embarcaciones inscritas en el Registro Pesquero Artesanal de la región correspondiente, sin límites individuales de extracción (“carrera olímpica”). El 100% de la cuota industrial se administra mediante LTP, 85% con clase A y 15% con clase B (licitadas) (RÍOS Y GELCICH 2017, 7).

Ahora bien, de conformidad con el artículo 55 N de la LGPA, dentro del marco del RAE, los titulares de asignaciones individuales podrán ceder las toneladas asignadas para el respectivo año calendario a otro titular de la misma región o a titulares de otras regiones, siempre que se trate de una misma unidad poblacional. También podrán celebrar estos actos jurídicos en beneficio de uno o más pescadores artesanales inscritos en el Registro Pesquero Artesanal, en el recurso respectivo, que no estén sometidos al RAE y dentro de la misma unidad poblacional.

Asimismo, los titulares de asignación artesanal individuales podrán ceder total o parcialmente las toneladas asignadas para un año calendario a un titular de licencia transable de pesca de la especie de que se trate, quienes podrán extraerlas de acuerdo a su normativa, debiendo ésta siempre efectuarse dentro de la misma unidad poblacional.

Es menester precisar, que en estos casos lo que se cede no es el derecho de pesca, sino que las toneladas que representa el respectivo derecho. Pues los derechos de cuota RAE solo pueden ser transferidos con la embarcación artesanal porque están indexados a ella y no son divisibles.

En el caso de un RAE establecido por área, flota u organizaciones, en la solicitud de cesión deberá constar el acuerdo de la mayoría absoluta de los pescadores artesanales que formen parte de las distintas unidades de dicho régimen.

No obstante lo anterior, el titular de una asignación RAE sólo podrá ceder, en un período de tres años corridos, hasta el 50% de la cuota asignada para dicho período. Y la infracción a la obligación señalada, será causal de caducidad de la inscripción en el Registro Pesquero Artesanal del pescador o pescadores titulares de la asignación y de la embarcación artesanal, en su caso.

2.3. PERMISOS EXTRAORDINARIOS DE PESCA

Los Permisos Extraordinarios de Pesca (en adelante “PEP”), se adjudican anualmente en pública subasta, respecto de aquellas pesquerías declaradas en recuperación o desarrollo incipiente. El régimen en recuperación se declara respecto de pesquerías sobreexplotadas y sujetas a una veda extractiva de a lo menos tres años para su recuperación, en la que se puede fijar una CGC. Por su parte, el régimen de desarrollo incipiente se declara cuando no existe esfuerzo de pesca o cuando las capturas son inferiores al 10% de la CGC⁴¹.

En dichas pesquerías, la CGC no se fracciona entre pescadores artesanales e industriales, sino que todos los años se subastan PEP equivalentes al 10% de la CGC. Los PEP constituyen una regla de acceso y extracción de un porcentaje fijo de la CGC, simultáneamente, que permiten a los adjudicatarios extraer recursos durante 10 años, después de lo cual se vuelven a subastar por 10 años adicionales, y así sucesivamente. La CGC se subasta entre todas las partes interesadas, incluyendo industriales, artesanales y otros.

Pues bien, de conformidad con el artículo 31 de la LGPA, los PEP son divisibles, transferibles una vez al año y transmisibles; y pueden ser arrendados y dados en comodato.

Para finalizar, la Tabla 2 resume los principales atributos de cada tipo de derecho de pesca identificado. En términos agregados, el 68% de las cuotas globales de captura en el año 2017, se administran mediante sistemas CIT de distintos atributos (LTP y PEP); un 22% se administra bajo RAE y el 10% restante, principalmente toneladas artesanales, se administran sólo limitando el acceso de embarcaciones inscritas en el Registro Pesquero Artesanal, bajo una situación probable de carrera olímpica (RÍOS Y GELCICH 2017, 9).

⁴¹ Actualmente, hay solo tres pesquerías que se administran bajo estos regímenes: el langostino colorado y el langostino amarillo (entre las regiones V-VIII); y el bacalao de profundidad, del paralelo 47 LS al sur.

Tabla 2: Tipos de derechos de pesca en la regulación chilena

DERECHO DE USO PESQUERO	RÉGIMEN DE ACCESO	EXTRACCIÓN	DURACIÓN	POSIBILIDAD DE TRANSFERIR
LICENCIA TRANSABLE DE PESCA CLASE A	Plena explotación	Permite la extracción de un porcentaje de la cuota industrial	20 años, renovable sujeto a condiciones	Transferible total o parcialmente (divisible), y en forma temporal o definitiva
LICENCIA TRANSABLE DE PESCA CLASE B	Plena explotación	Permite la extracción de un porcentaje de la cuota industrial	20 años, no renovable; se subasta nuevamente por 20 años y así sucesivamente	Transferible total o parcialmente (divisible), y en forma temporal o definitiva
RÉGIMEN ARTESANAL DE EXTRACCIÓN	Plena explotación	Permite la extracción de un porcentaje de la cuota artesanal regional	Duración variable, dependiendo de la decisión de los participantes	El derecho es transferible totalmente junto con la embarcación artesanal, y sólo en forma definitiva. Son cedibles las toneladas que representan el derecho, para el respectivo año calendario (temporal)
PERMISO EXTRAORDINARIO DE PESCA	Desarrollo incipiente y en recuperación	Permite la extracción de un porcentaje de la cuota global de captura	10 años, no renovable; se subasta nuevamente por 10 años y así sucesivamente.	Transferible total o parcialmente (divisible), solo una vez al año, ya sea en forma temporal o definitiva
INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO PESQUERO ARTESANAL	Acceso general y plena explotación	Permite la extracción del remanente de la cuota global artesanal no sometida a RAE (“carrera olímpica”)	Duración indefinida, vinculado a la embarcación artesanal	Transferible totalmente (no es divisible), junto con la embarcación artesanal, y sólo en forma definitiva

Fuente: elaboración propia basada en (RÍOS Y GELCICH 2017, 10)

CAPÍTULO IV. EVALUACIÓN CRÍTICA DE LOS DERECHOS DE PESCA DE ESPAÑA Y CHILE, EN CUANTO A SU TRANSFERIBILIDAD

Como es posible apreciar, el sistema español y el chileno prescriben soluciones muy similares, pese a significativas diferencias en estructura conceptual y criterios para hacer operativa la transferencia de los derechos de pesca. Sin embargo, se detecta una cierta superioridad en uno de ellos, al momento de someterlo a asuntos clave relacionados con la eficacia, la movilidad de la pesquería, la cohesión social y la concentración de derechos.

1. EFICACIA

La transferibilidad a menudo se promueve como medio para mejorar la eficacia económica. “En teoría, un sistema orientado hacia el mercado (tal como un sistema CIT), con divisibilidad y transferibilidad de derechos de insumo y de producto, mejora la eficacia, ya que los armadores aumentan al máximo las utilidades que resultan de una cuota dada” (CHARLES 2005, 149). La idea es que con la transferibilidad, los armadores más “eficaces” permanecen en la pesquería, mientras que otros venden su cuota y desaparecen, en un proceso de “supervivencia del más fuerte”, lo que conlleva al aumento general en la eficacia de los pescadores individuales.

Tal como se señaló, uno de los instrumentos previstos en la nueva PPC (2013), fue el establecimiento de un sistema de concesiones individuales de pesca transferibles. La razón de la incorporación de este nuevo instrumento, es el exceso de capacidad de las flotas. Pues “las flotas europeas en su conjunto son excesivamente grandes para los recursos disponibles y este desequilibrio constituye la raíz de todos los problemas relacionados con la escasa rentabilidad económica, la deficiente observancia de la normativa y la sobreexplotación de los recursos” (COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS 2009, 9).

Es por ello que la nueva PPC incorporó este mecanismo, con el objeto de que las flotas pesqueras europeas se adapten y sean proporcionales a los recursos disponibles. Pues la utilización de instrumentos de mercado, tales como los derechos de pesca transferibles, a juicio de la Comisión, sería un medio más eficiente y menos costoso de reducir el exceso de capacidad. Señala la Comisión que “son varios los Estados miembros que en los últimos años han dado pasos para favorecer estos instrumentos (por ejemplo España). En general, ello se ha traducido en unas decisiones de inversión más racionales y en reducciones de la capacidad, puesto que los agentes económicos han adaptado la flota a

sus derechos de pesca para conseguir la eficiencia económica” (COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS 2009, 9).

En julio de 2011 la Comisión Europea presentó su propuesta para la nueva PPC y, en un principio, la propuesta en relación a las concesiones individuales de pesca transferibles generó polémica, toda vez que propuso la implantación obligatoria de dicho sistema con el objeto de resolver el exceso de capacidad de algunas flotas. No obstante, tras el Consejo de Ministros de junio de 2012, se modificó sustantivamente la propuesta de la Comisión, planteándose, en definitiva, la aplicación voluntaria de las concesiones individuales de pesca transferibles, por parte de los Estados. En concreto, en el caso de que algún país decidiera el establecimiento de este sistema, debe limitar su ámbito de aplicación a los grandes buques pesqueros.

Dicha situación acontece en España, pues el sistema de concesiones individuales de pesca transferibles se aplica de forma voluntaria a los grandes buques pesqueros y, además, la transferencia va acompañada de unas cláusulas de salvaguardia adecuadas para evitar la excesiva concentración de la propiedad o los efectos negativos sobre las pesquerías y las comunidades costeras. En efecto, la Ley Ley 3/2001 de Pesca Marítima del Estado, se encarga de establecer el marco regulador de la transmisibilidad de las posibilidades de pesca, estableciendo como criterios: evitar la acumulación de posibilidades de pesca en un buque en volúmenes superiores a los que puedan ser utilizados; estableciendo un límite mínimo de posibilidades, por debajo del cual el buque debe abandonar la pesquería; y disponiendo, a efectos de favorecer la libre competencia, el porcentaje máximo de posibilidades de pesca que pueden ser acumulados por una misma empresa o grupo de empresas relacionadas societariamente en una misma pesquería.

La situación precedente es posible apreciarla en la reglamentación de las CIT para las aguas de la Comisión de Pesca del Atlántico Nordeste, toda vez que se establece un límite temporal para que el titular de un buque pueda transmitir sus posibilidades de pesca, por un tiempo máximo de dos años; transcurrido el cual, deberá volver a ejercer la pesca activa o proceder a realizar una transmisión definitiva de sus posibilidades de pesca (artículo 6 de la Orden APM/920/2017).

La situación anterior no tiene recepción en la legislación chilena, toda vez que las LTP clase A y B, y los PEP son transferibles y susceptibles de todo negocio jurídico sin un límite temporal, lo que ha dado lugar a “pescadores de papel”, es decir, personas que no ejercen la actividad pesquera y que se dedican a obtener beneficios con el arriendo de sus

cuotas de pesca. No obstante, el límite temporal sí tiene cabida respecto de los titulares de una asignación RAE, los cuales sólo pueden ceder, en un período de tres años corridos, hasta el 50% de la cuota asignada para dicho período, y en caso de que sobrepasan este límite, se caduca su inscripción en el Registro Pesquero Artesanal.

Finalmente, como contraargumento, podría sostenerse que las empresas privadas arriesgan su capital en la actividad pesquera. Por lo tanto, al imponer un límite temporal a la titularidad de los derechos de pesca, se produciría una fuerte desinversión; se pescarían las cuotas asignadas en el menor tiempo posible; y se acelerarían e intensificarían las dinámicas de rivalidad y conflicto pesquero (GONZÁLEZ LAXE 2004, 258).

2. MOVILIDAD DE LOS PESCADORES

La transferibilidad aumenta la movilidad de los pescadores individuales, permite que cada uno salga de la pesquería cuando el ingreso obtenido de la venta de los derechos de uso, excede los beneficios esperados de permanecer en la pesquería (CHARLES 2005, 150). Esto ofrece máxima flexibilidad para el pescador, y facilita para los administradores reducir la participación en la pesquería. Sin embargo, en ausencia de restricciones que mantengan los derechos de uso en la comunidad local, esta movilidad puede reducir la estabilidad de las comunidades pesqueras.

Estas restricciones existen en el sistema español, toda vez que la Ley 3/2001 de Pesca Marítima del Estado, establece un límite mínimo de posibilidades de pesca que debe tener el buque cedente, por debajo del cual, debe abandonar la pesquería. Además, en las CIT para las aguas de la NEAFC, se contempla un límite temporal de dos años por el cual se pueden transferir las posibilidades de pesca, transcurrido el cual, el titular deberá volver a ejercer la pesca activa o proceder a realizar una transmisión definitiva.

Dichas restricciones no están presentes en el sistema chileno, pues el titular de una LTP o PEP puede ceder temporalmente todos sus derechos sin límite de tiempo, y sin perder la calidad “pescador”. A mayor abundamiento, como las licencias son divisibles, es posible que tanto el titular como uno o más de sus cesionarios efectúen la actividad pesquera en forma simultánea, aumentando así la cantidad de pescadores. Sin embargo, tal como se señaló anteriormente, el límite temporal sí tiene cabida respecto de los

titulares de una asignación RAE, los cuales sólo pueden ceder, en un período de tres años corridos, hasta el 50% de la cuota asignada para dicho período.

En opinión del Consejo Económico y Social de Español, resulta cuestionable que el sistema de concesiones individuales de pesca transferibles sea un sistema eficaz para lograr reequilibrar la capacidad de la flota y, sobre todo, que ese reequilibrio se pueda llevar a cabo con un bajo coste social. Pues si bien habría reducción de capacidad, dicha reducción tendría un coste social importante, sobre todo en comunidades altamente dependientes de la pesca: “el comercio de los derechos de pesca facilitaría la salida de los propietarios de buques del sector, pero no habría compensaciones ni protección para los asalariados” (CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL ESPAÑA 2013, 112).

Se comparte la apreciación del Consejo, pues, en definitiva, se suscita una confusión respecto a los diferentes actores que forman parte del sector de las capturas. Pues la nueva PPC no toma en cuenta el impacto diferente que se produce al momento de ceder las posibilidades de pesca, en los propietarios de los buques y los pescadores empleados. Toda vez que estos últimos no recibirían ninguna compensación y no disfrutarían de ningún tipo de protección en caso de que sus empleadores cesaran sus actividades.

De hecho, la experiencia de Chile, en donde se encuentra implantado un sistema de derechos de pesca transferibles, ha suscitado estos problemas. Pues se ha tenido como consecuencia la concentración de las actividades de pesca en las manos de unos pocos operadores y algunos de esos operadores no forman parte del sector y subcontratan actividades de pesca a otros (que en la mayoría de los casos eran los que previamente pescaban en las mismas aguas).

En realidad, la concesión de posibilidades de pesca transferibles es un sistema de gestión de los recursos pesqueros que se ajusta sobre todo a las pesquerías de altura y gran altura, tal como sucede con las CIT para las aguas de la Comisión de Pesca del Atlántico Nordeste; toda vez que tienen un carácter más empresarial e industrial. En estos casos el establecimiento de concesiones podría contribuir a la planificación de la actividad económica.

3. COHESIÓN SOCIAL

La transferibilidad puede tener un impacto sustancial sobre el bienestar social, pues puede llevar a la pérdida de la cohesión social, toda vez que “la transferencia elimina derechos

de pesca de la comunidad, lo que resulta en una menor participación de ésta en la pesquería, reduciendo el empleo y con el correspondiente aumento en la proporción de ‘foráneos’ que pescan sobre lo que habían sido recursos controlados localmente” (CHARLES 2005, 150).

Este criterio hay que enlazarlo necesariamente con la actividad pesquera artesanal, la cual se practica en zonas marítimas cercanas a la costa, presentando, por tanto, una alta dependencia socioeconómica de los puertos. Tiene, a su vez, por lo general, carácter de microempresa o empresa familiar, tanto en la propiedad como en la actividad, de manera que está muy enraizada en el territorio. Es por lo mismo, que la aplicación del sistema de cesiones de posibilidades de pesca en la flota artesanal, en la que predomina más el componente socioeconómico, “podría provocar que zonas altamente dependientes de la pesca se vieran privadas de posibilidades de pesca necesarias para la supervivencia, ya que las concesiones de pesca transferibles podrían favorecer el mercadeo a corto plazo de las cuotas, concentrar los derechos en pocas manos de la pesca industrial y conducir a la desaparición de la pesca artesanal” (CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL ESPAÑA 2013, 58).

Al respecto, es posible sostener que el proceso de transferencia en el sistema chileno no garantiza la cohesión social en el entorno territorial, toda vez que la regulación chilena permite que los derechos de uso se transfieran entre buques que operan en cualquier parte del país, reduciendo así el conocimiento ecológico y económico tradicional sobre la ordenación pesquera en un determinado sector. En efecto, las LTP y PEP pueden ser transferidas a cualquier persona, sea éste pescador o no, y sea donde quiera que se encuentre.

Donde sí existe un respeto a la cohesión social, es en las cesiones de las toneladas asignadas a los titulares de un RAE, pues éstas sólo se pueden ceder a otro titular de la misma región o a titulares de otras regiones, siempre que se trate de una misma unidad poblacional.

El sistema español, por su parte, restringe la transmisibilidad a buques o grupos de buques pertenecientes a determinadas categorías o censos, siendo éste uno de los criterios que establece la Ley 3/2001 y el cual está presente en todas las cesiones de posibilidad de pesca que presenta la regulación española. Además, el sistema de concesiones individuales de pesca transferibles se restringe únicamente a la pesca industrial.

4. CONCENTRACIÓN DE DERECHOS

La transferibilidad, por lo general, lleva a la concentración de la propiedad de derechos de pesca en manos de unos pocos. Si la meta es reducir el número de pescadores, los derechos transferibles podrían lograr el objetivo. Sin embargo, “la concentración de derechos provoca preocupaciones sociales y económicas, particularmente en relación con la equidad global de la economía costera y la estabilidad de las comunidades pesqueras” (CHARLES 2005, 150).

Para prevenir la concentración, pueden establecerse límites sobre el número máximo de derechos que puede tener una persona o empresa. Tal situación acontece con la legislación española, al evitar la acumulación de posibilidades de pesca en un buque en volúmenes superiores a los que puedan ser utilizados; y, por otro lado, al establecer un porcentaje máximo de posibilidades de pesca que pueden ser acumulados por una misma empresa o grupo de empresas relacionadas societariamente en una misma pesquería.

La situación anterior no acontece en Chile, pues no existe un límite máximo a la hora de concentrar derechos; y tampoco mínimos por debajo de los cuales el titular de un derecho debe abandonar la pesquería.

CONCLUSIONES

Es un sentimiento de insatisfacción con las soluciones que aporta el sistema chileno respecto de la regulación de las transferencias de los derechos de uso pesquero, lo que motivo a preguntarse si otros sistemas jurídicos no han producido algo mejor. Para ello, el Derecho comparado es un instrumento indispensable para llevar a cabo la renovación del Derecho. “Pretender encerrar la ciencia jurídica dentro de las fronteras de un Estado y querer exponerla o perfeccionarla sin tomar en cuenta la teoría y la práctica extranjeras no significa otra cosa que limitar las potencialidades del jurista para el conocimiento y la acción” (DAVID 1969, 9).

Como fue posible apreciar, el sistema español y el chileno prescriben soluciones muy similares, pese a significativas diferencias en estructura conceptual y criterios para hacer operativa la transferencia de los derechos de pesca. Sin embargo, se detecta una cierta superioridad en uno de ellos, al momento de someterlo a asuntos clave relacionados con la eficacia, la movilidad de la pesquería, la cohesión social y la concentración de derechos.

Pues, luego de concluir el análisis de cada uno de los sistemas, fue posible descubrir que la solución proporcionada por el sistema español parece “mejor”, toda vez que, a diferencia del sistema chileno, el Estado español vela porque no se vean perjudicados terceros personas y no se produzcan situaciones de monopolio u oligopolio en el sector pesquero.

El sistema de concesiones individuales de pesca transferibles en España se aplica de forma voluntaria a los grandes buques pesqueros y, además, la transferencia va acompañada de cláusulas de salvaguardia adecuadas para evitar la excesiva concentración de la propiedad o los efectos negativos sobre las pesquerías y las comunidades costeras.

En efecto, la Ley Ley 3/2001 de Pesca Marítima del Estado, se encarga de establecer el marco regulador de la transmisibilidad de las posibilidades de pesca, estableciendo como criterios: evitar la acumulación de posibilidades de pesca en un buque en volúmenes superiores a los que puedan ser utilizados; estableciendo un límite mínimo de posibilidades, por debajo del cual el buque debe abandonar la pesquería; y disponiendo, a efectos de favorecer la libre competencia, el porcentaje máximo de posibilidades de pesca que pueden ser acumulados por una misma empresa o grupo de empresas relacionadas societariamente en una misma pesquería.

Con lo anterior, queda de manifiesto que se cumple con la hipótesis de esta investigación, luego de identificar en la legislación española un marco regulador de la transferencia de los derechos de pesca que se somete a un procedimiento estricto, sujeto a determinados criterios, minimizando con ello las repercusiones sociales y económicas derivadas de las cesiones. Situación que no acontece en el sistema chileno, que regula de forma muy escueta la transferencia de los derechos de pesca, dando un amplio margen de libertad a los titulares de estos.

BIBLIOGRAFÍA

1. MONOGRAFÍAS

- David, René. *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*. Traducido por Pedro Bravo Gala. Madrid: Aguilar S.A., 1969.
- Martín Mateo, Ramón. *Tratado de Derecho Ambiental*. Vol. III. IV vols. Madrid: Editorial Trivium S.A., 1997.
- Sarmiento Ramírez-Escudero, Daniel. *El Derecho de la Unión Europea*. Madrid: Marcial Pons, 2016.
- Valles Martínez, Miguel. *Técnicas cualitativas de investigación social. Reflexión metodológica y práctica profesional*. Madrid: Síntesis S.A., 1999.
- Zweigert, Konrad, y Hein Kötz. *Introducción al Derecho Comparado*. Traducido por Arturo Aparicio Vázquez. Ciudad de México: Oxford University Press México S.A., 2002.

2. ARTS. EN REVISTAS ESPECIALIZADAS Y CONTRIBUCIONES EN OBRAS COLECTIVAS

- Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. «Historia de la Ley N° 18.892, Ley General de Pesca y Acuicultura.» Valparaíso, 1989, 1-1688.
- Campaña de Océanos de Greenpeace. *La pesca en España: una lección no aprendida. Estudio de las pesquerías y recomendaciones ante la reforma de la Política Pesquera Común*. Greenpeace, Madrid: Greenpeace España, 2010, 44.
- Casado Raigón, Rafael. *La aplicación de la Política Pesquera Común en el Mar Mediterráneo*. Vol. II, de *Derecho Internacional y Comunitario ante los retos de nuestro tiempo*, editado por Anna Badia Martí, Antoni Pigrau Solé y Andreu Olesti Rayo, 895-920. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., 2009.
- Charles, Anthony. «Derechos de uso y pesca.» Cap. 6 de *Guía del administrador pesquero. Medidas de ordenación y su aplicación*, de FAO, editado por Kevern Cochrane, 242. Roma, 2005.
- Comisión de las Comunidades Europeas. «Libro Verde. Reforma de la Política Pesquera Común.» Bruselas, 2009, 30.
- Consejo Económico y Social España. *Informe/2013 La Reforma de la Política Pesquera Común*. Departamento de Publicaciones, Madrid: Consejo Económico y Social, 2013, 128.

- European Commission. «An analysis of existing Rights-Based Management (RBM) instruments in Member States and on setting up best practices in the EU.» FINAL REPORT: PART II Catalogue of Rights-Based Management Instruments in coastal EU Member States, Studies and Pilot Projects for Carrying Out the Common Fisheries Policy No FISH/2007/03, 2009, 249.
- FAO. *El estado mundial de la pesca y la acuicultura 2016. Contribución a la seguridad alimentaria y la nutrición para todos*. Roma: FAO, 2016, 226.
- García Martínez, Luis. «España y la política de pesca de la Unión Europea.» *La Nueva España*, 12 de noviembre de 2013.
- González Laxe, Fernando. «La transferibilidad de los derechos de pesca y las cuotas individuales: análisis del caso español.» Editado por Alimentación y Medio Ambiente Ministerio de Agricultura. *Revista Española de Estudios Agrosociales y Pesqueros*, nº 203 (2004): 233-262.
- Guzmán Brito, Alejandro. «Los vocablos “transferir” y “transmitir” y sus derivados en el “Código Civil de Chile” con especial referencia a la definición de título traslativo de dominio.» *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, nº XXVII (segundo semestre 2006): 95-103.
- Hardin, Garrett. «La tragedia de los comunes.» Editado por Horacio Bonfil Sánchez. *Gaceta Ecológica*, nº 37 (1995): 1-13.
- Ibáñez de la Calle, Mariela, Mariana Becerra Pérez, y Gaëlle Brachet Barro. «Cuotas individuales transferibles: una alternativa para resolver la problemática de las pesquerías en México.» *Gaceta Ecológica* (Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales), nº 70 (enero-marzo 2004): 31-43.
- Kornblum, Pablo. «Economía Marítima de Chile.» *Mundo Plural* (Almaluz), nº 4 (Octubre 2016): 13-15.
- Low Impact Fishers of Europe. «Gestión basada en derechos y pesca de pequeña escala en la UE: Derechos humanos frente a derechos de propiedad. Informe de posicionamiento de LIFE sobre las cuotas individuales transferibles (CIT).» 2016, 1-9.
- Ortega Cerdá, Miquel. «Pesca, de los comunes a las cuotas.» *Ecología Política* (Fundació ENT / Icaria Editorial), nº 45 (julio 2013): 68-70.
- Rey Aneiros, Adela. *Un nuevo sistema de control para una nueva política pesquera común*. Vol. II, de *Estudios de Derecho Internacional y Derecho Europeo en homenaje al profesor Manuel Pérez González*, de Mariano Aznar Gómez, 1751-1772. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2012.
- Ríos, Mónica, y Stefan Gelcich. «Los derechos de pesca en Chile: asimetrías entre armadores artesanales e industriales.» Center of Applied Ecology and Sustainability, Santiago, 2017, 1-28.

3. NORMATIVA INTERNACIONAL

Reglamento (CEE) núm. 170/83 del Consejo, de 25 de enero de 1983, por el que se Constituye un Régimen Comunitario de Conservación y de Gestión de los Recursos de la Pesca (DOCE, 04/vol.02, núm. L24, 27-01-1983, págs. 56-68) <<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-1983-80013>> [Consulta: 22 mayo 2018].

Reglamento (CEE) núm. 3760/92 del Consejo, de 20 de diciembre de 1992, por el que se Establece un Régimen Comunitario de la Pesca y la Acuicultura (DOCE, núm. L389, 31-12-1992, págs. 1-14) <<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-1992-82175>> [Consulta: 22 mayo 2018].

Reglamento (CE) núm. 2371/2002 del Consejo, de 20 de diciembre de 2002, sobre la Conservación y la Explotación Sostenible de los Recursos Pesqueros en virtud de la Política Pesquera Común (DOCE, núm. L358, 31-12-2002, págs. 59-80) <<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2002-82407>> [Consulta: 22 mayo 2018].

Reglamento (CE) N° 1559/2007 del Consejo, de 17 de diciembre de 2007, por el que se Establece un Plan de Recuperación Plurianual para el Atún Rojo del Atlántico Oriental y el Mediterráneo y se Modifica el Reglamento (CE) N° 520/2007. (DOUE L, núm. 340/8, 22-12-2007, págs.1-17). <<https://www.boe.es/doue/2007/340/L00008-00024.pdf>> [Consulta: 22 mayo 2018].

Reglamento (UE) núm. 1380/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2013, sobre la Política Pesquera Común (DOUE L, núm. 354, 28-12-2013, págs.22-61). <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32013R1380&from=ES>> [Consulta: 20 diciembre 2017].

4. LEGISLACIÓN ESPAÑOLA

España. Ley 23/1997, de 15 de julio, de Ordenación del Sector Pesquero de Altura y Gran Altura que Opera Dentro de los Límites Geográficos de la Comisión de Pesca del Atlántico Nordeste. (BOE [en línea], núm. 169, 16-07-1997, pág. 21780). <<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1997-15809>> [Consulta: 20 mayo 2018].

España. Ley 3/2001, de 26 de marzo, de Pesca Marítima del Estado. (BOE [en línea], núm. 75, 28-03-2001, pág. 11509-11532). <<https://www.boe.es/boe/dias/2001/03/28/pdfs/A11509-11532.pdf>> [Consulta: 20 diciembre 2017].

España. Orden de 12 de junio de 1981, por la que se Ordena la Actividad Pesquera de las Flotas de Altura y Gran Altura que Operan Dentro de los Límites Geográficos de la Comisión de Pesca del Atlántico Nordeste (BOE [en línea], núm. 157, 02-

- 07-1981, págs. 15109-15112). <<https://www.boe.es/boe/dias/1981/07/02/pdfs/A15109-15112.pdf>> [Consulta: 20 mayo 2018].
- España. Orden de 12 de junio de 1992, por la que se Modifica Parcialmente la de 12 de junio de 1981, que Ordena la Actividad Pesquera de las Flotas Pesqueras de Altura y Gran Altura que Operan Dentro de los Límites Geográficos de la NEAFC. (BOE [en línea], núm. 157, 01-07-1992, pág. 22490). <<https://www.boe.es/boe/dias/1992/07/01/pdfs/A22490-22490.pdf>> [Consulta: 20 mayo 2018].
- España. Orden APA/2521/2006, de 27 de julio, por la que se Regula la Pesca con el Arte de Palangre de Superficie para la Captura de Especies Altamente Migratorias y por la que se Crea el Censo Unificado de Palangre de Superficie. (BOE [en línea], núm. 183, 02-08-2006, págs. 28896-28901). <<https://www.boe.es/boe/dias/2006/08/02/pdfs/A28896-28901.pdf>> [Consulta: 20 mayo 2018].
- España. Orden ARM/1244/2008, de 29 de abril, por la que se Regula la Pesquería de Atún Rojo en Atlántico Oriental y Mediterráneo. (BOE [en línea], núm. 105, 01-05-2008, págs. 22366-22368). <<https://www.boe.es/boe/dias/2008/05/01/pdfs/A22366-22368.pdf>> [Consulta: 20 mayo 2018].
- España. Orden AAA/658/2014, de 22 de abril, por la que se Regula la Pesca con el Arte de Palangre de Superficie para la Captura de Especies Altamente Migratorias. (BOE [en línea], núm. 102, 28-04-2014, págs. 33139-33153). <<https://www.boe.es/boe/dias/2014/04/28/pdfs/BOE-A-2014-4514.pdf>> [Consulta: 20 mayo 2018].
- España, Orden APM/920/2017, de 22 de septiembre, por la que se Establece un Plan de Gestión para los Buques de los Censos de las Flotas de Altura, Gran Altura y Buques Palangreros Mayores y Menores de 100 Toneladas de Registro Bruto, que Operan Dentro de los Límites Geográficos de la Comisión de Pesca del Atlántico Nordeste. (BOE [en línea], núm. 236, 30-09-2017, págs. 95345-95362). <<https://www.boe.es/boe/dias/2017/09/30/pdfs/BOE-A201711114.pdf>> [Consulta: 20 mayo 2018].

5. LEGISLACIÓN CHILENA

- Chile. Decreto N° 430, de 21 de enero de 1992, que Fija el Texto Refundido, Coordinado y Sistematizado de la Ley N° 18.892, de 1989 y sus Modificaciones, Ley General de Pesca y Acuicultura [en línea] <<https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=13315>> [Consulta: 20 diciembre 2017].
- Chile. Ley N° 20.249 de 2008, que Crea el Espacio Costero Marino de los Pueblos Originarios [en línea] <<https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=269291>> [Consultado: 10 mayo 2018].

6. JURISPRUDENCIA DEL TJUE

Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, de 14 de julio de 1976, asunto 3, 4, 6/76 Cornelis Kramer y otros.

Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, de 05 de mayo de 1981, asunto 804/79, Comisión con Reino Unido.

7. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL

Sentencia del Tribunal Constitucional 56/1989, de 16 de marzo de 1989.

Sentencia del Tribunal Constitucional 9/2001, de 18 de enero de 2001.