



**UNIVERSIDAD
ALBERTO HURTADO**
LA UNIVERSIDAD JESUITA DE CHILE

Escuela de Derecho

**Asignación de derechos transables como alternativa de regulación de
recursos comunes**

El caso del sector Hídrico, Pesquero y Ambiental

Por

Felipe Ignacio Ahumada Aldea

Director de Tesis: Juan José Romero Guzmán

Santiago, Chile

2005

TABLA DE CONTENIDOS

Introducción.....Pág. 5

Capítulo I

¿Por Qué Regular?

Fallas de Mercado.....Pág. 7

A. Justificaciones de la regulación: *Fallas de mercado*.....Pág. 7

A.1. Justificaciones basadas en consideraciones económicas: El caso de los recursos comunes.....Pág. 9

A.1.1. Bienes Públicos.....Pág. 9

A.1.1.1. Recursos Comunes.....Pág. 10

A.1.1.1.1. Sector hídrico, pesquero y ambiental: Claros ejemplos de recursos comunes.....Pág. 11

- Sector Hídrico.....Pág.12

- Sector Pesquero.....Pág. 12

- Sector Ambiental.....Pág. 13

B. Conclusiones del Capítulo.....Pág. 14

Capítulo II

¿Cómo Regular?.....Pág. 16

A. Instancia de Formulación.....Pág. 17

A.1. Regulación basada en incentivos económicos o de mercado.....Pág. 18

A.1.1 Asignación de derechos transables.....Pág. 18

a. ¿Qué se Asigna?.....Pág. 20

a.1.) Sector Hídrico.....Pág. 21

a.2.) Sector Pesquero.....Pág. 23

a.3) Sector Ambiental.....Pág. 25

b. ¿Cómo se Asigna?.....Pág. 29

b.1) Criterios de Asignación.....Pág. 29

a) Criterios Históricos.....Pág. 30

- Sector Pesquero.....Pág. 30

- Sector Ambiental.....Pág. 30

- Consideraciones en torno a los criterios históricos.....Pág. 31

b) Licitación o Subasta.....	Pág. 32
- Sector Hídrico.....	Pág. 32
- Sector Pesquero.....	Pág. 33
- Sector Ambiental.....	Pág. 33
- Consideraciones en torno a la licitación o subasta.....	Pág. 34
c) Uso adecuado de los recursos.....	Pág. 35
- Sector Hídrico.....	Pág. 35
- Sector Pesquero.....	Pág. 37
- Sector Ambiental.....	Pág. 38
- Consideraciones en torno al uso adecuado de los recursos.....	Pág. 38
B. Instancia de <i>enforcement</i> (cumplimiento).....	Pág. 41
B.1. ¿Quién Asigna?.....	Pág. 41
a) Sector Hídrico.....	Pág. 42
- Asignación de la autoridad mediante criterios de mercado cuando hay más de un interesado.....	Pág. 42
- Asignación de la autoridad previa solicitud de un interesado.....	Pág. 42
- Finalidad de la asignación inicial.....	Pág. 44
b) Sector Pesquero.....	Pág. 45
- Asignación de la autoridad mediante criterios de mercado.....	Pág. 46
- Asignación de la autoridad previa solicitud de los interesados.....	Pág. 46
- Finalidad de la asignación inicial.....	Pág. 47
c) Sector Ambiental.....	Pág. 48
- Asignación de la autoridad.....	Pág. 48
- Asignación mediante criterios de mercado.....	Pág. 48
- Finalidad de la asignación inicial.....	Pág. 49
C. Conclusiones del Capítulo.....	Pág. 50

Conclusiones Generales.....	Pág. 54
--	----------------

Bibliografía.....	Pág. 58
--------------------------	----------------

CUADROS COMPARATIVOS

CUADRO N° 1	
¿Qué se Asigna?.....	Pág. 28

CUADRO N° 2	
¿Cómo se Asigna?.....	Pág. 40

INTRODUCCIÓN

Gran parte de nuestro progreso social y económico descansa en la utilización de importantes recursos naturales. Ello nos impone el desafío de avanzar en el desarrollo de nuevas directrices relativas a la utilización de estos recursos con el fin de evitar el peligro consustancial a ellos, la escasez producto de su sobre explotación. Esto supone intentar concebir una especie de “carta de navegación” que guíe el desarrollo de estas directrices. Pues bien, el siguiente trabajo de investigación tiene por objeto presentar un marco de análisis que permita posicionar el fenómeno de los recursos comunes de manera tal que podamos construir en torno a ellos un estudio que dilucide las razones o justificaciones que ameritan la intervención del Estado en las decisiones sobre el uso de estos recursos, y las distintas alternativas de regulación cuando ella es necesaria, desde aquellas más tradicionales hasta las nuevas técnicas basada en incentivos económicos o de mercado.

Será, pues, sobre esta última alternativa que centraremos nuestro trabajo de investigación. Esto supone reconocer al mercado como un mecanismo de asignación eficiente y legítimo cuando opera y funciona adecuadamente. Tal posición se basa en la firme convicción, aún cuando reconocemos que discutible, de que la mejor manera de ordenar nuestra sociedad hacia el bien común es aquella que consagra mayores libertades a los individuos y menores potestades y discreción a la autoridad.

La importancia de este esfuerzo por configurar un marco de análisis, y que motiva el presente trabajo, consiste en que permite visualizar de mejor manera las fortalezas y debilidades de las técnicas regulatorias.

Para estos efectos tomaremos el caso de tres importantes sectores: el hídrico, el pesquero y el ambiental. La razón de la elección radica tanto en la importancia de los recursos en sí mismos en nuestra economía como en la posibilidad de contrastar sus marcos normativos en los cuales se incorporan instrumentos económicos que, en principio, nos indican que han optado por una orientación favorable al mercado para los efectos de la asignación de los recursos. El cumplimiento de aquello dependerá de la posibilidad de intercambio libre por parte de los particulares de sus titularidades jurídicas. Nuestro propósito será, entonces, comprobar que sólo en la medida que se fortalezca el derecho de propiedad será posible erigir un verdadero mercado.

El análisis se dividirá de la siguiente manera. En el primer capítulo presentaremos una teoría general, sobre la base de la literatura especializada, acerca del origen de la intervención reguladora del Estado y el lugar que ocupan los recursos comunes en ese origen como una típica justificación de la regulación. Este capítulo responderá a la pregunta ¿Por qué regular? El segundo capítulo comprenderá el contenido de la regulación cuando esta se hace imprescindible. Presentaremos sucintamente una serie de instrumentos o herramientas regulatorias distinguiendo entre aquellas que pueden ser definidas como regulación clásica o directa de aquellas que más bien responden a incentivos económicos o de mercado. Aquí desarrollaremos la parte más importante de nuestro trabajo. Basándonos en un análisis comparativo de los tres sectores escogidos, que girará en torno a las mismas interrogantes, intentaremos desentrañar el sentido de la regulación mediante incentivos económicos y, más precisamente, la asignación de derechos transables. Buscaremos comprobar si efectivamente cada vez que hay una asignación inicial de recursos escasos ésta tiene como propósito estructurar un mercado en donde por sí mismo no se crearía, o más bien la asignación tiene por finalidad aumentar las potestades regulatorias de la autoridad. Una u otra alternativa dependerá principalmente de la posibilidad que los particulares puedan actuar libremente intercambiando sus titularidades lo cual sólo será posible en la medida que se les asignen derechos de propiedad sobre el uso de los recursos. Pretendemos, también, definir el rol que cumple la autoridad en el proceso de asignación inicial y en cada asignación posterior. Este segundo capítulo responderá a la pregunta ¿Cómo regular?

Finalizaremos el trabajo con las conclusiones que podamos extraer fruto del análisis y estudio realizado a través del esquema propuesto.

CAPÍTULO I

¿POR QUÉ REGULAR? *FALLAS DE MERCADO*

En este capítulo comenzaremos a trazar las primeras líneas de nuestro trabajo en pos de configurar ese marco de análisis que nos guíe en el estudio del fenómeno de los recursos comunes y sus desafíos consustanciales. Entonces, en primer lugar presentaremos una teoría general, haciendo pie en la literatura especializada, que explique el origen de la intervención reguladora del Estado con especial interés en la importancia de los recursos comunes en dicha intervención, es decir, qué es lo que caracteriza a estos recursos para hacer necesaria la intervención de la autoridad como respuesta a los desafíos que ellos plantean. Por estas razones el capítulo comienza con la pregunta ¿Por qué regular? Una vez establecida la pertinencia de la intervención nos abocaremos, en el capítulo siguiente, al contenido de la regulación.

A. Justificaciones de la regulación: *Fallas de mercado.*¹

La acción reguladora del Estado puede ser entendida como una actividad desplegada en un escenario en donde existe un mercado pero que, ante la carencia de controles efectivos, este no cumple sus objetivos de eficiencia y eficacia. Este fenómeno corresponde a las *fallas de mercado*, lo que supone que la mejor opción para la asignación de los recursos en el sistema económico es, precisamente, la organización basada en el mercado. Por tanto, la regulación sólo debería existir donde el mercado no regulado fallará en alcanzar los resultados deseados. De este modo, la intervención de la autoridad se justificará en la consecución de un interés público consistente en corregir dicha falla frente a la cual las herramientas propias del derecho privado no sean capaces de dar una solución, y en la medida que el remedio regulatorio no sea peor (más costoso) que la enfermedad.

No obstante lo anterior, en algunos sectores o circunstancias puede también haber una *ausencia de mercado*, es decir, casos en los que no opera o existe un efectivo mercado (como, por ejemplo, ante situaciones caracterizadas por una pobre definición y protección de derechos de propiedad o en que la misma existencia de regulaciones distorsionan el normal funcionamiento del mercado y su sistema de precios), en cuyo caso se justifica una intervención correctiva de la

¹ En este acápite hemos seguido a ROMERO, J. (2005): “Origen de la Intervención Reguladora del Estado: Justificaciones y Explicaciones”, págs. 1 y 2.

autoridad, pero con una orientación distinta, esto es, favoreciendo los mecanismos de mercado. Y, por último, hay que tener presente casos en que, aunque exista un mercado que funcione razonablemente bien, éste, por su naturaleza, no es capaz ni está llamado a satisfacer ciertas necesidades, tales como las de carácter distributivo o, en general, de índole no económica o en que la eficiencia no sea el objetivo a maximizar. A la situación anterior la llamaremos, más que *fallas de mercado* propiamente tal, *limitaciones del mercado*, fenómeno el cual puede ameritar intervenciones regulatorias complementarias al mercado, en virtud de las carencias naturales de este último. Estas distinciones a lo que en términos generales se conoce como *fallas de mercado* constituyen matices que, entre otras utilidades, permite, quizás, avizorar con más claridad la actual dirección tendiente a recalcar aquello que suele denominarse regulaciones pro-competitivas o regulaciones a través de incentivos de mercado, en contraste con el uso de herramientas regulatorias más clásicas sustentadas, predominantemente, en el establecimiento de reglas prohibitivas o impositivas fértil en fijación de estándares y permisos previos lo cual se conoce en la literatura como *command and control regulation*. Asimismo, cuando se hace referencia a las *limitaciones de mercado* se está aludiendo a justificaciones de interés público para regular fundadas más allá de consideraciones económicas, como ocurre, por ejemplo, con la justicia distributiva.

Estos matices, además, nos dan a entender que la intervención reguladora de la autoridad no siempre se enfrenta a los mismos desafíos y dificultades. Asumir aquello nos puede conducir a una intervención irreflexiva sobre su conveniencia, con lo cual la regulación en vez de solucionar la falla llamada a remediar la puede agravar. O sea, la regulación también puede fallar cuando no hay coherencia entre sus justificaciones y su contenido. Por el contrario, toda intervención de la autoridad, en primer lugar, debe identificar de forma precisa cuál es su fundamento, su justificación. Así, será posible modelar respuestas y contenidos coherentes a esas justificaciones que conduzcan a resultados óptimos desde el punto de vista social. Sin embargo, históricamente los gobiernos han estado tal vez demasiado dispuestos en embarcarse en una política regulatoria sin cerciorarse primero si dicha intervención es realmente necesaria. En consecuencia, normalmente es difícil identificar las razones exactas que motivaron la intervención. Sin perjuicio de aquello, sobre la base de la literatura especializada, podemos elaborar una lista, aunque no exhaustiva, de las justificaciones más citadas, entre las que se encuentran, para nuestro propósito particular, los recursos comunes como una típica justificación para regular. Estas justificaciones pueden estar sustentadas en

consideraciones económicas (*fallas de mercado*) y no económicas.² Entre las primeras incluimos los *monopolios naturales*, *externalidades*, *problemas de información y coordinación* y, aún más relevante para nuestro trabajo, *los bienes públicos y los recursos comunes*. Entre las consideraciones no económicas incluimos la *justicia distributiva*, las *ganancias excesivas*, el *paternalismo* y las *aspiraciones, deseos y valores colectivos*. Lo anterior es sin perjuicio que, a menudo, las iniciativas regulatorias responden a una mezcla de justificaciones las cuales, sin un adecuado marco de análisis que informe su formulación e implementación, puede conducir a soluciones que confundan la *falla de mercado* a remediar con consideraciones no económicas cuya solución, como lo vimos al tratar las *limitaciones del mercado*, éste por su naturaleza no está llamado a satisfacer.

A.1. Justificaciones basadas en consideraciones económicas: El caso de los recursos comunes.

Al hablar de este tipo de consideraciones tomamos como supuesto esencial que hay un mercado en donde la existencia de una falla impide lograr resultados eficientes en lo que respecta a la asignación de los recursos a sus usos más valiosos desde el punto de vista social. Que exista un mercado quiere decir que hay una libre o no restringida interacción de fuerzas las cuales se complementan en la búsqueda de resultados óptimos. Dentro de las principales consideraciones económicas que justifican la regulación se encuentran los recursos comunes y los desafíos que ellos presentan relativos a su explotación. Para poder abordarlos, es conveniente hacer algunas reflexiones acerca de otro tipo de bienes que, aún cuando plantea desafíos distintos, comparte con los recursos comunes ciertas características. Estamos hablando de los bienes públicos.

A.1.1. Bienes Públicos.

Los bienes públicos son aquellos que no son excluibles y tampoco rivales en su consumo. Es decir, no es posible impedir que una persona utilice un bien público y su uso por parte de una no reduce su uso por parte de otra. Por ejemplo, la defensa nacional es un bien público. Una vez que el país se defiende de los agresores extranjeros, es imposible impedir que una persona disfrute del beneficio de esta defensa. Por otra parte, cuando una persona disfruta del beneficio de la defensa nacional no reduce el beneficio de ninguna otra.³

² OGUS, A. (2001): "Regulatory Institutions and Structures", *Working Paper Series*, Centre on Regulation and Competition, Institute for Development and Management, University of Manchester, (4), pág. 3.

³ MANKIW, G.: *Principios de Economía*. Trad. Esther Rabasco y Luis Toharia Cortés. Madrid. Mc Graw- Hill Interamericana España S.A.U. 1998. Pág. 211.

Dado su carácter de imposibilidad de exclusión no existe un sistema de precios que incentive a los privados a proveerlos en la cantidad adecuada. Además, la no exclusión puede dar lugar a *free riders* (parásito), o sea, aquellos que se han beneficiado de ese bien sin contribuir a su financiamiento. Cabe señalar que el sistema de precios cumple dos funciones claves en el mercado: emiten señales e inducen a que tales señales sean utilizadas para la toma de decisiones. Así, los precios constituyen el mecanismo que atrae recursos productivos a las distintas actividades y los inducen a abandonar otras.⁴ Por ello, la falla consiste en que el mercado será ineficiente en la provisión de los bienes públicos lo cual se traducirá en una subproducción de los mismos, o sea, una oferta inferior a la socialmente óptima, lo que podría generar, eventualmente, un espacio para la intervención reguladora del Estado.⁵ Dicha intervención sería encargándose directamente de la producción, o bien subvencionando a empresas privadas teniendo siempre en vista una provisión en cantidad óptima.⁶

A.1.1.1. Recursos Comunes.

Los recursos comunes, al igual que los bienes públicos, no son excluibles: están gratuitamente a disposición de todo el que quiera utilizarlos. Sin embargo, los recursos comunes son rivales: su uso por parte de una persona reduce su uso por parte de otra. Por lo tanto, los recursos comunes plantean un nuevo problema. Una vez que se suministra el bien, las autoridades tienen que ocuparse de ver cuánto se utiliza.⁷ La ineficacia de mercado radica en que al ser “gratuitos” (no excluibles) se incentiva la sobre explotación del bien precisamente por esa noción de gratuidad y, dado su carácter de rivalidad en el consumo, esa sobre explotación generará escasez.

Lo que en realidad ocurre es que en estos mercados los precios fracasan en su misión de informar, promover la cooperación y generar los incentivos correctos. Cuando este fracaso sucede, el gobierno debe intervenir para corregir la situación en beneficio del bienestar general: es un rol irrenunciable que le corresponde tomar al Estado. De no hacerlo estaría cometiendo un “pecado de omisión” al permitir que en los mercados imperen precios mentirosos y que nos engañen, tal como sucede con los recursos comunes y su supuesta “gratuidad”.⁸

⁴ FONTAINE, E., SCHENONE, O. (2001): “Nuestra economía de cada día”, Alfaomega, págs. 55 y 57.

⁵ ROMERO, J. (2005): *Ob. Cit.*, págs. 16 y 17.

⁶ ROMERO, J. (2004): “Los Bienes Públicos y los Recursos Comunes”, *Apuntes de Clases*, pág. 6.

⁷ MANKIW, G.: *Ob. Cit.*, pág. 216.

⁸ FONTAINE, E., SCHENONE, O. (2001): *Ob. Cit.*, pág. 97.

En aras de no cometer dicho pecado, el Estado puede resolver el problema reduciendo el uso de los recursos comunes por medio de regulaciones, las cuales pueden ir desde cuotas de uso –estándares- o impuestos, hasta la asignación de derechos de propiedad o, lo que es lo mismo, la conversión del recurso común en un bien privado, esto último lo cual, puede obedecer a una asignación de la autoridad o a un acuerdo privado entre los interesados con el objeto de crear un mercado donde anteriormente no existía.⁹ La asignación como alternativa de solución presenta una serie de desafíos relativos a los criterios y procedimientos a través de los cuales se asignen los recursos a los usos más valorados. Por su parte, los estándares (restricciones o prohibiciones) tampoco están exentos de problemas: 1) disminuye transitoriamente la velocidad de extracción, pero genera incentivo a sobre invertir cuando es permitido y 2) se estimula –unido a las dificultades de fiscalización- el mercado negro.¹⁰

A.1.1.1.1. Sector hídrico, pesquero y ambiental: Claros ejemplos de recursos comunes.

Estos sectores ejemplifican un caso en donde las justificaciones para la regulación se basan en la presencia de recursos comunes. Así, la *falla de mercado* inherente a este tipo de recursos es la sobre utilización y la consecuente escasez de los mismos en cantidad y calidad debido a la inexistencia de un sistema de precios que reflejen su valor desde el punto de vista social, es decir, existe un “precio mentiroso” que hace necesaria la intervención de la autoridad a través de la regulación.

Sobre esta situación hemos destacado la preocupación que la doctrina otorga a dicha *falla de mercado*, ubicándola entre aquellas basadas en consideraciones económicas para la regulación. Pero las autoridades también se han hecho cargo de esta preocupación, lo que ha dado origen a una serie de propuestas tendientes a modificar el régimen jurídico aplicable a estos sectores en el entendido de que, ante la ausencia de una intervención reguladora del Estado, no existirán incentivos adecuados para un uso razonable de los recursos debido a que el mercado no es capaz de generarlos por sí solo a través de los instrumentos que el derecho privado ofrece.

Sector Hídrico: Conforme progresa nuestra sociedad y economía, la demanda por recursos hídricos aumenta para distintos usos, los cuales son excluyentes entre sí dada la rivalidad en el consumo. Hoy en día, los requerimientos de agua ya no sólo se limitan al

⁹ ROMERO, J. (2004): *Ob. Cit.*, págs. 8 y 9.

¹⁰ ROMERO, J. (2005): *Ob. Cit.*, págs. 26 y 27.

consumo de la población, uso agrícola y riego, sino que también a la generación de electricidad, explotación de yacimientos mineros, usos industriales, sanitarios y ecológicos. Es decir, ante la misma disponibilidad de agua la demanda por ella ha aumentado. A esto se agrega el hecho de que la renovación de este recurso se debe en gran medida a ciclos hidrológicos de difícil pronóstico y control, los cuales se han visto afectados por la contaminación, cuya raíz fundamental se encuentra en la llamada urbanización de la tierra, o sea, la concentración territorial de la población mundial. El problema radica en que se han presionado puntualmente los ecosistemas naturales allí donde se asientan las ciudades y, de este modo, se ha sobrepasado la velocidad natural de regeneración de estos sistemas. En definitiva, el gran dilema actual es que se ha generado un enorme divorcio entre los lugares geográficos de amplias disponibilidades de aguas por razones climáticas, y los espacios territoriales donde se concentra la demanda de este recurso.¹¹ Si a esto sumamos una ausencia de incentivos que informe a los distintos agentes para un uso eficiente del recurso hídrico, las demandas serán satisfechas sin considerar el óptimo social. Significa, entonces, que los agentes intentarán consumir toda el agua posible antes que otro lo haga, incluso aquella que no sea estrictamente necesaria para el logro de sus objetivos personales e industriales, debido a la imposibilidad de exclusión en el uso de la misma y una incorrecta noción de gratuidad. En un escenario así, el resultado lógico será la sobre explotación acelerada del recurso y, por consiguiente, su escasez dado que los usos posibles son rivales entre sí. El desafío consiste en crear esos incentivos que reflejen la valoración social de los distintos usos. Esto no es otra cosa que explicitar el costo de oportunidad del agua. Ahí radica el interés público que justifica la intervención de la autoridad por medio de la regulación, o sea, corregir una suerte de *ausencia de mercado*.

Sector Pesquero: La actividad de la pesca presenta una particularidad que es la falta de derechos de propiedad sobre el recurso; es decir, con la tecnología actual no es posible controlar un cardumen desde su nacimiento hasta su captura en mar abierto, tal como se puede hacer con el ganado en tierra firme. Ahora bien, los empresarios desean maximizar sus utilidades y si no existen derechos de propiedad se generan incentivos “perversos” que, a su vez, generan una serie de distorsiones, entre las cuales se pueden mencionar las siguientes:¹²

¹¹ RIESCO, R. (1999): “¿Es el Agua un Recurso Escaso?”, *Revista de Derecho Administrativo Económico*, I (2), pág. 221.

¹² FLORES, T. (2002): “Sector Pesquero: Los Beneficios de una Adecuada Legislación”, *Serie Informe Económico N° 134*, Libertad y Desarrollo, págs. 1 y 2.

- 1) Rápida extracción del recurso: Como no existen incentivos correctos, se procede a extraer lo más rápido posible, lo que se ha denominado “La carrera olímpica”.
- 2) Sobre-inversión: Dado que se debe maximizar la capacidad de captura durante el tiempo que ésta se permite, se procura maximizar la capacidad de la flota pesquera.
- 3) Sobre explotación: No existen incentivos para no capturar los especímenes juveniles, ya que luego puede venir otro pescador y sacarlos, por lo cual se extrae más de lo que sería racional para un recurso con derechos de propiedad asignados.

Es por estas razones que los esfuerzos de regulación han sido justificados sobre la base de la escasez que generó el crecimiento de la explotación pesquera vía incremento en el tonelaje desembarcado.¹³ El reciente proyecto de ley incorpora a la legislación pesquera los principios precautorio y ecosistémico, los cuales apuntan a la conservación de los recursos hidrobiológicos.¹⁴ Otro objetivo declarado es maximizar el crecimiento económico del sector incentivando el otorgamiento de un mayor valor a los productos. Además, se busca potenciar la actividad pesquera artesanal y lograr un mayor desarrollo de su capacidad productiva.

Como es posible apreciar, los desafíos en este sector son idénticos a aquellos que plantea el sector hídrico, o sea, crear las condiciones e incentivos que permitan un uso racional y adecuado de los recursos desde el punto de vista social con el objeto de evitar la sobre explotación de ellos y su consecuente escasez. En este caso, sin una intervención correctora seguirá imperando una suerte de *ausencia de mercado*.

Sector Ambiental: Este sector se encuentra ante la necesidad de establecer un sistema que permita a las fuentes contaminantes internalizar el costo que sus emisiones implican a la sociedad. Por tanto, a primera vista la *falla de mercado* que justifica la intervención regulatoria es aquella representada por las externalidades negativas que surgen de la contaminación ambiental. Sin embargo, mirado desde la perspectiva de nuestro trabajo, es posible considerar que esta *falla de mercado* es un ejemplo de un problema de recursos comunes de la misma forma que los dos casos anteriores. O sea, la excesiva contaminación es equivalente a la sobre

¹³ PEÑA, J. (2002): “Debate sobre cuotas individuales transferibles: ¿Privatizando el mar? ¿Subsidios? O ¿Muerte anunciada de la pesca extractiva en Chile?”, *Revista de Estudios Públicos*, N° 86, Centro de Estudios Públicos, pág. 184.

¹⁴ Mensaje N° 3222-03 de 15 de abril de 2003 que modifica la Ley General de Pesca y Acuicultura cuyo texto coordinado y sistematizado fue fijado por el Decreto Supremo N° 430 de 1991 del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción.

utilización del recurso hídrico y la rápida extracción de los recursos pesqueros o “carrera olímpica”. No hay que olvidar que cualquiera sea el sistema de control ambiental, aquél siempre se proyectará en la administración y uso de un recurso común y escaso, el aire limpio, y, por tanto, la cantidad utilizada nos enfrenta a los mismos desafío en el diseño y aplicación de las políticas regulatorias con el objeto de evitar la contaminación ambiental en niveles que sobrepasen el óptimo social. Sin regulación, y al igual que los sectores hídrico y pesqueros, los agentes no encontrarán obstáculo alguno para llevar adelante procesos productivos que contaminen a un nivel que les permita igualar sus costos con los beneficios obtenidos precisamente a partir de esa producción, sin importar que el costo social sea mucho mayor que esos costos privados.

B. Conclusiones del Capítulo.

Hemos intentado esbozar un cuadro analítico que nos permita comprender el origen de la actividad reguladora del Estado para responder a la pregunta inicial ¿Por Qué Regular?

Normalmente, será necesario acreditar la existencia de un legítimo interés público que amerite la intervención regulatoria, interés que puede estar justificado en base a consideraciones económicas, entre las que destacan los recursos comunes como una típica justificación para regular y que hemos denominado *falla de mercado*, la cual, en los sectores objetos de nuestra investigación, consiste en que un mercado no regulado conducirá a la sobre explotación de los recursos y conllevará a la escasez de los mismos debido a sus características esenciales de imposibilidad de exclusión y rivalidad en el consumo. Entonces, en estos sectores la *falla de mercado* corresponde más bien a uno de los matices de aquella, es decir, *una ausencia de mercado* que debe ser corregida mediante la intervención regulatoria. En consecuencia, la presencia de estos recursos supone un problema común que enfrenta a nuestros sectores al desafío de determinar tanto la cantidad utilizada de los mismos como quiénes valoran más su uso con el propósito de asignarlos eficientemente, intentando lograr así el óptimo social. Ello supone plantearnos ahora una nueva interrogante dirigida a determinar qué tipo de intervención es la más adecuada en atención a las características propias de los sectores estudiados y los desafíos que imponen. Entonces, una vez examinadas las justificaciones de la regulación, la pregunta apropiada será ¿Cómo Regular? con el objeto de determinar el contenido y la orientación de las soluciones y así comprobar la consistencia de las mismas

especialmente cuando, tal como ocurre en estos casos, las justificaciones para la regulación son similares. A ello nos abocaremos en el capítulo siguiente.

CAPÍTULO II

¿CÓMO REGULAR?

Hasta el momento hemos intentado comprender el fenómeno regulatorio desde la perspectiva de sus orígenes, es decir, por qué surge una determinada intervención regulatoria de la autoridad. Ahora bien, una vez reconocidas las justificaciones de esta actividad, corresponde preguntarnos sobre el contenido de dicha intervención. La pregunta apropiada sobre ese contenido sería ¿Cuál es la principal característica de un “buen” o “sensato” sistema regulatorio? La respuesta tiene dos dimensiones. La primera se refiere a los instrumentos o formas legales seleccionadas para cumplir los objetivos deseados. Estos debiesen ser apropiados a la luz de las justificaciones sociales y económicas para la intervención y de su impacto previsto en la sociedad regulada. La segunda consiste en los procedimientos o procesos mediante los cuales los instrumentos son formulados y aplicados.¹⁵ Para verificar estas características haremos una distinción entre una instancia de formulación y una de *enforcement* (cumplimiento). La primera se refiere a las distintas herramientas regulatorias disponibles para cumplir los objetivos propuestos. El *enforcement*, en tanto, dice relación con la autoridad que implementa, monitorea y fiscaliza la aplicación de esos instrumentos y los procedimientos utilizados para estos fines.

A continuación presentaremos cada una de estas instancias con el fin de incorporar en ellas tanto las medidas adoptadas como aquellas que se encuentran en actual discusión, en sede legislativa, relativas a los sectores hídrico, pesquero y ambiental, con el propósito de identificar las orientaciones de esas políticas. Será, entonces, posible encontrar casos en que la regulación está orientada a crear un mercado donde previamente no existía, o bien, casos en que se recurre a instrumentos económicos con el fin de ordenar a los participantes y así facilitar la labor regulatoria de la autoridad sin que ello necesariamente signifique la generación de un verdadero mercado. Ello nos dará la oportunidad de integrar los conceptos de *falla* y *ausencia de mercado*, matices de la regulación que presentamos en el primer capítulo.

¹⁵ OGUS, A. (2001): *Ob. Cit.*, pág. 2.

A. Instancia de Formulación.

La elección de un apropiado instrumento regulatorio debe depender, en primera instancia, de las justificaciones para la intervención. Una vez que éstas han sido identificadas, la autoridad se enfrenta a una elección entre distintos instrumentos, cada uno con su propio conjunto de ventajas y desventajas. Es una selección de aquellos instrumentos que pueden cumplir los objetivos regulatorios al menor costo.¹⁶ Es por esta razón que hemos iniciado nuestro trabajo con las justificaciones para la intervención que denominamos *fallas de mercado*. Ello nos permitirá avizorar de mejor forma el contenido de las medidas adoptadas. Además, el análisis comparativo de los sectores investigados posibilitará ahondar en la consistencia intersectorial de tales medidas, esto es, si antes escenarios (justificaciones) similares hay soluciones similares (instrumentos regulatorios).

Por lo tanto, una vez determinada la necesidad de la intervención regulatoria del Estado corresponde establecer los medios idóneos para remediar la *falla de mercado* respectiva. Esos medios son las herramientas o instrumentos regulatorios. Sin embargo, aquello que pudiera parecer sencillo en realidad no lo es tanto, ya que existe una variopinta clasificación de herramientas regulatorias que, en algunas ocasiones, son aplicadas a partir de dogmas ideológicos y prejuicios más que en su conveniencia técnica y eficiencia para resolver el problema que justifica su aplicación. Así, existen instrumentos de regulación clásica y directa, denominada regulación de comando y control, tales como los permisos previos y estándares, y formas de regulación basadas en incentivos económicos o de mercado como los impuestos, subsidios y asignación de derechos transables.

En nuestra opinión, la opción por alguno de estos instrumentos debe considerar un equilibrio entre el tipo de desafío que se enfrenta y las alternativas más afines y coherentes para solucionar tales problemas. En el caso de los sectores que estamos investigando, concluimos que la justificación de la intervención radicaba en la presencia de recursos comunes que, ante la falta de los incentivos correctos, están destinados a ser sobre explotados dada su imposibilidad de exclusión y, por tanto, a su consecuente escasez, debido a que los usos posibles son rivales entre sí. De esta manera, sin intervención lo que hay es una *ausencia de mercado*. Pues bien, el desafío consiste en crear ese mercado ausente para lo cual es conveniente optar precisamente por aquellos instrumentos de regulación basados en incentivos de mercado, y más

¹⁶ OGUS, A. (2001): *Ob. Cit.*, pág. 3.

específicamente, la asignación de derechos transables. Esta será la mejor manera para incorporar en las decisiones de los agentes la información necesaria que los conduzca a una explotación socialmente óptima. Ello será posible en la medida que se introduzca el sistema de precios, flujo sanguíneo del mercado, y derechos sobre los recursos bien definidos y protegidos por el ordenamiento jurídico que, a su vez, puedan ser transados libremente gracias a la información dada por los precios.

A.1. Regulación basada en incentivos económicos o de mercado.

Los instrumentos económicos buscan modificar el comportamiento de los agentes internalizando los costos por medio de un cambio de los incentivos que esos agentes enfrentan. Algunos ejemplos de instrumentos económicos son los cargos o impuestos y los subsidios. En el caso de los primeros, estos buscan que el monto cobrado iguale el daño que se infringe a otros, es decir, su objetivo es que las externalidades negativas sean internalizadas. Los subsidios, en tanto, apuntan en la dirección contraria. Aquí los pagos son hechos a las empresas o individuos para inducirlos a realizar un comportamiento deseado o a reducir o evitar una actividad no deseada.

Un tercer instrumento económico de regulación es la asignación de derechos transables. Es precisamente sobre esta herramienta que analizaremos a continuación los sectores investigados.

A.1.1 Asignación de derechos transables.

Constituyen una alternativa de regulación ante la presencia de *fallas de mercado* vinculadas a los recursos comunes. Consiste en otorgar a los particulares derechos de uso (y en ocasiones de propiedad) sobre una determinada cantidad de recursos respecto de los cuales, por su naturaleza, resulta complicado establecer una adecuada definición de propiedad dificultando así un uso eficiente de los mismos desde el punto de vista social. En otras palabras, por medio de esta alternativa se convierte un recurso común en un bien privado, esto último lo cual, puede obedecer a una asignación de la autoridad o a un acuerdo privado entre los interesados.

El objetivo de esta herramienta consiste en generar los incentivos adecuados para desarrollar un escenario de mercado que permita, en base al sistema de precios, corregir la sobreutilización de recursos escasos amparada por una incorrecta noción de gratuidad debido a

la presencia de “precios mentirosos” que no reflejan la real escasez de los recursos. Conviene precisar aquí que el concepto “mercado” es un concepto de carácter económico el cual, en clave jurídica, consiste en el libre acceso a la titularidad de los bienes; la libre transferibilidad de estos y la intangibilidad de las titularidades jurídicas.¹⁷

Es, precisamente, respecto de esta forma de regulación que descansa la idea central del presente trabajo de investigación. Esto supone reconocer al mercado, en los términos económicos y jurídicos antes expuestos, como la mejor alternativa de asignación de recursos. Ello encuentra fundamento jurídico en nuestra propia Constitución Política y su sistema garantístico que posibilita un amplio funcionamiento de los mercados, pero sujetos a marcos regulatorios y a una intervención administrativa que si bien no puede afectar su esencia, al mismo tiempo debe procurar defender el interés común, impidiendo, por ejemplo, el quebranto de las reglas que impone el bien común, como los monopolios u otras actitudes ilegítimas. Nuestra sociedad se rige actualmente por una economía basada en el mercado, que ha permeado completamente el sistema jurídico; y el papel del jurista es de constatación y de comprensión de los principios jurídicos que se originan en su rededor. Esto es una consecuencia del énfasis actual de los “derechos de propiedad” como fuente de eficiencia económica, a partir de lo cual casi todos los sistemas legislativos definen con un gran manto protector, y con libertad de transferencia, los derechos de los particulares que actúan como agentes económicos en aquellas áreas de la economía en que existe un “marco regulatorio” que posibilita una mayor o menor intervención estatal. Esta posición tiene hoy una amplia aceptación, y nuestra legislación está cada vez más compenetrada de tales conceptos, sobre todo a partir de la Constitución de 1980. Según las ideas matrices del sistema de economía libre, establecido y garantizado a partir de la Carta Fundamental de 1980, los “mercados” deben funcionar, para lo cual a los particulares les corresponde un rol activo, perteneciendo al Estado sólo un papel subsidiario y regulador. Para que ello ocurra se necesita al menos cumplir con dos grandes exigencias: una es que los derechos de propiedad en los diferentes sectores sean lo más claro posibles y la otra es que las regulaciones estatales sean compatibles con los principios, con la mecánica y con la flexibilidad propia de una economía libre o de mercado.

¹⁷ VERGARA, A. (1999): “Presentación”, *Revista de Derecho Administrativo Económico*, I (1), págs. 7 y 8.

Estas son las ideas que han inspirado la legislación económica chilena de los últimos años, bajo las ideas matrices contenidas en la Constitución.¹⁸

Conforme a esta idea matriz intentaremos constatar si efectivamente en nuestra legislación relativa a los recursos naturales concurren los elementos propios del mercado y que lo reconozcan como un mecanismo de asignación legítimo y eficiente. Para ello hemos tomado el caso de tres importantes sectores de los que ya adelantamos las justificaciones para la intervención regulatoria del Estado: el sector hídrico, el sector pesquero y el sector ambiental. Su análisis transversal, en base a las mismas interrogantes, permitirán extraer lecciones que irán emanando a lo largo de la comparación. Con ello intentamos advertir el cumplimiento de los presupuestos esenciales del mercado, especialmente, la libertad para acceder a la titularidad de bienes y su libertad de transferencia.

Para tal efecto dividiremos el análisis en esta parte en base a dos interrogantes: ¿Qué se asigna? y ¿Cómo se asigna? Para responder estas preguntas revisaremos los distintos cuerpos normativos que regulan cada uno de estos sectores y sus diversas modificaciones buscando dilucidar la orientación de ellas, esto es, más mercado o más Estado, es decir, si la asignación de derechos tiene por objeto crear un mercado donde previamente no lo había (*ausencia de mercado*), o perfeccionar los mecanismos de mercado existentes, o bien, establecer nuevos ámbitos de decisión y discreción en favor de la autoridad.

a. ¿Qué se Asigna?

Por medio de esta pregunta intentamos definir el recurso objeto de la asignación desde sus características jurídicas. De este modo, podremos identificar si el título por el cual se asignan los recursos constituye en favor del asignatario un verdadero derecho de propiedad, con el amparo constitucional y legal que merece, o bien, una autorización o permiso para al ejercicio (uso) calificado del recurso asignado sin que el ordenamiento jurídico reconozca al mismo tiempo la propiedad sobre aquél ejercicio que permita a sus titulares incorporarlo en su patrimonio y transferirlo libremente.

¹⁸ Ibid.

a.1.) Sector Hídrico:

En lo que respecta a las aguas, nuestro ordenamiento jurídico les ha atribuido el carácter de bienes nacionales de uso público, publicación contenida en el artículo 595 del Código Civil y el artículo 5º del Código de Aguas.¹⁹ Ahora bien, esta última disposición legal señala que sobre las aguas “*se otorga a los particulares el derecho de aprovechamiento de ellas, en conformidad a las disposiciones del presente Código.*” Así, obtenemos rápidamente una primera conclusión, tal vez evidente pero igualmente importante. Nuestro ordenamiento jurídico otorga un derecho sobre el uso de las aguas y no sobre las aguas mismas dado su carácter, ya conocido para nosotros, de bien nacional de uso público.

En cuanto a ese derecho de aprovechamiento nuestro ordenamiento jurídico despliega todo su manto de garantías no sólo legales, sino también constitucionales. En cuanto a las garantías constitucionales, la Carta Fundamental señala en el artículo 19 N° 24 inciso final que “*Los derechos de los particulares sobre las aguas, reconocidos o constituidos en conformidad a la ley, otorgarán a sus titulares la propiedad de sobre ellos.*” A su turno, el Código de Aguas en su artículo 6º dispone que “*El derecho de aprovechamiento es un derecho real que recae sobre las aguas y consiste en el uso y goce de ellas, con los requisitos y en conformidad a las reglas que prescribe este Código.*” El mismo artículo, en su inciso segundo, señala que “*El derecho de aprovechamiento sobre las aguas es de dominio de su titular, quien podrá usar, gozar y disponer de él en conformidad a la ley.*”

Para llegar a este escenario actual, no ausente de polémica, de reconocimiento a los particulares de un derecho de uso y goce de las aguas (aprovechamiento) el cual otorga a los particulares la propiedad sobre ese aprovechamiento, ha debido existir una evolución en nuestra legislación. Así, los derechos de uso o aprovechamiento de aguas de los particulares han tenido tres evoluciones perfectamente distinguibles:²⁰

- a) Desde un inicio del derecho nacional convivieron, en los mismos ríos, los titulares de dos tipos de derechos: los de riberanos y los derivados de mercedes estatales, cada uno de los cuales tenían estatutos legales diferenciados; la derogación de las disposiciones civiles que reconocían derechos de aguas a los riberanos, en 1951, haría desaparecer tal diferencia, sometiendo a todos los derechos a un mismo régimen de uso, que es la situación vigente.

¹⁹ El artículo 595 del Código Civil dispone: “*Todas las aguas son bienes nacionales de uso público.*”

²⁰ VERGARA, A. (2004): “Discrecionalidad Administrativa y Nuevas Limitaciones a los Derechos de Agua”, *Puntos de Referencia*, N° 276, Centro de Estudios Públicos, pág. 2.

- b) En un inicio la legislación civil reconoció la existencia de derechos de propiedad particular sobre algunas aguas: hoy, los particulares ostentan sobre las aguas un “derecho de aprovechamiento”, que le permite a su titular el “uso y goce” de las aguas (no su propiedad).
- c) La última fase de esta evolución es la actual posibilidad de desvinculación jurídica de estos derechos de uso de aguas respecto a un terreno específico, o a un uso específico, pudiendo los particulares alterar dichos usos específicos y cambiar los lugares de uso.
- d) En efecto, a partir de 1981, los particulares ostentan unos derechos de aguas libremente obtenibles, ejercibles y transferibles; fruto de la última evolución de la legislación de aguas como el resultado de la evidente aplicación de una política económica de libre mercado, que ha caracterizado a estos derechos del siguiente modo:
- el libre acceso a la titularidad sobre nuevos derechos de aguas;
 - la libre transferibilidad de los derechos de aprovechamiento de aguas;
 - la protección de la intangibilidad de los derechos de aguas;
 - el libre uso y goce de las aguas a que se tiene derecho, y
 - la posibilidad de integrar organizaciones de usuarios para la autónoma y descentralizada distribución de agua.

Esta evolución sobre la propiedad de los derechos de aprovechamiento es importante ya que la manera cómo se definan los derechos de propiedad estructurará los incentivos y desincentivos que los miembros de la sociedad encaran en sus decisiones respecto a la propiedad, el uso y la transferencia del agua. Para que los participantes en el mercado estimen el valor de un derecho de aprovechamiento de aguas, deben poder formarse expectativas seguras acerca de los beneficios y costos vinculados con poseerlo y transferirlo y la medida en que está protegido de que otros lo vulneren. Sólo sobre esa base pueden tomar decisiones económicas lógicas sobre el uso y transferencia del agua. Si los derechos de propiedad no están bien definidos, la incertidumbre consiguiente reducirá su valor previsto y el incentivo para transferirlos. Para lograr una asignación eficiente de recursos mediante el mercado, la definición de los derechos de propiedad debe satisfacer las condiciones de especificidad, exclusividad, transferibilidad, integralidad y exigibilidad.²¹

²¹ LEE, T., JURAVLEV, A. (1998): “Los Precios, la Propiedad y los Mercados en la Asignación del Agua”, *Serie Medio Ambiente y Desarrollo* (6), Comisión Económica para América Latina y El Caribe, Naciones Unidas, pág. 13.

a.2.) Sector Pesquero:

La legislación pesquera que reglamenta la actividad extractiva ha combinado mecanismos de regulación clásica y directa, como los estándares, y mecanismos de mercado. Entre los primeros destacan las vedas, esto es, aquél acto administrativo establecido por la autoridad competente en que está prohibido capturar o extraer un recurso hidrobiológico en un área determinada por un espacio de tiempo.²²

Sobre los mecanismos de mercado, desde fines de los 80 se ha venido discutiendo en Chile la posibilidad de implementar cuotas individuales de pesca en nuestras principales pesquerías, a raíz de las señales de creciente escasez en los principales recursos pesqueros. Como parte de este proceso, la Ley Pesquera de 1991 introdujo la opción de usar cuotas individuales transferibles (CIT).²³ Tal discusión se inició con la proposición original conocida como “Ley Merino” a fines de los años 1980, que señalaba que el acceso a las pesquerías distintas de aquellas en plena explotación sería libre, solicitándose sólo un requisito de registro simple. La innovación de la propuesta estaba en la regulación al acceso de las pesquerías en plena explotación. Se proponía que el acceso a estas pesquerías se realizara a través de un sistema de licencias individuales de pesca, permanentes y de libre transferencia y división. Estas se basarían en cuotas individuales transferibles, definidas como un porcentaje de las cuotas globales anuales. Sin embargo, este cuerpo legal nunca entró en vigencia.²⁴

Con todo, en la aplicación de cualquiera de estas herramientas regulatorias hay que considerar el carácter de los recursos asignados con el objeto de concluir si estamos o no frente a un verdadero derecho de propiedad que pueda dar paso a un mercado que asigne esos recursos eficientemente y de manera libre.

Para obtener una respuesta a la pregunta inicial (¿Qué se asigna?) hay que considerar el estatus jurídico que nuestro derecho otorga a la pesca. Vemos así, que el primer estatuto de leyes que regula la pesca es el Código Civil. En efecto, el artículo 607 del mismo señala que “*la caza y la pesca son especies de ocupación por las cuales se adquiere el dominio de los animales bravíos.*” En atención a esta disposición concluiríamos que la pesca origina verdaderos derechos de propiedad en el entendido de que la ocupación es un modo de adquirir el dominio. Sin

²² Artículo 2 N° 48 del D.S. del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción N° 430/92 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.

²³ PEÑA, J. (2002): *Ob. Cit.*, pág. 186.

²⁴ FLORES, T. (2002): *Ob. Cit.*, pág. 2.

embargo, el artículo 611 del Código Civil dispone que *“la caza marítima y la pesca se regularán por las disposiciones de este Código y, preferentemente, por la legislación especial que rija al efecto.”* Nótese la expresión *preferentemente* de que se vale la norma recién transcrita. Ello no es más que la aplicación del principio de especialidad contenido en el artículo 4º del Código Civil. Pues bien, para dilucidar la verdadera naturaleza de aquello que se asigna es menester recurrir a la Ley General de Pesca y Acuicultura de 1991 que en su artículo primero dispone que bajo su régimen queda sometida toda actividad pesquera extractiva, entre otras materias.

Dicho cuerpo normativo exige que aquellos interesados en desarrollar la pesca extractiva deben solicitar una autorización de pesca la cual no podrá enajenarse, arrendarse ni constituirse a su respecto otros derechos en beneficio de terceros a ningún título.²⁵ Similar situación ocurre con las cuotas individuales incorporadas por la ley transitoria N° 19.713, de 2001, ya que la transferibilidad directa de las mismas entre armadores quedó excluida.²⁶

De lo anterior queda de manifiesto que las cuotas asignadas no constituyen verdaderos derechos de propiedad que puedan dar lugar a un mercado como instrumento de asignación de recursos tal como ocurre en el caso del sector hídrico. Nuestra afirmación descansa en la idea de que esas cuotas sólo constituyen una autorización que habilitan la extracción de los recursos pesqueros sin que exista propiedad sobre dicha autorización que permita ser enajenado. O sea, no es posible transferir libre y directamente las cuotas asignadas entre los armadores pesqueros, elemento esencial para que exista un mercado.

A nuestro juicio, ello no es más que una decisión consciente del legislador ya que la misma Ley General de Pesca al tratar las autorizaciones de acuicultura permite que los derechos del acuicultor en base a esa autorización sean transferibles y en general susceptibles de negocio jurídico.

Esto nos permite establecer un contrapunto entre el sector hídrico y pesquero. En aquél, hay propiedad sobre el derecho de aprovechamiento de aguas y no sobre las aguas mismas. En el sector pesquero, en cambio, hay propiedad sobre los recursos ya extraídos del mar (ocupación) y no sobre la autorización que permite esa extracción, es decir, sobre las cuotas individuales de captura (equivalente al derecho de aprovechamiento de aguas) dada su

²⁵ Artículo 15 del Decreto Supremo N° 430 de 21 de enero de 1992, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de ley N° 18.892 de 1989 y sus modificaciones, Ley General de Pesca y Acuicultura.

²⁶ PEÑA, J. (2002): *Ob. Cit.*, pág. 187.

imposibilidad de libre transferibilidad entre armadores, elemento imprescindible para la generación de un mercado. Reconocemos, por tanto, una diferencia fundamental en nuestra “regulación de recursos naturales”. Aún cuando los derechos de aprovechamiento de aguas y las cuotas de captura permiten lo mismo, la extracción de aguas y peces respectivamente, sólo en el sector hídrico se reconoce propiedad sobre el derecho que permite esa extracción, no siendo así en el caso de las cuotas individuales de pesca debido a que estas no pueden ser transadas libremente una vez que han sido asignadas.

En resumen, en la pesca no se otorga un verdadero derecho de propiedad, sino más bien una autorización, por medio de cuotas individuales de captura, para un ejercicio (uso) calificado de los recursos asignados: la extracción.

a.3) Sector Ambiental:

El tercer ámbito de regulación mediante el instrumento de mercado consistente en la asignación de derechos transables lo constituye el sector ambiental. A diferencia de los casos anteriores, la aplicación de este instrumento regulatorio de manera general aún se encuentra en discusión legislativa por lo que cualquier tipo de análisis sólo se puede formular en términos teóricos. De ahí la necesidad de comparación transversal con sectores en los cuales actualmente sus regulaciones sectoriales contemplan instrumentos económicos para los efectos de asignación de recursos escasos. Ello nos permitirá extraer lecciones que nos brinde la posibilidad de concluir que la manera más eficiente para corregir las *fallas de mercado* generadas a partir de la contaminación ambiental es, precisamente, la aplicación de instrumentos económicos de gestión ambiental, sin perjuicio de las siempre necesarias medidas de comando y control.

En cuanto a los instrumentos económicos, uno de los más discutidos en el último tiempo con respecto a la protección ambiental se basa en la idea que la contaminación se puede combatir más eficientemente posibilitando que los derechos de contaminación puedan ser comercializados. En su forma pura, este sistema opera sobre la base de una entidad regulatoria la cual fija un límite absoluto del monto a ser descargado en una determinada área o cuenca. Una vez adquiridos, los derechos de emisión o descarga pueden ser libremente transados entre las empresas de modo tal que serán adquiridas por aquellas que más los valoran, usualmente aquellas firmas para las cuales resulta ser más caro eliminar la contaminación en su proceso industrial. Así, pues, será alcanzada la eficiencia en la asignación

de recursos debido a que las empresas a las cuales les resulta más barato disminuir la contaminación que emiten, encontrarán más conveniente hacerlo que adquirir los derechos o permisos de emisión.²⁷

En la regulación ambiental ha primado hasta hoy el uso de estándares como instrumentos de regulación directa (comando & control). Estos estándares corresponden a las normas de emisión y de calidad. Los instrumentos económicos reconocen la existencia de estos instrumentos, por lo que no excluyen tales normas de comando y control, sino que las complementan con el objeto de cumplirlas al menor costo económico y social posible.²⁸ La sola utilización de normas de emisión como instrumento de gestión ambiental únicamente considerará la disminución de esas emisiones sin tomar en cuenta los costos de abatimiento que implica tal disminución. Los bonos de descontaminación son una alternativa de mercado eficaz y eficiente para conciliar ambos objetivos ya que permiten a los agentes disminuir las emisiones en la fuente menos onerosa, cualquiera sea esta. Al no contar con tales instrumentos, los agentes deberán incurrir en grandes costos para cumplir con las normas de emisión vigentes, incluso aquellos que no están en condiciones de realizarlos, encareciendo su producción y dificultando sus proyectos de inversión.

Actualmente existe un proyecto de ley sobre bonos de descontaminación conforme al mandato contemplado en el artículo 48 de la ley N° 19.300 de Bases Generales del Medio Ambiente.²⁹ Dicho artículo reza: *“Una ley establecerá la naturaleza y las formas de asignación, división, transferencia, duración y demás características de los permisos de emisión transables.”* Además, el proyecto sostiene que *“hoy, el sector productivo ha internalizando en su gran mayoría las ventajas que trae consigo el respeto por el medio ambiente. Ello nos obliga a contar con el mayor instrumental posible a la luz de la experiencia adquirida en el país durante la última década. En particular, resulta imperioso disponer de instrumentos del tipo económico, que otorguen mayor flexibilidad. En este contexto, es que los bonos de descontaminación vienen a constituirse como un nuevo instrumento coadyuvante al control de la contaminación.”* Por tanto, nuestra legislación ambiental vigente y en actual discusión legislativa contempla la posibilidad de regulación sobre la base de instrumentos de regulación de carácter económico.

²⁷ OGUS, A. (1994): “Regulation: legal form and economic theory”, Oxford University Press, Clarendon Series, págs. 249 y 250.

²⁸ LIBERTAD Y DESARROLLO (2003): “Bonos de Descontaminación: Una Solución para Chile”, *Serie Informe Ambiental N° 12*, pág. 7.

²⁹ Mensaje N° 33-349 presentado a la Cámara de Diputados el 5 de junio de 2003.

Para tales efectos, el proyecto de ley consagra la implementación de este sistema a través de la asignación de un cupo de emisión definido como aquella magnitud determinada de emisión de uno o más contaminantes, autorizada para una fuente existente o participante, para un determinado período de vigencia o fase. Posteriormente, aquella parte del cupo asignado que no sea usado por las fuentes o industrias dará lugar a un bono de emisiones o, tal como lo llama el proyecto, un bono de descontaminación. Para estos efectos, el bono está definido como un permiso o título de emisión transable en el sistema que representa total o parcialmente un cupo de emisión asignado por la autoridad. De esta forma, tenemos una especie de binomio cupo - bono en donde cada elemento representa lo mismo, las emisiones, pero en ámbitos diferentes. El cupo las representa para los efectos de la asignación inicial hecha por la autoridad y el bono representa las emisiones no descargadas en el aire, pero para efectos de su transferencia en el mercado con posterioridad a la asignación inicial. Teniendo presente esta distinción podemos hacer algunos paralelos con los otros sectores estudiados. En cuanto al bono de descontaminación, podríamos decir que es equivalente al derecho de aprovechamiento de aguas en el sentido que en ambos casos existe propiedad sobre el derecho o permiso que habilita el uso de los recursos (aunque no sobre los recursos mismos), permitiéndose además su transferencia en el mercado, lo cual los diferencia de las cuotas asignadas (equivalente, a su turno, al derecho de aprovechamiento y bono) ya que estas sólo son una autorización que permite la extracción de los recursos pesqueros pero no su transferencia directa una vez asignadas dichas cuotas.

Ahora bien, el cupo de emisión, por su parte, cumple el mismo propósito que las cuotas de pesca y el derecho de aprovechamiento de aguas, ya que todos ellos tienen por objeto determinar claramente al momento de su asignación la cantidad específica de recursos a ser utilizados para evitar su sobre explotación y consecuente escasez.

En lo que respecta al cupo de emisión, cabe señalar que no dan el derecho a contaminar porque ello significaría sobrepasar los límites señalados por las normas de calidad ambiental, lo cual está prohibido a nivel constitucional y legal. Las normas de comando y control constituyen en pilar básico de la gestión ambiental, incluso en aquellas situaciones en que los sistemas de bonos de descontaminación operen. Tal como lo señalamos anteriormente, este sistema crea incentivos económicos para disminuir las emisiones con el objeto de poder generar el título transable lo cual posibilita una asignación y uso eficiente de los recursos ya que

los agentes que puedan disminuir sus emisiones contaminantes a un bajo costo tendrán el incentivo de vender sus bonos a aquellos cuyos costos aún sean demasiado altos. Es decir, la eficiencia de este sistema radica en que quienes reducen sus emisiones tienen para ello el incentivo de que la reducción pueden financiarla a través de la venta del bono correspondiente a la reducción obtenida. Asimismo, estos bonos pueden ser comprados por empresas cuyo costo de reducción de emisiones sea superior al precio de los bonos o que deseen ingresar a la actividad o aumentar sus emisiones y que emitan el mismo tipo de contaminante. Por tanto, lo que posibilitará las transacciones serán los diferentes costos de abatimiento de las fuentes o industrias.

Con el propósito de resumir el análisis desarrollado precedentemente, presentamos el siguiente cuadro comparativo:

CUADRO N° 1
¿Qué se Asigna?

	Sector Hídrico	Sector Pesquero	Sector Ambiental
Nombre:	Derecho de Aprovechamiento de Agua.	Cuotas Individuales de Pesca.	Cupo de Emisión.
¿Propiedad directa sobre: El recurso mismo / sobre el derecho o cupo que permite el uso?	No / Sí	Sí / No	No / Sí
¿Posibilidad de transar directamente el derecho o cupo?	Sí	No	Sí

El cuadro comparativo deja de manifiesto nuestras conclusiones preliminares. Más que el nombre con el que se define el título mediante el cual se asignan los recursos (derecho, cuota

o cupo) lo relevante, a nuestro entender, son las características que el ordenamiento jurídico otorga a esos títulos, a saber, 1) ¿Constituyen esos títulos un verdadero derecho de propiedad?, 2) ¿Esa propiedad permita su libre transferencia? Si la respuesta a la pregunta número 1 es afirmativa, entonces, también será afirmativa la respuesta a la pregunta número 2. Eso es lo que ocurre en el caso del sector hídrico y ambiental. Situación contraria existe en el sector pesquero, en donde no hay propiedad sobre las cuotas individuales que facultan la extracción y, por tanto, no existe posibilidad de transferencia directa de las mismas. Lo curioso es que esta imposibilidad existe en el único sector, el pesquero, cuya legislación sí reconoce propiedad sobre el recurso mismo una vez extraído del mar (derecho de ocupación según el derecho privado). En cambio, en aquellos casos en que la ley otorga la propiedad sobre el título (derecho de aprovechamiento de aguas y cupo de emisión) no hay propiedad sobre el recurso mismo.

b. ¿Cómo se Asigna?

Tal vez la dificultad más importante que surge al optar por instrumentos económicos que suponen la asignación de recursos, ya sea en forma de derechos de propiedad o autorizaciones que facultan un ejercicio (uso) calificado de los recursos, es, precisamente, el mecanismo de asignación y el rol que le cabe a la autoridad en el mismo. Será, pues, por medio de esta interrogante, que intentaremos dilucidar la manera en que los recursos se asignan en aquellos sectores que incorporan instrumentos económicos de regulación en su legislación. Nuestro propósito será, nuevamente, ofrecer un análisis comparativo de los sectores hídrico, pesquero y ambiental con el fin de establecer la idoneidad de esos mecanismos de asignación con el objetivo de crear un mercado como alternativa de regulación.

b.1) Criterios de Asignación.

Al hablar de criterios de asignación nos estamos refiriendo a la manera en que se opta por un uso en detrimento de otro uso alternativo. En términos simples, es la determinación de quién obtiene cuáles derechos, o sea, el modo de elegir a uno y no a otro interesado en la utilización del recurso común. Idealmente, el criterio de asignación inicial debiera incorporar el costo social alternativo que implica tal opción.

Analizando los proyectos de ley y cuerpos normativos que regulan los diversos sectores encontramos algunos criterios que intentan establecer el mecanismo de asignación inicial. Estos son: a) criterios históricos; b) licitación o remate; c) uso adecuado de los recursos.

a) Criterios Históricos: Un primer criterio que puede utilizar el Estado para asignar recursos es la permanencia previa de la persona o empresa en la actividad que utiliza el recurso común. Este criterio es el que se privilegia en los casos de pesca y permisos de emisión transables:

Sector Pesquero: La ley transitoria N° 19.713, de 2001, que establece como medida de administración el límite máximo de captura por armador a las principales pesquerías industriales nacionales sometidas al régimen de plena explotación, introduce el criterio histórico para distribuir anualmente la cuota global anual asignada al sector industrial entre los armadores que tengan naves con autorizaciones de pesca vigentes para desarrollar actividades pesqueras extractivas.³⁰ En efecto, en el caso de pesquerías demersales, la asignación de cuotas por armador se calcula sobre la base de la participación en la captura histórica reciente (años 1999 y 2000). En pesquerías pelágicas, se usa un criterio que pondera 50% a la participación por armador en la captura histórica (período 1997-2000) y 50% a la participación en la bodega total de la flota industrial en su conjunto (para igual período).³¹ En la misma dirección apunta el actual proyecto de modificación de la Ley General de Pesca al incorporar a dicho cuerpo legal los criterios y metodologías de asignación de la citada ley N° 19.713.³²

Sector Ambiental: El proyecto de ley sobre bonos de descontaminación pretende enfrentar la asignación inicial de los cupos de emisión con la menor discrecionalidad posible y buscando entregar la máxima certidumbre en el tiempo, con el objeto de otorgar claridad a los distintos sectores económicos en sus proyectos de inversión. Para cumplir con dicho propósito, el proyecto propone, en la mayoría de los casos, como criterios de asignación las emisiones históricas. En otros, se ha establecido un criterio de emisiones de referencia.³³ El criterio de emisiones históricas de las fuentes corresponde a un promedio de las emisiones de al menos los últimos tres años³⁴, contados desde la fecha del respectivo acuerdo del Consejo Directivo de la CONAMA sobre la aplicación del Sistema respectivo.³⁵ Las emisiones deberán estar certificadas según las metodologías y procedimientos que el propio proyecto establece. La

³⁰ En principio la ley sólo sería válida por los años 2001-02, sin embargo su vigencia fue prorrogada hasta el año 2012 mediante la ley N° 19.849 de 26 de diciembre de 2002.

³¹ PEÑA, J. (2002): *Ob. Cit.*, págs. 186 y 187.

³² Mensaje N° 3222-03 de 15 de abril de 2003.

³³ El fundamento de las emisiones de referencia como criterio de asignación consiste en reconocer los esfuerzos de control ambiental anterior a la definición de los cupos.

³⁴ A falta de información suficiente respecto de una fuente, se considerará el promedio de las emisiones de los años para los cuales existe dicha información o, en su defecto, el promedio ponderado de la categoría a la cual pertenece la fuente.

emisión de referencia se determinará multiplicando un factor de emisión³⁶ por el nivel de actividad de la fuente.³⁷

Consideraciones en torno a los criterios históricos.

Sobre la opción por este criterio de asignación, podemos hacer algunas consideraciones necesarias de tener en cuenta:³⁸

i) Al favorecer la permanencia de quienes ya se encontraban en actividad se logra una mayor estabilidad, evitando trastornos tales como pérdidas patrimoniales y despidos masivos que podrían producirse en caso de utilizar un criterio de asignación que derive en la salida de empresas. Sin embargo, esta ventaja será de menor importancia en la medida que una nueva empresa, reemplazante de una antigua, absorba con rapidez el recurso físico y humano eventualmente desempleado. Así, por ejemplo, si en vez de entregar las cuotas de pesca sobre bases históricas se asignaran vía licitación, podría haber una reorganización de la industria donde las empresas entrantes que adquieren cuotas de captura compran las embarcaciones, demás inversiones y contratan a la gente despedida de las empresas salientes.

ii) El criterio permite premiar la condición de “pionero” en la actividad. Es así como los empresarios pesqueros sostienen que ellos hicieron posible el desarrollo del sector, realizando cuantiosas inversiones, dando trabajo a mucha gente y abriendo mercados externos. No obstante, frente a esta posición podría argumentarse que los beneficios económicos han sido percibidos por los propios empresarios y trabajadores del sector y que parte importante de su éxito se debe precisamente a la sobreutilización de los recursos pesqueros lo cual nos ha puesto en un escenario de escasez que amerita la aplicación de nuevos instrumentos de regulación.

iii) El criterio histórico permitiría preservar formas de vida estrechamente vinculadas al uso del recurso natural lo cual está presente de una u otra forma en los tres casos en estudio. En efecto, el Código de Aguas reconoce los usos consuetudinarios del recurso, otorgándoles una protección idéntica a la de los derechos legalmente constituidos. A su vez, la ley de pesca consagra una zona exclusiva de 5 millas para los pescadores artesanales, protegiéndolos frente

³⁵ Sistema de certificación previa o puro y simple.

³⁶ Corresponde a la cantidad emitida por una unidad de nivel de actividad, normalmente expresada como Kg./ton. producida, gr./Km. Recorrido, Kg./Kg. combustible, mg./lt., entre otras.

³⁷ Corresponde a un parámetro productivo, tal como el consumo de combustible, el caudal de gases, la distancia recorrida por un vehículo u otro similar.

³⁸ ILADES (2001): “Derechos de Propiedad sobre el Medio Ambiente y los Recursos Naturales”, *Trabajo de Asesoría Económica al Congreso Nacional (TASC)*, N° 91, págs. 3 y 4.

a la competencia de empresas de mayor envergadura. Por último, el proyecto de permisos transables está orientado a fuentes emisoras significativas, toda vez que para participar en el sistema se exige que las emisiones sean medibles. Por lo tanto, este sistema no alteraría el normal desenvolvimiento de las fuentes menores, tales como viviendas y microempresas.

iv) El criterio histórico puede ser de bajo costo, al no requerir el diseño e implementación de un mecanismo de asignación. Sin embargo, las dificultades que encontró el proyecto de ley de pesca para definir las ponderaciones que deben tener los distintos factores que determinan un derecho histórico –básicamente capturas pasadas y capacidad de bodega, hacen ver que los costos de poner en práctica este criterio también pueden ser relevantes.

b) Licitación o Subasta: La forma más eficiente de asignar un recurso escaso, por lo general es mediante su venta a quien más lo valora. Dicha valoración se mide en términos del precio que los interesados estén dispuestos a pagar por dicho bien. Este es un principio fundamental que está presente en la legislación chilena.³⁹ Este criterio sólo tiene una presencia menor en los casos bajo estudio, los cuales pasamos a revisar:

Sector Hídrico: El Código de Aguas de 1981 incluye la posibilidad de subastar derechos de aprovechamiento cuando hay más de un interesado. Sin embargo, este mecanismo ha sido escasamente utilizado, ya que la mayoría de los derechos se han entregado en forma “gratuita” a un único solicitante.⁴⁰ Es por ello que la reciente modificación aprobada por el Congreso al Código de Aguas introduce reformas que privilegian al remate como mecanismo de asignación de derechos de aprovechamiento de aguas.⁴¹ En este sentido, la reforma aprobada respeta el principio consistente en que si dos o más personas solicitan los mismos derechos de aguas superficiales y no hay disponibilidad para satisfacer la demanda de ambos, éstos deben asignarse vía remate entre ambos, pero se amplía el plazo para que aparezcan nuevos interesados en las mismas aguas de treinta días a seis meses.⁴² En el caso de derechos de aprovechamiento de aguas superficiales, se establece que los remates serán abiertos, es decir, puede participar cualquiera. También se incluye la posibilidad de que se adjudiquen las

³⁹ DOMPER, María de la Luz. ¿Cómo asignar recursos escasos? Asignación de Frecuencias de vuelo y del espectro radioeléctrico. En: Primer Congreso Iberoamericano de Regulación Económica (Santiago, Chile), pág. 1.

⁴⁰ ILADES (2001): *Ob. Cit.*, pág. 4.

⁴¹ LIBERTAD Y DESARROLLO (2004): “Reforma al Código de Aguas”, *Temas Públicos*, N° 705, pág. 1.

⁴² *Ibid.*

solicitudes de derechos de aprovechamiento de aguas subterráneas, vía remate cerrado, entre quienes las soliciten en el mismo plazo de seis meses.⁴³

Sector Pesquero: Este criterio de asignación también está contemplado en la regulación pesquera. En el caso de las cuotas individuales introducidas bajo el ámbito de la ley de 1991, éstas han sido asignadas mediante subastas públicas en contraste con las cuotas individuales por armador establecidas por la ley transitoria N° 19.713 las cuales, como lo vimos, han sido asignadas en base a presencia histórica y libre de costo.⁴⁴

La licitación como criterio de asignación lo contempla la ley de pesca para asignar los recursos pesqueros sometidos al régimen de recuperación y desarrollo incipiente. En ambos casos se subasta el derecho a capturar cada año, equivalente en toneladas, el diez por ciento de la cuota global anual de captura. En el caso de las unidades de pesquerías sujetas al régimen de plena explotación, también es posible subastar el derecho a capturar cada año el equivalente en toneladas al cinco por ciento de la cuota global anual de captura. En todos estos casos de licitación, los adjudicatarios reciben un permiso extraordinario de pesca que les da derecho a capturar la cuota adjudicada por un plazo de diez años. Nótese en este caso, a partir de la expresión permiso extraordinario, una de las consecuencias de lo ya señalado por nosotros respecto a que no se constituye en favor de los asignatarios de las cuotas de pesca un derecho de propiedad que permita su libre transferibilidad en el mercado, sino más bien un ejercicio calificado y regulado del derecho asignado: la extracción de una cantidad determinada de recursos pesqueros por un periodo de tiempo dado.

Sector Ambiental: La licitación como alternativa de asignación no está presente en el proyecto de ley de bonos de descontaminación aún cuando el anteproyecto contemplaba la posibilidad de subastar hasta un 20% de las emisiones agregadas siendo el porcentaje restante asignado en consideración a criterios históricos.⁴⁵

Considerando que en este caso las justificaciones de la regulación son similares a las de los otros dos casos de estudio, pensamos que sería conveniente establecer mecanismos de licitación o subasta para los efectos de otorgar cupos de emisión. Si la legislación de aguas ha introducido este mecanismo, y su reciente reforma lo perfecciona, y la legislación pesquera

⁴³ LIBERTAD Y DESARROLLO (2005): “Reforma al Código de Aguas: Un Ejemplo de Control de Daños”, *Temas Públicos*, N° 716, pág. 10.

⁴⁴ PEÑA, J. (2002): *Ob. Cit.*, pág. 196.

⁴⁵ ILADES (2001): *Ob. Cit.*, pág. 4.

también lo ha incorporado, aunque de manera parcial, no vemos obstáculo para incluir la posibilidad que los distintos interesados puedan manifestar la valoración que ellos dan al uso del aire en el precio que están dispuestos a pagar por el mismo.

Consideraciones en torno a la licitación o subasta:

El mecanismo de licitación también merece una serie de comentarios que se presentan a continuación:⁴⁶

i) En una licitación, el precio pagado por el recurso debiera acercarse a su costo social alternativo, con el consiguiente efecto sobre la eficiencia. Por ejemplo, si las cuotas de pesca se licitan, los adjudicatarios estarán pagando un precio cercano a la valoración que tiene otras firmas pesqueras por el recurso, lo cual representa precisamente el costo de oportunidad social de un recurso escaso. Por lo mismo, es incorrecto sostener que el pago por el derecho a explotar un recurso ambiental, por ejemplo pesquero, sea un costo “innecesario” para las empresas que hace menos atrayente esa actividad productiva. Si se presenta sólo un interesado por cuotas de pesca, es razonable que se las adjudique sin pagar por ellas, ya que se trataría de un recurso abundante. Esto es lo que ha ocurrido con los derechos de aprovechamiento de aguas, aunque la ausencia de más interesados puede explicarse por problemas de transparencia en el procedimiento de adjudicación de derechos, razón por la cual, la última reforma ha perfeccionado dicho procedimiento, por ejemplo, aumentando a seis meses el plazo para presentar solicitudes sobre las mismas aguas procediéndose al remate de esos derechos si no hubiere recursos suficientes para satisfacer todos los requerimientos e imponiendo a la autoridad la obligación de notificar a todos los solicitantes del evento de remate.

ii) Se ha cuestionado las licitaciones por considerarlas un mecanismo impropio de recaudación fiscal. Por el contrario, parece correcto que el Estado en representación de la sociedad reciba un pago por el “daño ambiental” que involucraría entregar el uso de un recurso a los particulares. De este modo, el precio pagado, además de reflejar la valoración social del recurso, podría estar destinado a mitigar los efectos adversos provocados por el uso del recurso. Así, por ejemplo, la recaudación proveniente de las subastas de permisos de emisión podría ser destinada a un fondo de protección ambiental o, en el caso de la pesca, a financiar

⁴⁶Ibid.

programas de investigación de especies marinas, o bien, en el caso del sector hídrico, los fondos obtenidos podrían destinarse a financiar los procedimientos de adjudicación.

iii) La asignación de derechos sobre recursos comunes vía licitación también plantea reservas desde la perspectiva de equidad, por cuanto la capacidad de pago de los postulantes pasaría a cumplir un rol significativo. Esta reserva es totalmente válida, pero tan válida como las reservas que se pueden tener respecto a cualquier mercado que funcione con precios.

iv) Finalmente, también se debe señalar que el sistema de licitación, a diferencia del criterio histórico, respeta las normas de libre competencia. En efecto, si en la asignación de derechos sobre recursos ambientales el Estado decide dar preferencia a las empresas establecidas por sobre las potenciales entrantes, podría sostenerse que existe una discriminación arbitraria y, a la vez, una competencia desleal. Concretamente, una empresa contaminante que desee ingresar a Santiago tendría que comprar permisos de emisión, mientras que las empresas establecidas los habrían recibido sin costo alguno.

c) Uso adecuado de los recursos: Surge como una tercera alternativa para asignar los derechos. Consiste en que la autoridad participe directamente en las decisiones referida, precisamente, al “uso adecuado de los recursos” con lo cual restringe las decisiones de los privados.⁴⁷ Si bien esta alternativa no aparece de manera expresa en los cuerpos legales y proyectos de reforma como un verdadero criterio de asignación, sí es posible identificarlo en algunas de sus disposiciones, pero más bien con la intención de evitar el “no uso de los recursos”. O sea, esta alternativa, más que un mecanismo de asignación propiamente tal, intenta establecer condiciones de ejercicio de los recursos ya asignados.

Sector Hídrico: La reciente modificación al Código de Aguas de 1981 incorpora una patente por el “no uso” de los derechos de aprovechamiento.⁴⁸ Su fundamento consiste en corregir las distorsiones producidas por la supuesta “gratuidad” en la administración y conservación de los derechos que incentivaría prácticas de “acaparamiento” y “especulación”.

⁴⁷ Ibid.

⁴⁸ En este sentido, el nuevo artículo 129 bis 4 inciso primero, de la Ley N° 20.017 publicada en el Diario Oficial el 16 de junio de 2005 señala: *“Los derechos de aprovechamiento no consuntivos de ejercicio permanente respecto de los cuales su titular no haya construido las obras señaladas en el inciso primero del artículo 129 bis 9, estarán afectos, en la proporción no utilizada de sus respectivos caudales, al pago de una patente anual a beneficio fiscal. La patente se registrará por las siguientes reglas...”*

Es la autoridad, por medio del Director General de Aguas, quién tiene la potestad de determinar los parámetros para comprobar el “uso” de las aguas.⁴⁹

Sobre esta modificación, que es la que realmente crea las distorsiones, conviene precisar algunos puntos sobre el “no uso” y la “gratuidad” en la conservación, fundamentos de las medidas adoptadas.

En la discusión y en el proyecto aprobado se confunden dos planos o dos aspectos de los derechos de aguas, que es necesario aclarar. No es lo mismo el uso “del agua” (ejercicio, más bien) “del derecho”. En un sistema de libertad de ejercicio de los derechos, que es lo que propicia un sistema de mercado, sus titulares tienen dos opciones: o bien, pueden mantenerse titulares de sus derechos, simplemente, sin usar aguas, con el objeto de tener un patrimonio, aportado, por ejemplo, a una sociedad, o para esperar el mejor momento para enajenarlo a terceros, o como reserva para casos de sequía futura; o bien, puede su titular ejercer sus derechos extrayendo las aguas correspondientes del cauce o del acuífero. Esta modificación obviamente está reemplazando la libre y espontánea decisión de los particulares de no ejercer su derecho en una sola de las posibilidades jurídicas: extraer aguas. Pero ello es inútil, pues conociendo la naturaleza humana (que comparten tanto los titulares de los derechos como los burócratas), los particulares, entonces, intentarán convencer a sus fiscalizadores de que están extrayendo, siquiera, una pequeña porción de aguas, y ello significa “uso”; y estos fiscalizadores, ciertamente, serán funcionarios de la Administración, que deberán elaborar discrecionalmente los parámetros para comprobar el señalado “uso” del derecho. En otras palabras, el otro aspecto indicado del ejercicio de los derechos, esto es, el especulativo, usual y legítimo en un sistema de mercado, y quizás tan importante como el del aprovechamiento directo de los bienes a que se tiene derecho, no es considerado “uso” del derecho. Esto último es lo que está limitando el proyecto: el beneficioso poder especulativo de los derechos; para que otros, en otro momento u oportunidad, ejerzan tales derechos, usando materialmente el agua.⁵⁰

En cuanto a la “gratuidad” de la conservación, el proyecto aprobado, desconoce que Código de Aguas incorpora –implícitamente– un sistema que valora la conservación del recurso. Esta valoración está dada por el costo alternativo de vender derechos de agua. De acuerdo al proyecto, se requería establecer un costo explícito a la mantención de derechos sin

⁴⁹ VERGARA, A. (2004): *Ob. Cit.*, pág. 6.

⁵⁰ *Ibid.*

uso – una patente –, pero no se explica por qué el sólo costo alternativo de poseer derechos no es suficiente para la asignación eficiente de las aguas.⁵¹ Esto es precisamente lo que sostenemos. El mercado de los derechos de aprovechamiento del agua establece que los derechos pueden ser vendidos y comprados libremente en el mercado y, por lo tanto, el precio de equilibrio será función del valor marginal y del costo de oportunidad del recurso hídrico. Al enfrentar un mercado de derechos de aprovechamiento, los usuarios del recurso tienen el incentivo de reasignar los derechos cuando los usos alternativos tienen un mayor valor al uso actual. El sistema de asignación basado en el mercado es, por ende, visto como un mecanismo alternativo para lograr una asignación eficiente de los recursos hídricos que no adolece de las restricciones y limitaciones que caracterizan al diseño y aplicación de sistemas tarifarios y administrativos. Además, el mercado de los derechos de agua reduce los costos de transacción involucrados con una reasignación del recurso al disminuir los costos asociados con la adquisición de la información necesaria para determinar cuál es la asignación socialmente óptima.⁵²

El establecimiento de la patente por no uso significa introducir decisiones distintas a las de los titulares del dominio lo que implica evidentemente menos “libertad”, menos “mercado”; más “estado” en esta materia económica. Implica alterar el modelo introducido por el Código de 1981 de protección de la decisión espontánea del particular. Además, este cobro puede inducir a los titulares de derechos a hacer un mal uso de las aguas precisamente con el objeto de demostrar a la autoridad que están haciendo uso de ellas y evitar el pago de la patente.

Sector Pesquero: En la regulación pesquera también es posible reconocer la utilización de este criterio como condición de ejercicio para evitar el no uso de los recursos asignados y para fijar las características de los asignatarios de las cuotas.⁵³ Así, es causal de caducidad de la autorización de pesca o permiso no iniciar la actividad pesquera extractiva por dos años consecutivos o suspender dichas actividades por más de doce meses consecutivos, salvo caso fortuito o fuerza mayor debidamente acreditados. Sobre las características de los

⁵¹ ILADES (1996): “Nuevo Proyecto de Modificación al Código de Aguas”, *Trabajo de Asesoría Económica al Congreso Nacional (TASC) N° 74*, pág. 3; ROMERO, S. (2003): “Evolución y Estado Actual de la Tramitación del Proyecto de Modificación del Código de Aguas”, *Revista de Derecho Administrativo Económico*, V (2), pág. 283.

⁵² DONOSO, G. (2000): “Tarificación: ¿Es una Reforma Aplicable para Mejorar la Eficiencia de la Asignación?”, *Revista de Derecho Administrativo Económico*, II (1), págs. 115 y 116.

⁵³ ILADES (2001): *Ob. Cit.*, pág. 6.

asignatarios, estos deben acreditar su condición de armadores.⁵⁴ Esto último contrasta con lo ya dicho acerca del sector hídrico en donde, si bien se han incorporado mecanismos tal vez inadecuados para proteger el “uso efectivo” de los recursos asignados (patente por no uso, por ejemplo), igualmente es posible que cualquier interesado solicite derechos de aprovechamiento sin tener que acreditar ningún tipo de condición, situación exigida por la ley pesquera para adquirir cuotas individuales de captura.

En resumen, la caducidad de la autorización de pesca equivale a la nueva patente por no uso del agua para los efectos de evitar ese “acaparamiento” y “especulación” considerado indeseable por la autoridad, toda vez que se trata de recursos naturales importantes para nuestra economía y amparados por la idea de pertenecer a la nación toda.

Sector Ambiental: Otra manifestación de este criterio lo encontramos en que para participar del sistema de bonos de descontaminación es necesario que las fuentes emisoras estén inscritas en un registro público y, además, en los registros que el proyecto crea al efecto. Por tanto, podríamos decir que la exigencia de ser fuente existente es equivalente a la patente por no uso del agua y la autorización de pesca y su caducidad por la no explotación de los recursos, en el entendido que todos estos requisitos apuntan a asegurar que los recursos se asignen sólo a aquellos que garanticen, en principio, el uso efectivo de los mismos.

Consideraciones en torno al uso adecuado de los recursos.

La aplicación de este mecanismo bajo la idea del uso efectivo de los recursos asignados que, en realidad, es una manera de restringir el “no uso” de los mismos como una alternativa válida por parte de sus titulares, tiene consecuencias necesarias de destacar en lo que se refieren al rol del mercado como alternativa de regulación.

Al exigir las regulaciones sectoriales ciertos requisitos tales como uso efectivo de las aguas so pena de pagar una patente, acreditar la condición de armador e inicio de actividades extractivas, y el carácter de fuente existente a partir de una inscripción como tal en un registro, se configura un escenario en el cual, por ejemplo, una organización preocupada por el medio

⁵⁴ Los requisitos para acreditar tal condición están consagrados en el artículo 16 de la Ley General de Pesca y Acuicultura y son: A) Identificación de la persona que solicita la autorización, quién deberá acreditar documentalmente su dominio sobre la nave para la cual se solicita la autorización de pesca. Si tiene sobre la nave un derecho distinto del dominio, también deberá acreditarlo. B) Identificación de las especies hidrobiológicas que se pretende explotar y el área de pesca donde se pretende desarrollar la actividad extractiva. C) Identificación y características de la nave que se utilizará. D) Especificación del arte, sistema o aparejo de pesca por utilizar.

ambiente que estima insuficientes los resguardos fijados por la autoridad, no puede comprar cuotas de pesca, permisos de emisión ni tampoco derechos de aprovechamiento de agua con el fin de evitar su uso y así lograr una mayor protección de los recursos ambientales. En otras palabras, se está impidiendo que la sociedad pueda expresar su preocupación por el medio ambiente a través de los mercados donde se transan derechos sobre bienes ambientales.⁵⁵ Se pierde así una función esencial de un mercado ya que su sistema de precios no reflejará fielmente todas las alternativas y valoraciones posibles sobre el uso de los recursos. Esas valoraciones no sólo versan sobre la capacidad productiva de estos, sino también sobre la protección y conservación, por ejemplo, de caudales ecológicos mínimos, de especies marinas y, en definitiva, resguardo frente a grandes pasivos ambientales. Al no considerarse esas alternativas en un mercado lo que se consigue es crear un costo de oportunidad sesgado o incompleto que impide llegar a un óptimo social genuino.

En definitiva, este criterio imposibilita a una gran cantidad de interesados acceder a la titularidad de recursos naturales creando una especie de barrera a la entrada por medio del establecimiento de exigencias que podrían ser determinadas discrecionalmente por la autoridad.

⁵⁵ ILADES (2001): *Ob. Cit.*, pág. 6.

A modo de resumen, presentamos el siguiente cuadro comparativo que contiene las conclusiones de este apartado:

CUADRO N° 2
¿Cómo se Asigna?

	Sector Hídrico	Sector Pesquero	Sector Ambiental
¿Asignación inicial mediante criterios históricos?	No	Sí	Sí
¿Asignación inicial mediante licitación o subasta?	Sí	Sí	No
¿Consideraciones sobre el “uso adecuado de los recursos” como condición de ejercicio?	Sí (patente por no uso)	Sí (acreditación de armador pesquero y caducidad de autorización por no realizar o suspender actividades extractivas)	Sí (Fuente inscrita en registro público)

B. Instancia de *enforcement* (cumplimiento)

Hasta ahora, nuestra labor se ha concentrado en sostener la idea que una alternativa eficiente para corregir *fallas de mercado* propias de la sobreutilización de recursos comunes, es aquella regulación sobre la base de incentivos de mercado, y más precisamente, la asignación de derechos transables como una forma de crear mercado donde éste por si sólo no se crearía.

Ya tenemos claro en que casos se otorga efectivamente un derecho de propiedad y en cuales se otorga una autorización o permiso que permite un ejercicio o uso calificado de esos derechos asignados sin que se constituya sobre ellos un verdadero derecho de propiedad que permita su libre transferencia. Definimos también los diversos mecanismos de asignación. Corresponde, entonces, analizar la manera de llevar a cabo esa asignación, es decir, nos ocuparemos de resolver quién aplica esos criterios y asigna esos derechos.

B.1. ¿Quién Asigna?

Lo primero que debemos señalar es que tanto en el sector hídrico, pesquero y ambiental en la asignación inicial de derechos interviene una autoridad administrativa asignándolos directamente ya sea mediante criterios de mercado o a través de otras alternativas que contemplan los distintos marcos regulatorios. Sin embargo, el objetivo de nuestro análisis va más allá, y consiste en dilucidar si luego de esa asignación inicial hecha por la autoridad, existe un mercado en el cual, posteriormente, sea posible transferir o transar libremente los derechos asignados sin intervención posterior de la autoridad que participó en la asignación inicial. Es decir, lo que nos interesa es determinar si hay espacios para una reasignación óptima y eficiente de los recursos sobre la base de la libre decisión de los particulares con prescindencia de la manera en que esos recursos fueron asignados inicialmente.

En este punto cobra relevancia el estudio realizado sobre la naturaleza de lo que se asigna porque si estamos en presencia de un derecho de propiedad debiese existir ese mercado posterior. En caso de ser una autorización o permiso que permite un ejercicio (uso) calificado o regulado de los recursos es probable que no exista un mercado propiamente tal. Recordemos aquí que entendemos por mercado el libre acceso a la titularidad de los bienes; la libre transferibilidad de estos y la intangibilidad de las titularidades jurídicas.

Para comprobar estas hipótesis presentaremos el análisis de los distintos sectores estudiados para ir desarrollando las comparaciones pertinentes que nos permita llegar a algunas conclusiones.

a) Sector Hídrico: En este caso debemos distinguir si hay uno o más interesados para concluir cuándo asigna la autoridad mediante criterios de mercado.

- Asignación de la autoridad mediante criterios de mercado cuando hay más de un interesado: Sostuvimos previamente que el Código de Aguas contempla la posibilidad de rematar o licitar derechos de aprovechamiento de aguas cuando hay más de un interesado y no hay recursos suficientes para satisfacer todos los requerimientos. Pues bien, esa licitación es llevada a cabo por la Dirección General de Aguas. Será esta entidad la que reúna los antecedentes que acrediten la existencia de aguas disponibles para la constitución de nuevos derechos sobre ellas, la que establezca las bases del remate y la que cite al remate respectivo. Una vez cumplidos estos requisitos los interesados concurrirán a presentar sus ofertas por esos derechos. Esto significa que la autoridad asignará inicialmente a través de un mecanismo afín al mercado en donde el resultado debiera ser que aquél que más valore los derechos de aprovechamiento, valoración reflejada en el precio dispuesto a pagar, los obtenga.

- Asignación de la autoridad previa solicitud de un interesado: Ahora bien, si hay sólo un interesado que haya presentado la solicitud respectiva, los derechos de aprovechamiento serán otorgados directamente por la Dirección General de Aguas, sin remate. Además, el Código contempla la posibilidad que los derechos de aprovechamiento sean constituidos directamente por Decreto Supremo del Presidente de la República en el caso previsto en el artículo 148 del mismo Código.⁵⁶ Es en este aspecto, la asignación inicial hecha por la autoridad, que la modificación al Código de Aguas establece nuevas limitaciones para acceder a la titularidad de los derechos de las que ya adelantamos algo al hablar del “no uso de los recursos” y que atentan contra un sistema de mercado. La limitación se refiere a que si el Director General de Aguas estimare que no hay equivalencia entre la cantidad de agua que se necesita extraer, atendidos los fines invocados por el peticionario en la nueva memoria

⁵⁶ Dicho artículo 148, nuevo, señala que “El Presidente de la República podrá, en el caso del inciso primero del artículo 142, con informe de la Dirección General de Aguas y por circunstancias excepcionales y de interés general, constituir directamente el derecho de aprovechamiento.”

explicativa⁵⁷ incorporada en la reforma, y los caudales señalados en una tabla de equivalencias entre caudales de agua y usos, que refleje las prácticas habituales en el país en materia de aprovechamiento de aguas, podrá, mediante resolución fundada, limitar el caudal solicitado por el interesado.⁵⁸ Pero la reforma va aún más lejos en lo que respecta a las limitaciones ya que el Presidente de la República podrá, mediante Decreto Supremo fundado, con informe de la Dirección General de Aguas, disponer la denegación parcial de una petición de derecho de aprovechamiento cuando concurren las circunstancias contempladas en el inciso segundo del nuevo artículo 147 bis que son: 1) necesidad de reservar el recurso para el abastecimiento de la población por no existir otros medios para obtener el agua, y 2) por circunstancias excepcionales y de interés general si se trata de derechos no consuntivos.

Se sostuvo que la necesidad de esta medida limitativa radicaba en corregir las distorsiones generadas a partir de la incorrecta noción de “gratuidad” en la obtención originaria que, unida a la “gratuidad” en la conservación de los derechos de aprovechamiento, incentivaba a los particulares a solicitar grandes cantidades de derechos de agua sin tener la intención de hacer un uso efectivo sino más bien especular y lucrar con ellos. De este modo, se configuraría una situación anómala de una transferencia de riquezas a los particulares de un bien nacional de uso público.

Ahora, dicha “gratuidad” no existiría en el caso que los recursos se asignen vía remate ya que hay un pago previo a la adquisición de los derechos. Sin embargo, en contraste con el proyecto aprobado, estimamos que en el Código de Aguas vigente desde 1981 también existe un sistema de precios que valora la obtención originaria de los derechos de agua, igual que en la conservación de la misma, y que hace innecesaria las limitaciones aprobadas. Cuando hay sólo un interesado por adquirir nuevos derechos se infiere que el recurso es abundante, no hay un costo social alternativo y por lo tanto la valoración es cero. Cuando hay más de un

⁵⁷ El nuevo artículo 140 N° 6 señala que “La solicitud para adquirir el derecho de aprovechamiento deberá contener: En el caso que se solicite, en una o más presentaciones, un volumen de agua superior a las cantidades indicadas en los incisos finales de los artículos 129 bis 4 y 129 bis 5, el solicitante deberá acompañar una memoria explicativa en la que se señale la cantidad de agua que se necesita extraer, según el uso que se le dará. Para estos efectos, la Dirección General de Aguas dispondrá de formularios que contengan los antecedentes necesarios para el cumplimiento de esta obligación. Dicha memoria se presentará como una declaración jurada sobre la veracidad de los antecedentes que en ella se incorporen”.

⁵⁸ La tabla será fijada mediante decreto supremo firmado por los Ministros de Obras Públicas, Minería, Agricultura y Economía.

interesado por nuevos derechos, éstos se asignan vía remate, donde el precio resultante debería reflejar la escasez del recurso.⁵⁹

- **Finalidad de la asignación inicial:** Una vez asignados los derechos de aprovechamiento cualquiera haya sido el mecanismo, estos pasan a ser de propiedad de sus titulares lo cual les permitiría usarlos o no, o bien, venderlos. O sea, el sentido de la asignación originaria con intervención de la autoridad es que luego que esta tenga lugar se genere un mercado en el cual los recursos se reasignen en base a la libre decisión de sus titulares, sin intervención posterior de la autoridad, en concordancia con el espíritu del Código de Aguas de 1981. Significa, entonces, que la regulación del sector hídrico incorpora un conjunto de elementos e incentivos económicos para crear un escenario de mercado el cual, sin esos elementos e incentivos no se crearía por sí mismo dada la indefinición de los derechos.

Consideramos conveniente la orientación de la regulación del sector hídrico por las siguientes razones:⁶⁰

En primer lugar, los mercados del agua son flexibles porque son por su propia naturaleza una institución descentralizada y orientada por incentivos, y no centralizada y reguladora. La transferibilidad de los derechos en el mercado otorga la libertad de reasignar el agua según varían las demandas y condiciones económicas, sociales y ambientales. Esto permite que los sistemas de mercado enfríen los conflictos políticos potenciales sobre la asignación del recurso.

En segundo lugar, los mercados exigen la seguridad en la tenencia, lo que a su vez contribuye a fomentar el uso eficiente, la conservación del recurso y la inversión de capital.

En tercer lugar, el mercado confronta directamente a los usuarios del agua con el costo de oportunidad real de sus decisiones en materia de uso y transferencia y los obliga a tomar en cuenta este costo de oportunidad.

Finalmente, las transacciones de mercado son imparciales en el sentido de que la reasignación del agua se produce mediante transacciones voluntarias mutuamente beneficiosas en que todas las partes involucradas perciben ventajas; todas tienen que salir mejor paradas que antes o si no alguna se abstendría de comerciar siempre que ningún participante pueda influir en los precios del mismo.

⁵⁹ ILADES (1996): *Ob. Cit.*, pág. 2.

⁶⁰ LEE, T., JURAVLEV, A. (1998): *Ob. Cit.*, págs. 19 a 22.

No obstante las ventajas de un sistema de mercado de derechos de agua, a las cuales nosotros adscribimos, es necesario reconocer que existen importantes cuestionamientos sobre la real conveniencia del mercado. Es así como algunos autores sostienen que el mercado no logra resolver una serie de problemas de índole pública y que el sistema de precios no es capaz de reflejar algunos valores sociales que son cualitativos más que cuantitativos, tal como la equidad, la justicia y las tradiciones culturales.⁶¹ Es decir, en la regulación del sector hídrico, además de *fallas de mercado*, o sea, consideraciones económicas para regular, existirían, también, consideraciones no económicas necesarias de tener en cuenta a la hora de diseñar las políticas pertinentes. Esto confirma lo señalado en el Capítulo I cuando sostuvimos que a menudo las iniciativas regulatorias responden a una mezcla de justificaciones las cuales, sin un adecuado marco de análisis que informe su formulación e implementación, puede conducir a soluciones que confundan la *falla de mercado* a remediar con consideraciones no económicas cuya solución, como lo vimos al tratar las *limitaciones del mercado*, éste por su naturaleza no está llamado a satisfacer.

Por lo tanto, y más allá de la mezcla de justificaciones económicas y no económicas, el espíritu de la regulación del sector hídrico de 1981 fue introducir mecanismos de mercado para una eficiente asignación y uso de los recursos, pero las últimas modificaciones aprobadas, aun cuando reconocen estos mecanismos y los complementan con exigencias de perfeccionamiento de catastros públicos que informen la real disponibilidad del recurso, incorporan a su vez elementos que podríamos considerar impertinentes por su alto grado de discrecionalidad y son estos precisamente los que distorsionan ese espíritu y no las supuestas fallas que intentan corregir.

b) Sector Pesquero: En este sector también podemos reconocer dos instancias de asignación inicial, ambas llevadas a cabo directamente por la autoridad, pero en una de ellas a través de mecanismos de mercados. En principio, esto se asemeja a lo que ocurre en el sector hídrico, pero veremos que en este caso los mecanismos de mercado a que haremos mención son muy restringidos en lo que respecta a la posibilidad de participar en la asignación y a la posibilidad de realizar de manera libre transferencias posteriores de los derechos asignados.

⁶¹ BAUER. C. (1999): “El Mercado de Aguas en California”, *Revista de Derecho Administrativo Económico*, I (2), pág. 232.

Además, la aplicación de criterios afines al mercado no depende del número de solicitudes que se realicen, tal como ocurre en el sector hídrico.

- **Asignación de la autoridad mediante criterios de mercado:** La regulación pesquera contempla mecanismos afines al mercado para los efectos de la asignación inicial de cuotas de captura. Ese mecanismo es la licitación o remate. En este caso, al igual que el sector hídrico, el criterio de asignación es aplicado por la autoridad. Es la Subsecretaría de Pesca la que define los criterios, cantidades a subastar y, más importante aún, la que declara los regímenes pesqueros que permiten la licitación de cuotas. En efecto, es necesario que la Subsecretaría declare a una unidad de pesquería en régimen de plena explotación, recuperación o desarrollo incipiente. En todos estos casos se adjudica el derecho a capturar cada año un determinado porcentaje de la cuota global anual de captura para esa unidad de pesquería por un plazo máximo de 10 años.

- **Asignación de la autoridad previa solicitud de los interesados:** Hemos hablado de títulos jurídicos que permiten realizar un ejercicio (uso) calificado de los recursos asignados, la extracción. Esto nos hizo sostener que en el sector pesquero no estamos en presencia de una asignación de derechos que permita la propiedad de los mismos tal como ocurre con los derechos de aprovechamiento de aguas. Estos títulos jurídicos eran la autorización de pesca y las cuotas de captura. En cuanto a la autorización, ella es otorgada por la Subsecretaría de Pesca y esta misma entidad puede denegar su otorgamiento si concurren las causales contempladas en la ley. Aún cuando esta autorización no es el equivalente a aquello que se asigna en los otros casos estudiados, igualmente es importante destacarla porque ella tiene un rol fundamental en la asignación de cuotas individuales de captura.

Sobre dichas cuotas, planteamos que era posible asignarlas mediante criterios históricos o licitación tal como vimos hace un instante. Ya sea en uno u otro caso, la Subsecretaría de Pesca siempre participa la aplicación de estos criterios.

Para que las cuotas se asignen vía criterios históricos, será necesario que la Subsecretaría previamente determine la cuota global anual de captura para cada especie. Esa distribución dará lugar a las cuotas individuales por armador asignadas en base a la historia de captura. Lo relevante en este caso es que la distribución sólo se puede efectuar entre aquellos que cuenten con autorizaciones de pesca vigentes que acrediten su condición de armador. Este es el rol fundamental de que hablábamos hace un momento. No es posible que otros interesados que no cuenten con la autorización puedan participar en la asignación que hace la

autoridad. Encontramos en esto una diferencia fundamental con el sector hídrico, en el cual cualquiera puede solicitar derechos sin tener que acreditar condición alguna referida al sujeto que hace la solicitud.

La ley N° 19.713 no permite la posibilidad de una transferencia directa de las cuotas individuales entre armadores. No obstante, se implementa una vía de flexibilización consistente en permitir a cada armador que excluya permanentemente una o más de las naves bajo su control, de actividad extractiva en una pesquería dada.⁶² En caso de ejercer esta opción, la historia (captura y capacidad de bodega) de la nave excluida puede ser transferida a otras naves del mismo armador, o vendidas a otro armador. Estos récords transferibles de historia bajo el amparo de la ley N° 19.713 tenían una vigencia de 5 años, pero la ley N° 19.849 suprimió esa caducidad.⁶³ El actual proyecto de reforma a la Ley General de Pesca tampoco incorpora la posibilidad de una transferencia directa de las cuotas individuales de captura ya que en este punto se remite al régimen consagrado en la ley N° 19.713.

- **Finalidad de la asignación inicial:** El análisis previo nos hace plantear que la asignación de cuotas de captura hecha directamente por la autoridad en base a criterios históricos no tiene por objeto crear un escenario de mercado en el cual los titulares de esas cuotas puedan transferirlos de forma libre y directa. Esto como consecuencia de la naturaleza de lo que se asigna y que hemos señalado previamente: una autorización al ejercicio (uso) calificado de los recursos asignados, la extracción, sin que ello signifique al mismo tiempo la propiedad sobre esa autorización.

Pero la licitación como criterio de asignación de cuotas de captura tampoco tiene la finalidad de crear un mercado posterior que posibilite transferir libremente las cuotas adjudicadas salvo en el caso de aquellas que correspondan a unidades de pesquería en plena explotación. Sin embargo, esa posibilidad de transferencia tampoco es totalmente libre ya que los permisos extraordinarios en virtud de los cuales se asignan las cuotas adjudicadas sólo pueden ser transferibles una vez al año y en caso de efectuarse el nuevo titular sólo podrá hacer uso del remanente de esa cuota que no haya extraído el titular original por el tiempo que reste hasta cumplir los 10 años desde la adjudicación inicial.

Una vez más, la imposibilidad de crear un mercado que permita reasignar los recursos pesqueros en base a la libre decisión de los particulares, como ocurre con el mercado del agua,

⁶² Artículo 9 ley N° 19.713 publicada en el Diario Oficial el 25 de enero de 2001.

⁶³ PEÑA, J. (2002): *Ob. Cit.*, pág. 187.

se debe a que sólo se asigna una autorización para un ejercicio calificado. Prueba de aquello es el artículo 31 de la Ley General de Pesca al disponer que *“La autorización de pesca y permisos extraordinarios de pesca no garantizan a sus titulares la existencia de recursos hidrobiológicos, sino que sólo les permiten, en la forma y con las limitaciones que establece la presente ley, realizar actividades pesqueras extractivas en una unidad de pesquería determinada”*.

Por tanto, el sentido de la intervención inicial de la autoridad en la asignación de recursos pesqueros es controlar tanto la entrada de los agentes a la actividad extractiva como el ejercicio de esa actividad a través de cuotas de captura ya sea globales o individuales. La asignación de estas le permite a la autoridad monitorear y fiscalizar de mejor manera la regulación pesquera extractiva. En un escenario así no es posible que se configure un mercado en los términos en que lo hemos planteado, es decir, libertad para adquirir bienes y libre transferibilidad de los mismos.

c) Sector Ambiental: Al igual que los casos anteriores, en el caso de los instrumentos económicos ambientales también se contempla la intervención de una entidad administrativa que aplique los criterios de asignación de los cupos de emisión: la CONAMA.

Existe, eso sí, una diferencia fundamental y consiste en que la asignación inicial de los cupos de emisión es realizada por esta autoridad sin recurrir mecanismos afines al mercado, como por ejemplo, la licitación o remate, alternativas que sí son posibles de aplicar para transar los bonos de descontaminación.

- **Asignación de la autoridad:** El proyecto dispone que los cupos de emisión se asignarán a las fuentes existentes mediante resolución firmada por el Director Ejecutivo de la CONAMA, a título gratuito, con una duración indefinida y en base a las emisiones históricas de esas fuentes, o bien, emisiones de referencia. Esta entidad administrativa deberá diseñar los procedimientos y metodologías para certificar y monitorear las emisiones.

- **Asignación mediante criterios de mercado:** Ahora bien, asignados los cupos de emisión, sus titulares pueden descargar emisiones hasta el límite que ese cupo les permite y en caso de emitir menos pueden vender, a través de un bono, la diferencia a aquellas fuentes que necesiten respaldar sus emisiones con nuevos cupos o a aquellas que quieran instalarse en la zona sometida a un sistema de bonos. Para realizar la transferencia, el proyecto contempla que las transacciones de bonos de descontaminación podrán efectuarse bajo la modalidad de venta

directa, remate, subasta continua, u otra, es decir mecanismos afines al mercado.⁶⁴ Al igual que los casos anteriores, en este proceso de asignación es guiado por una autoridad, la CONAMA, la que incluso puede licitar la gestión de los remates, subastas o licitaciones.

- **Finalidad de la asignación:** El diseño propuesto por el proyecto de bonos tiene la intención de generar, a partir de la asignación inicial de cupos hecha por la autoridad, un mercado en donde previamente no lo había, es decir, tiene el mismo espíritu del Código de Aguas de 1981. Sin embargo, y pese a compartir la misma orientación, el mercado de bonos plantea algunas diferencias respecto al de aguas.

En primer lugar, en el caso de la asignación inicial de derechos de aprovechamiento de aguas es posible que estos sean asignados directamente por la autoridad, o bien, mediante una licitación. En contraste, el proyecto de mercado de bonos sólo permite que la asignación inicial de los cupos de emisión sea hecha por la autoridad (CONAMA) sin que exista la posibilidad de aplicar mecanismos de mercado aún cuando el anteproyecto sí contemplaba la opción de subastar hasta un 20% de las emisiones agregadas siendo el porcentaje restante asignado en consideración a criterios históricos.

En segundo lugar, hay diferencias en cuanto a la libertad para postular a la asignación inicial. Dijimos que en el mercado de aguas era posible que cualquier persona pudiese solicitar o adjudicar vía remate derechos de aprovechamiento de aguas superficiales a diferencia de la pesca ya que sólo podían postular aquellos que acreditaran su condición de armador. Pues bien, en el mercado de bonos, al igual que en la pesca, tampoco es posible que cualquier interesado pueda adquirir cupos de emisión sino sólo aquellas fuentes existentes, es decir, inscritas en algún registro público con anterioridad a la implementación de un sistema de bonos. Significa, entonces, que no existe una total libertad para acceder a la titularidad de cupos de emisión.

En tercer lugar, hay diferencias fundamentales en los incentivos que enfrentan los titulares de derechos de aprovechamiento de aguas y cupos de emisión. En el sector hídrico el “no uso” de las aguas (su extracción) es castigado con la aplicación de una patente cuyo valor aumenta en función del tiempo por el cual se prolonga la no utilización de las aguas.⁶⁵ En cambio, la no utilización de los cupos de emisión, o sea, no emitir el total permitido, es premiado con la posibilidad de transformar el excedente de emisiones en un bono que puede

⁶⁴ Artículo 29 del Proyecto de Ley sobre Bonos de Descontaminación.

⁶⁵ ILADES (1996): *Ob. Cit.*, pág. 2.

ser transado en un precio positivo. Es decir, el sistema diseñado por el proyecto favorece el no uso de los cupos en el entendido que ello incentivará a las fuentes a descargar menos emisiones, tal vez gracias a la implementación de nuevas tecnologías, para así obtener ingresos a causa de ese comportamiento socialmente deseable. Este mismo régimen de incentivos está proscrito en la legislación de aguas a partir de su última modificación. Curiosamente en este sector el no usar los derechos, o sea, extraer las aguas, es considerado un comportamiento perjudicial para la conservación del recurso hídrico por lo cual sus titulares se enfrentarán a un incentivo erróneo consistente en un mal uso del elemento. Si son castigados por no ocuparla, entonces dejarán “la llave abierta”. No tendrían, por ejemplo, ningún incentivo para introducir el uso de tecnología para optimizar el uso del recurso.⁶⁶

C. Conclusiones del Capítulo.

Intentamos describir el contenido de la intervención regulatoria del Estado una vez que ésta se hacía necesaria en atención a las justificaciones de interés público o *fallas de mercado* que, en nuestro caso, se refieren a la sobreutilización de recursos comunes. Ese contenido dice relación con los instrumentos o herramientas para corregir dicha *falla* y la autoridad que aplica esos instrumentos. Pero más importante aún que la sola constatación de estos elementos es la determinación del sentido u orientación de las distintas políticas regulatorias, esto es, si mediante éstas se pretende favorecer instancias en las que los centros de decisión sobre el uso de recursos escasos estén radicados en las decisiones libres de los particulares basadas en la información dada por los precios, o bien, consagrar potestades administrativas que influyan de manera directa en el comportamiento de los agentes en su relación con el uso de recursos escasos.

Para la consecución de la primera de estas orientaciones es necesario optar por instrumentos que permitan incorporar los incentivos del mercado, específicamente su sistema de precios, por sobre aquellos instrumentos que sólo descansan en la imposición de sanciones o aprobaciones previas. Por tanto, sostenemos que la mejor manera de regular la sobreutilización de recursos escasos es aquella basada en instrumentos de mercado. Sin estos, imperará una incorrecta noción de gratuidad en el uso de los recursos debido a la presencia de “precios mentirosos”. El mercado, entonces, corregirá esa falla a través de su sistema de

⁶⁶ ROMERO, S. (2003): *Ob. Cit.*, pág. 283.

precios, los que facilitarán la información necesaria conforme a la cual los particulares adopten sus decisiones de manera libre.

Conforme a estas exigencias, surge como alternativa de regulación la asignación de derechos transables sobre los recursos escasos para que sus titulares internalicen los costos de su uso y los guíen a aquellos más valiosos, para lo cual es necesario incorporar el sistema de precios que explicita las distintas alternativas y sus valoraciones. Esta opción plantea una serie de importantes definiciones vinculadas a aquello que efectivamente se asigna a los particulares, los mecanismos de asignación inicial y el rol de la autoridad en todo el proceso.

En la definición de estos elementos podemos reconocer una diferencia fundamental a partir de un hecho similar. Nos referimos a que en los tres casos estudiados hay por parte de la autoridad una autorización para utilizar recursos comunes. En un caso extraer aguas, en otro extraer recursos pesqueros, y descargar emisiones contaminantes en el caso de los cupos de emisión. Sin embargo, el marco normativo en el cual se inserta esa autorización y todo el régimen “extractivo” plantea diferencias fundamentales para los efectos de nuestro trabajo. No siempre se reconoce propiedad sobre ese ejercicio, ese uso permitido. No reconocerlo impide que el ejercicio autorizado pueda ser incorporado en el patrimonio de su titular y susceptible de negocio jurídico, específicamente, su transferencia libre y directa.

De esta forma, en atención a las interrogantes que nos trazamos, podemos concluir que en el sector hídrico la asignación inicial hecha por la autoridad tiene por objetivo generar un verdadero mercado que asigne el recurso a sus usos más valiosos en base a la libre decisión de los particulares en el entendido que sin esos instrumentos imperará la sobreutilización del elemento hídrico y su consecuente escasez en cantidad y calidad apropiadas. Lo anterior se debe a que su régimen normativo permite el libre acceso a la titularidad de los derechos de aprovechamiento respecto de los cuales se otorga su propiedad y, una vez adquiridos, esa propiedad faculta a sus titulares a transferirlos libremente sin intervención posterior de la autoridad sino sólo en base a la decisión de los particulares.

Dicho escenario contrasta con el caso de la pesca extractiva en donde no existe un mercado propiamente tal ya que no concurren todos los elementos que constituyen jurídicamente un mercado. Así, no hay completa libertad para acceder a la titularidad de los títulos jurídicos que facultan la extracción de recursos pesqueros y aquellos que acceden a esa titularidad no pueden transferirlos libremente ya que los espacios para ello son muy reducidos debido a que dependen de la decisión de la autoridad sectorial y no de los particulares.

Asimismo, la opción por los criterios históricos para asignar cuotas individuales de captura impide la aplicación de mecanismos más afines al mercado, como la licitación o subasta, en donde el precio pagado refleje la escasez de los recursos pesqueros y la valoración que los interesados atribuyen al uso de los mismos. Esta inexistencia de un verdadero mercado es causada por el hecho que en la pesca se otorga una autorización que sólo permite un ejercicio (uso) calificado de los recursos asignados por un período determinado de tiempo sin que se reconozca la propiedad sobre ese ejercicio, tal como ocurre con los derechos de aprovechamiento de aguas. Por eso, concluimos que la regulación pesquera sólo introduce instrumentos de mercado para los efectos de facilitar su rol de monitoreo y fiscalización en la regulación a la entrada y ejercicio de la actividad pesquera extractiva.

De manera similar al sector hídrico, el proyecto de bonos de descontaminación también pretende resolver la sobreutilización del aire limpio a través de la creación de un mercado que por sí sólo no se crearía bajo las condiciones e incentivo actuales. Para ello, diseña un sistema que contempla la asignación de cupos de emisión con el propósito de premiar a aquellos que emitan menos de lo autorizado permitiéndoles transformar el cupo en un bono que puede ser transado en un precio positivo. Esto significa que la asignación inicial de los cupos e intervención de la autoridad está orientada a crear un mercado que incentive un uso eficiente de los recursos. Esto es posible gracias a que el marco normativo propuesto permite la transferibilidad directa de los bonos representativos de los cupos.

Junto con identificar la orientación de la asignación inicial, era necesario revisar si las modificaciones eran coherentes con el espíritu original de los marcos normativos que pretendían reformar. Es así como logramos concluir que las modificaciones al Código de Aguas de 1981, aún cuando reconocían al mercado como un mecanismo legítimo, incorporaban elementos que rompían precisamente con la lógica del mercado creando importantes distorsiones que afectan las decisiones de los particulares en cuanto a sus derechos de aprovechamiento. En esa dirección apuntan tanto la nueva exigencia de una memoria explicativa como la patente por el no uso de las aguas. La primera limita seriamente la libertad para acceder a la titularidad de los derechos de aprovechamiento al otorgar a la autoridad la facultad de determinar discrecionalmente la justificación del caudal solicitado con el objeto de evitar un “acaparamiento excesivo” debido a la “gratuidad” de la obtención originaria del recurso. La patente, por su parte, interfiere en la libre decisión de los particulares sobre qué

hacer con sus derechos en el entendido que estos derechos son una potencia, un poder, una posibilidad de acción y decisión; acciones estas que dependen de sus titulares.⁶⁷

Las modificaciones a la Ley General de Pesca no incorporan elementos que nos permitan concluir que hay una opción por estructurar un mercado. Ejemplo de aquello es que el proyecto de modificación ratifica las medidas de administración de la ley transitoria de 2001, o sea, impide la transferibilidad libre y directa de las cuotas de captura asignadas confirmando nuestra posición que indica que en este caso sólo hay una regulación para los efectos de fiscalizar el cumplimiento de la actividad extractiva en los términos autorizados.

En atención al análisis de estos dos sectores es posible extraer sugerencias para el éxito de un mercado de bonos de descontaminación. Por ejemplo, el criterio de derechos históricos que se propone para asignar cupos de emisión, al igual que las cuotas de pesca, debiera ser reemplazado por un mecanismo de licitación o subasta, como en el caso del sector hídrico. Entre otros motivos, este mecanismo permite que los recursos ambientales escasos se asignen a un precio equivalente al sacrificio que representa para la sociedad disponer de una menor cantidad de esos recursos. Además, a diferencia del criterio histórico, la licitación es compatible con la equidad competitiva.⁶⁸

⁶⁷ VERGARA, A. (2004): *Ob. Cit.*, pág. 5.

⁶⁸ ILADES (2001): *Ob. Cit.*, pág. 6.

CONCLUSIONES GENERALES

A lo largo del presente trabajo de investigación hemos querido presentar un fenómeno determinado y respecto de aquél estructurar, en base a la literatura especializada, un marco analítico que nos permitiera abordarlo. Ese fenómeno corresponde al uso de recursos escasos y el desafío que su utilización plantea desde el punto de vista social, económico y jurídico considerando el peligro de la sobre explotación.

Descubrimos así que estos bienes corresponden a aquellos que la literatura económica denomina recursos comunes cuyas notas características consisten en la imposibilidad de exclusión en su uso y la rivalidad en el consumo. La primera de estas características se debe a la indefinición de derechos sobre esos recursos que faculta a su titular un uso privativo de los mismos y en caso de permitir el uso a otros poder internalizar los beneficios que de ello derive. La rivalidad en el consumo es una consecuencia de esa indefinición. Los agentes al no reconocer un derecho ajeno bien definido sobre el recurso tendrán el incentivo a usarlo sin importar la cantidad y valoración que otorguen a dicho bien, y ese uso privará a otros que puedan atribuirle un mayor valor impidiendo llegar a una asignación óptima desde el punto de vista social. En un contexto así, lo que prima es una noción de gratuidad y total disponibilidad que incentiva a los particulares a sobreutilizarlos con el consiguiente riesgo de la escasez. Sin embargo, la idea consistente en la gratuidad de los recursos comunes es errónea. Estos tienen un valor económico y social que es necesario explicitar. O sea, lo que hay es una situación en la cual existen “precios mentirosos” que impiden que la función propia de los precios pueda reflejar de manera fidedigna la real disponibilidad de los recursos en cantidad y sus distintos usos alternativos. Al pensar que agua, peces y aire limpio, por ejemplo, tienen un valor cercano o igual a cero, lo que en realidad hacemos es atribuir a todos los usos posibles el mismo valor, es decir, no habría alternativas más eficientes.

Este fenómeno económico constituye una justificación que amerita, en principio, la intervención reguladora del Estado en la medida que esta intervención tenga por objeto lograr un legítimo interés público. Así, las justificaciones estarán basadas en el interés público cuando existan *fallas de mercado*, como por ejemplo, los recursos comunes. Ello supone reconocer la existencia de un mercado pero que ante la carencia de controles efectivos este no cumplirá sus objetivos de eficiencia. Pero el fenómeno de los recursos comunes puede ser entendido

también como *ausencia de mercado* en cuyo caso se justifica una intervención correctiva de la autoridad, pero con una orientación distinta, esto es, favoreciendo los mecanismos de mercado.

Por tanto, en torno a los recursos comunes podemos concluir que representan una típica justificación para regular con lo cual comenzamos a construir el marco analítico que nos permita abordar sus características y desafíos. En ese sentido, el análisis nos permite aprender que ante las *fallas de mercado* resulta conveniente recurrir, en primer término, al derecho privado para corregirlas y sólo cuando los remedios que el derecho privado ofrece no sean efectivos debemos recurrir a medidas propias del derecho público, es decir, la regulación.

El abanico de posibilidades que nos ofrece la doctrina para dar contenido a la regulación es muy amplio. Sin embargo, su contenido y orientación deben estar en sintonía con las justificaciones. De esta forma, si tenemos que enfrentar los desafíos que plantean los recursos comunes y el peligro de su sobre explotación, podemos recurrir a instrumentos económicos como la asignación de derechos transables que generen incentivos en torno a los cuales se erija un mercado. A través de esta alternativa es posible incorporar el sistema de precios para explicitar todas las alternativas posibles en cuanto al uso de los recursos comunes y corregir así aquellos “precios mentirosos” que incentivan un uso excesivo en cantidad. Pero esta opción requiere importantes definiciones relativas a qué se asigna, cómo se asigna y, finalmente, quién asigna.

Todo este preámbulo nos permitió llegar al punto central de nuestro trabajo consistente en presentar un esquema de análisis comparativo respecto de la asignación inicial de derechos sobre recursos escasos para verificar, basándonos en las mismas interrogantes, si esa asignación inicial tenía por objeto erigir un mercado como alternativa de regulación, o bien, generar mayores espacios de control y regulación de la autoridad. Ello dependía de la posibilidad de acceder libremente a la titularidad de los recursos y, más importante aún, la posibilidad de transferirlos. Para ello era necesario que la asignación de los recursos comprendiera al mismo tiempo su propiedad y así posibilitar a sus titulares incorporarlo en su patrimonio y disponer de él con total libertad. Al defender esta alternativa reconocemos que ella no está exenta de cuestionamientos, especialmente ideológicos, sobre la conveniencia y legitimidad del sistema de mercado como mecanismo de regulación de recursos naturales debido a que estos se encuentran empapados de una fuerte noción de pertenencia común y estatal que aconsejaría la formulación de instrumentos de regulación clásica y directa que

descansan en la amenaza de sanciones e intervención permanente de la autoridad. Esta última alternativa sería terreno fértil para que la autoridad introdujera elementos ajenos al mercado que lo alejaran de su objetivo principal: la eficiencia económica.

El estudio comparativo del sector hídrico, pesquero y ambiental nos demostró que en todos estos casos hay efectivamente una intervención de la autoridad con el objeto de efectuar o dirigir la asignación inicial de recursos que permita el uso de estos, pero tal asignación no siempre importa la propiedad de ese uso, lo que nos dio la posibilidad de identificar las diferencias del sentido de la intervención y asignación inicial hecha o guiada por la autoridad.

Es así como el estudio de la regulación pesquera nos demostró que sólo existe por parte de la autoridad una asignación de cuotas individuales de captura que posibilita un ejercicio (uso) calificado del derecho asignado, la extracción, sin la intención de facultar a sus titulares transar libremente esas cuotas en el mercado cuando los usos alternativos tuvieran un mayor valor al uso actual. Aquí solamente existe la intención de utilizar mecanismos propios del mercado para facilitar la función reguladora y de fiscalización de la autoridad sectorial respectiva. Comprueba nuestra conclusión el hecho que los criterios de asignación inicial de esas cuotas de captura correspondan a los registros históricos impidiendo que haya espacio a mecanismos más afines al mercado y su sistema de precios, como la licitación o subasta, y luego de la asignación los titulares no puedan transferir directamente sus cuotas de captura. Además, en aquellos casos en que se aplica la licitación su procedencia depende de la autoridad y no de la libre interacción de los particulares.

En total contraste se encuentra el sector hídrico en donde a partir de la dictación del Código de Aguas de 1981 es posible adquirir derechos de aprovechamiento sobre los cuales se reconoce la propiedad en favor de su titular. Esto significa que hasta antes de ese cuerpo normativo imperaba una *ausencia de mercado* por lo cual la nueva institucionalidad buscaba favorecer los mecanismos propios del mercado. Así, los particulares pueden acceder al recurso por medio de una asignación hecha o guiada por la autoridad en la que el sistema de precios siempre estará presente, ya sea representado por el costo de oportunidad o por el precio pagado por los adjudicatarios de los derechos en la asignación originaria. Una vez asignados, los titulares podrán usar de ellos como lo estimen más conveniente incluida la opción de transferirlos cuando el costo de oportunidad sea mayor a su uso actual. Así, se producirá una eficiente reasignación de los recursos gracias a la libre decisión de los particulares quienes actuarán conforme a las señales que emitan los precios. No obstante, las recientes

modificaciones han introducido limitaciones en la adquisición, uso y conservación del recurso arguyendo supuestas distorsiones o *fallas del mercado*. Esas modificaciones apuntan a entregar a la autoridad un rol más activo, y discrecional también, en la asignación inicial y posterior del recurso hídrico debido a la incomprensión del sistema de mercado implícito en el Código de 1981.

El caso de los bonos de descontaminación, pese a encontrarse en actual discusión legislativa, nos permite hacer un análisis sobre la base del mecanismo incorporado en el proyecto. Es así como pudimos concluir que el objetivo de la asignación inicial hecha por la autoridad es generar los incentivos correctos para la creación de un mercado en torno al cual se reasignen los recursos a aquellos usos más valorados, alternativas estas reflejadas en el precio que los bonos alcancen al momento de efectuar su venta. Para lograr cabalmente este objetivo sería útil remplazar el criterio histórico por la licitación para que desde la asignación inicial el sistema de precios despliegue sus funciones de información e incentivo a actuar conforme a ella.

Reconocido este panorama sobre las diferencias acerca de la orientación y sentido de la asignación inicial, fue posible identificar otros contrastes en el régimen regulatorio de cada sector. Por ejemplo, el “no uso” de los recursos asignados tiene una valoración distinta en cada caso. Así, no extraer la cantidad de recursos autorizados es causal de caducidad de la autorización de pesca y de las cuotas individuales. Algo similar ocurre con la legislación hídrica, y con mayor fuerza, ya que las modificaciones aprobadas introducen el incentivo a utilizar el agua gravando con una patente el no uso de las mismas entendiendo que esta última posibilidad jurídica, legítima por lo demás, es germen de dificultades en la disponibilidad del recurso. En una situación totalmente contraria se encuentra el régimen de incentivos del proyecto de bonos. En este caso se premia el no uso de todo el cupo de emisión asignado permitiendo que ese excedente sea transado en un precio positivo.

En definitiva, para que exista un mercado es esencial otorgar a los particulares un uso privativo de los recursos permitiendo al mismo tiempo su libre transferibilidad. Es decir, asignar verdaderos derechos de propiedad. Será sólo gracias a la libre interacción y decisión de los particulares, guiados por los precios y no la voluntad estatal, lo que nos conducirá a una asignación eficiente de los recursos que solucione el grave peligro de la sobreutilización y su consecuente escasez en cantidad y calidad apropiadas.

BIBLIOGRAFÍA

- BAUER, CARL. (1999): “El Mercado de Aguas en California”, *Revista de Derecho Administrativo Económico*, I (2).

- DOMPER, MARÍA DE LA LUZ. ¿Cómo asignar recursos escasos? Asignación de Frecuencias de vuelo y del espectro radioeléctrico. En: Primer Congreso Iberoamericano de Regulación Económica (1º, Santiago, Chile).

- DONOSO, GUILLERMO. (2000): “Tarificación: ¿Es una Reforma Aplicable para Mejorar la Eficiencia de la Asignación?”, *Revista de Derecho Administrativo Económico*, II (1).

- FLORES, TOMÁS. (2002): “Sector Pesquero: Los Beneficios de una Adecuada Legislación”, *Serie Informe Económico N° 134*, Libertad y Desarrollo.

- FONTAINE, ERNESTO, SCHENONE, OSVALDO (2001): “Nuestra economía de cada día”, Alfaomega.

- GOMÉS – LOBO, ANDRÉS; PAREDES, RICARDO (2001): “Mercado de Derechos de Aguas: Reflexiones sobre el Proyecto de Modificación del Código de Aguas”, *Revista de Estudios Públicos*, N° 82, Centro de Estudios Públicos.

- ILADES (1994): “El Mercado de Aguas en Chile”, *Trabajo de Asesoría Económica al Congreso Nacional (TASC)*, N° 52.

- ILADES (1996): “Nuevo Proyecto de Modificación al Código de Aguas”, *Trabajo de Asesoría Económica al Congreso Nacional (TASC)*, N° 74.

- ILADES (2001): “Derechos de Propiedad sobre el Medio Ambiente y los Recursos Naturales”, *Trabajo de Asesoría Económica al Congreso Nacional (TASC)*, N° 91.

- LEE, TERENCE R.; JURAVLEV, ANDREI S. (1998): “Los Precios, la Propiedad y los Mercados en la Asignación del Agua”, *Serie Medio Ambiente y Desarrollo* (6), Comisión Económica para América Latina y El Caribe, Naciones Unidas.

- LIBERTAD Y DESARROLLO. (2003): “Bonos de Descontaminación: Una Solución para Chile”, *Serie Informe Ambiental N° 12*.

- LIBERTAD Y DESARROLLO (2004): “Reforma al Código de Aguas”, *Temas Públicos*, N° 705.

- LIBERTAD Y DESARROLLO. (2005): “Reforma al Código de Aguas: Un Ejemplo de Control de Daños”, *Temas Públicos*, N° 716.

- MANKIW, GREGORY: *Principios de Economía*. Trad. Esther Rabasco y Luis Toharia Cortés. Madrid. Mc Graw- Hill Interamericana España S.A.U. 1998.

- OGUS, ANTHONY. (1994): “Regulation: legal form and economic theory”, Oxford University Press, Clarendon Series.

- OGUS, ANTHONY. (2001): “Regulatory Institutions and Structures”, *Working Paper Series*, Centre on Regulation and Competition, Institute for Development and Management, University of Manchester, (4).

- PEÑA, JULIO. (2002): “Debate sobre cuotas individuales transferibles: ¿Privatizando el mar? ¿Subsidios? O ¿Muerte anunciada de la pesca extractiva en Chile?”, *Revista de Estudios Públicos*, N° 86, Centro de Estudios Públicos.

- RIESCO, RICARDO. (1999): “¿Es el Agua un Recurso Escaso?”, *Revista de Derecho Administrativo Económico*, I (2).

- ROMERO, JUAN JOSÉ. (2004): “Los Bienes Públicos y los Recursos Comunes”, *Apuntes de Clases*.

- ROMERO, JUAN JOSÉ. (2005): “Origen de la Intervención Reguladora del Estado: Justificaciones y Explicaciones”, *Apuntes de Clases*.

- ROMERO, SERGIO. (2003): “Evolución y Estado Actual de la Tramitación del Proyecto de Modificación del Código de Aguas”, *Revista de Derecho Administrativo Económico*, V (2).

- VERGARA, ALEJANDRO. (1999): “Presentación”, *Revista de Derecho Administrativo Económico*, I (1).

- VERGARA, ALEJANDRO. (2004): “Discrecionalidad Administrativa y Nuevas Limitaciones a los Derechos de Agua”, *Puntos de Referencia*, N° 276, Centro de Estudios Públicos.