

Con derecho al ambiente



FIMA

ONG - Desde 1998

La consagración jurídica de un modelo de desarrollo en la constitución de 1980 y sus consecuencias ambientales:

Reflexiones para la transición ecológica

2021



Documento elaborado por:

Raquel Águila Kiwi
Sofía Rivera Riveros
Ezio Costa Cordella
Luciano González

ÍNDICE

Antecedentes	4
Introducción	5
I. El modelo económico chileno	6
1. Breve reseña histórica	6
2. Caracterización del modelo	8
2.1.El rol del Estado y el mercado: un modelo neoliberal	8
2.2. La política industrial por defecto: la extracción de bienes naturales	9
3. Críticas generales al modelo económico chileno	11
II. La Constitución de 1980 y el llamado Orden Público Económico.....	15
1. Rigidez normativa de la economía y democracia protegida	15
2. ¿Deben las Constituciones abordar la organización de la economía?	16
3. Consecuencias ambientales del Orden Público Económico	18
3.1. Principios del Orden Público Económico	19
3.2. Normas de Orden Público Económico	24
3.3. Mecanismos de protección del Orden Público Económico.	31
Conclusiones	34
Bibliografía	36

ANTECEDENTES

En noviembre de 2019, como resultado de las masivas manifestaciones ciudadanas que comenzaron en octubre en Chile, se llevó a cabo un acuerdo político para generar una nueva Constitución en reemplazo de la impuesta en 1980. El acuerdo contemplaba la celebración de un plebiscito de aprobación o rechazo a redactar una nueva Constitución. La consulta fue realizada el 25 de octubre de 2020, y en ella triunfó la opción del apruebo por más de un 78%, la creación de un órgano íntegramente electo por la ciudadanía encargado de su redacción, y un plebiscito final de ratificación.

En este contexto, la ONG FIMA se ha planteado el desafío de iniciar un debate sobre cómo configurar una relación diferente entre nuestra sociedad y el medio ambiente en una nueva Constitución y, de manera más amplia, en un nuevo pacto social. Ante la actual crisis climática y ecológica, no basta con garantizar la protección del derecho a un medio ambiente sano, sino que también es necesario crear un conjunto de instituciones que nos ayuden a avanzar hacia una auténtica transformación de nuestra relación con la naturaleza, a través de lo que hemos denominado una Constitución Ecológica.

La necesidad de un nuevo pacto social sobrepasa las posibilidades de una Constitución, pues dicho pacto opera en una serie de estructuras que sólo son parcialmente coincidentes con el ordenamiento jurídico. En este sentido, desde ONG FIMA creemos que la reflexión sobre un nuevo pacto social debe incluir un debate sobre las estructuras económicas en las que habitamos e interactuamos.

Es así como este informe se enmarca en un proyecto de nuevos horizontes económicos y transición económica y ecológica para Chile. El objetivo principal del proyecto es, en primer lugar, realizar un diagnóstico sobre el modelo de desarrollo económico y las políticas industriales consagrados y/o desarrollados a partir de la entrada en vigor de la Constitución chilena de 1980, y las consecuencias socioambientales que esto ha producido. A partir de ello, se pretende elaborar un relato desde una visión ecológica, que permita articular propuestas para el desarrollo de un modelo social y económico que se estructure a partir de la consideración de factores sociales y ambientales.

El proyecto se desarrollará, en parte, de manera paralela a la Convención Constitucional y pretende ser un insumo para ella, pero no está vinculado de manera exclusiva a este proceso ni de manera temporal ni sistemática, pues la reflexión excede el ámbito de las posibilidades de la Convención. Así, el informe que se desarrolla a continuación constituye la primera parte de este proyecto.

INTRODUCCIÓN

El modelo de desarrollo e industrialización que adopta un país define la forma en que vive y se desenvuelve la sociedad. El proceso constituyente iniciado en Chile a partir del “estallido social”, se origina en parte importante por un cuestionamiento hacia el modelo económico de nuestro país, y la escasa legitimidad democrática bajo el cual este ha sido implementado.

El presente informe busca, por un lado, sistematizar las formas en que la Constitución Política de la República de 1980 influye y determina el actual modelo de desarrollo económico de Chile, y por otro identificar cuáles son las consecuencias de ello en materia ambiental, a efectos de servir de insumo para la discusión sobre una nueva Constitución y pacto social.

A modo de diagnóstico, se analiza cómo el entramado constitucional vigente y el proceso de construcción de un marco rígido en materia económica han estrechado el campo de la acción democrática para la toma de decisiones sobre el modelo de desarrollo y el enfoque de las políticas industriales que requiere nuestro país, cuestión que tiene consecuencias directas sobre el bienestar de la comunidad y de la naturaleza.

En el primer capítulo se realiza una revisión del modelo económico actual en Chile, identificando su origen histórico y relevando sus características fundamentales. Luego, en un segundo capítulo, revisaremos el llamado Orden Público Económico constitucional, es decir, los principios y normas de implicancia económica en la Constitución, eligiendo los más importantes para los efectos de este informe.

A partir de ello, se esboza una crítica a los elementos del modelo económico chileno y su amparo constitucional, detectando así la necesidad -imperante en materias ambientales- de cambiar el modelo económico que se mantiene actualmente en Chile, y, junto con ello, la debilidad democrática de la actual Constitución, en especial en materia económica. Postulamos que es ineludible establecer democráticamente el modelo económico a seguir por Chile, y necesario que dicho modelo sea respetuoso con la protección del medio ambiente.

I. EL MODELO ECONÓMICO CHILENO

Un modelo de desarrollo económico es la forma en la que el valor, referido a la capacidad de producción, se crea, distribuye y extrae en los países¹. La noción de desarrollo tradicionalmente se ha centrado en el crecimiento económico, la libertad de mercado y el Estado mínimo². Ello concuerda con la concepción de desarrollo recogida en la Constitución chilena de 1980, que si bien no consagra explícitamente un modelo económico específico, se encuentra fuertemente determinada hacia un modelo neoliberal y extractivista³, a causa de la cláusula de protección de la libertad económica, la estructura del derecho de propiedad y el limitado rol del Estado en la economía, entre otras cláusulas que se explicarán en los acápite siguientes.

1. Breve reseña histórica

Hasta el golpe de Estado de 1973, en Chile se había venido gestando una tradición de intervención estatal en la economía, con un amplio margen de acción en materia de políticas sobre desarrollo e industrialización y participación empresarial por parte del Estado. Esto cambió radicalmente a partir de aquél hito, en que se inicia una revisión de la política económica implementada hasta el momento. Así, se ha señalado que:

“El Régimen militar, desde sus inicios, buscó restringir el papel económico del Estado a una actividad meramente subsidiaria a la actividad económica privada, promoviendo la libertad de empresa como base del modelo, de hecho, durante el Régimen militar se privatizó la mayoría de las empresas públicas existentes en Chile. En el mismo sentido, se permitió la participación del sector privado en áreas concebidas, tradicionalmente, como propias del sector público, tales como: salud, seguridad social, y educación”⁴.

Una primera elaboración de los principios del modelo económico chileno se encuentra en la “Declaración de principios del Gobierno de Chile” del 11 de marzo de 1974, dentro de los cuales destacan el respeto a la propiedad privada, la libre iniciativa económica y la subsidiariedad del Estado⁵. Sin embargo, las bases teóricas más sólidas de la política económica implementada desde 1974, se pueden encontrar en “El Ladrillo”, un documento elaborado desde agosto de 1972, por los economistas Andrés Sanfuentes, Juan Villarzú y José Luis Zabala Ponce⁶. El propósito de este documento era desarrollar un programa económico alternativo al que había implementado la Unidad Popular, cuyos principales pilares consistieron en la restricción de la participación del Estado en la economía, la liberalización de los mercados y la estabilización de la inflación. Estas ideas se desarrollan en un contexto en que primaba “la idea de que el mercado, operando libremente, es el que asigna, de forma más eficiente, los recursos productivos. Ello a la vez que constituye el mecanismo más idóneo para establecer los desequilibrios macroeconómicos heredados del gobierno anterior”⁷.

1 OPES (2020). p.14.

2 Véase MUJICA CHIRINOS, y RINCÓN GONZÁLEZ (2010).

3 El modelo de extracción intensiva de bienes naturales no es propio de la Constitución de 1980, sino que se remonta mucho antes en la historia de Chile. Sin perjuicio de lo anterior, las normas constitucionales de 1980 lo acentuaron mediante una serie de mecanismos, que se desarrollan en el presente informe.

4 GUERRERO (2020). p 25.

5 GUERRERO (2020) pp. 33 y ss.

6 Véase MEMORIA CHILENA.

7 GUERRERO (2020) p 29, citando a Vergara, P., Auge y caída del neoliberalismo en Chile.

A partir del momento en que empiezan a implementarse las políticas de contrarreforma económica de la Dictadura⁸, en Chile se comienza a consolidar un modelo económico de corte neoliberal. Como describe Harvey, en este modelo el Estado es precisamente un favorecedor de la propiedad, del clima de inversión y de la solidez del sistema financiero, por sobre los derechos colectivos, el bienestar de la población o la protección del medio ambiente⁹. Y en ese sentido, si bien las ideas principales del modelo económico son propiamente liberales, estas se vieron exacerbadas en su configuración e impuestas y protegidas por la fuerza del Estado, dándole mayor importancia a dichas ideas económico-liberales que a los aspectos económico-sociales.

Lo anterior, es decir, la consagración de una “democracia protegida” -idea conservadora por excelencia- junto con la sobreprotección de ideas (neo)liberales pugna incluso con el modelo de constitucionalismo liberal clásico, en la medida que busca, mediante la sustracción de discusiones del diálogo democrático conservar un determinado *statu quo* neoliberal cristalizándolo en la Constitución¹⁰.

Podemos identificar varias etapas en el desarrollo de este modelo. La primera etapa comprendió entre los años 1974 a 1982 y estuvo marcada por la influencia de los llamados Chicago Boys. Esta se caracterizó por una liberalización de las importaciones y la apertura del comercio hacia el exterior. Dichas políticas contractivas generaron un elevado índice del desempleo, disminución de los salarios, quiebras de empresas y una caída en la formación de capital de inversión¹¹. Así, estas medidas generaron una gran desprotección en el ámbito social, lo que marcará la pauta de las siguientes décadas en que se pronunciará cada vez más la desigualdad socioeconómica.

Un segundo momento está marcado por la flexibilización de las políticas económicas a raíz de la crisis económica de 1982, la devaluación del tipo de cambio real, la duplicación de la deuda externa y un retroceso de las exportaciones, todo lo que llevó a un giro en las decisiones económicas adoptadas hasta ese momento¹². En 1985, se nombró a Hernán Büchi como Ministro de Hacienda, iniciando una etapa de aceleración de la privatización de las empresas estatales y de los servicios sociales con el objetivo de reactivar la alicaída economía nacional, mientras se redefinían algunas funciones del Estado, con atribuciones subsidiarias y fiscalizadoras de los desequilibrios macroeconómicos¹³.

La tercera etapa comienza en la década del 90, y está marcada por la vuelta a la democracia y la administración que se ha hecho del modelo. En este periodo tuvieron lugar los gobiernos de la Concertación, cuyo principal objetivo fue lograr un mayor crecimiento económico para el país, estableciendo mejores niveles de equidad entre clases sociales. En este sentido, se ha sostenido que

“En materia económica, la continuidad que se advierte en los gobiernos democráticos, con las medidas que había adoptado el Régimen militar en sus últimos años, estaría fundada en la opción programática de asegurar la mantención de una lógica de crecimiento económico que no debía interrumpirse atendidos sus buenos resultados, en términos de expectativas de los sectores empresariales, políticos y militares que habían negociado la transición. En este contexto, los gobiernos de la Concertación, salvo algunos

8 MAYOL, Alberto (2012): El derrumbe del modelo. (Santiago de Chile, Editorial LOM) pp. 37 - 41

9 HARVEY (2007). p.79-80

10 VERGARA ESTEVEZ (2007) pp. 47-50

11 MELLER (2016) pp. 174-177

12 MELLER (2016), p. 215.

13 MELLER (2016), pp. 232-239

matices del gobierno de Michelle Bachelet, no innovaron en materia macroeconómica, incluso autoimponiéndose reglas de austeridad fiscal más intensas que las del propio Régimen militar”¹⁴.

En los gobiernos de los presidentes Aylwin, Frei y Lagos, el discurso público puso el énfasis en el gasto público social, dirigido a reducir la pobreza, disminuir la cesantía y resguardar la estabilidad macroeconómica. Sin embargo, como se indicó, en los hechos se continuaron las medidas impuestas previamente, con la idea de continuar el crecimiento económico basado en estadísticas macroeconómicas, sin incorporar cambios reales en el modelo que permitieran realmente lograr dichas metas¹⁵. Y es por ello que a pesar de ser este uno de los períodos de mayor crecimiento económico del siglo XX, el país es considerado todavía como uno de los peores del mundo en términos de distribución del ingreso¹⁶.

2. Caracterización del modelo

Como señalamos anteriormente, el modelo económico adoptado en Chile desde 1980, y que con escasas variaciones persiste hasta nuestros días, se condice con la noción tradicional de desarrollo, en tanto concibe como su objetivo primordial el crecimiento del Producto Interno Bruto (“PIB”) del país, el cual debe ser alcanzado a través del desenvolvimiento del libre mercado y de un Estado que ejerza un rol subsidiario en materia económica. A raíz de ello, y de la aplicación práctica que se ha hecho del modelo, la economía chilena ha sido caracterizada como de corte neoliberal y extractivista.

El carácter neoliberal del modelo de desarrollo chileno dice relación con el rol que se le ha asignado al Estado y al mercado para alcanzar el desarrollo y definir el tipo de políticas industriales que seguirá el país. Mientras que su carácter extractivista se explica porque esta forma de producción -de remoción de grandes volúmenes de recursos naturales con escaso o nulo procesamiento- se ha aceptado como la fuente de financiamiento para conseguir el desarrollo -entendido en el sentido tradicional del término-.

2.1. El rol del Estado y el mercado: un modelo neoliberal

El neoliberalismo puede ser entendido de múltiples formas, sin embargo, para efectos del presente informe entenderemos que este constituye una fase actual del capitalismo, posterior al régimen dictatorial en Chile y que se mantiene hasta nuestros días, así como una forma específica de gobierno de los problemas sociales, que usa al mercado como modelo de asignación de bienes y servicios¹⁷.

En sentido histórico, se ha entendido que el modelo en Chile se impuso tras la instalación de las ideas de los Chicago Boys, mediante la construcción de un Estado cuyo principal objetivo es producir las condiciones para un mayor crecimiento del PIB. Desde entonces, “el gobierno neoliberal perdió interés en el desarrollo de la industrialización nacional y dejó de asumir un rol de mediador

14 GUERRERO (2020) p 66

15 PIZARRO (2005) pp. 6-10.

16 Chile se encuentra en el número 35 de los países con más alto índice de GINI (mayor desigualdad), según: Banco Mundial, entrada Índice de Gini, todos los países y economías ordenados según valor más reciente. Disponible en: https://datos.bancomundial.org/indicador/SI.POV.GINI?most_recent_value_desc=true [Última vez: 17.03.2021]

17 OSSANDÓN, José. (2019)

del conflicto entre empresas y trabajadores”¹⁸, cuestión que se ha mantenido más o menos constante hasta nuestros días.

El modelo económico chileno también puede ser entendido como neoliberal en la forma de administrar los problemas públicos. En esta perspectiva -a diferencia de lo que plantea el liberalismo clásico del laissez faire- el Estado debe crear activamente las condiciones para el desarrollo de nuevos mercados. Esta comprensión tiene consecuencias prácticas relevantes, por cuanto lo que hace este tipo de gobierno es crear políticas públicas que empujen a sectores enteros a que sean organizados para favorecer el funcionamiento del mercado¹⁹, alcanzando, en este ejercicio, bienes comunes tan relevantes como el medio ambiente. Así, podemos ver como se ha dejado al mercado la determinación de áreas como las políticas de contaminación, la energía, las aguas, entre otros.

Tal como hemos señalado, la consagración constitucional del modelo chileno respecto de su neoliberalismo es conservadora y se presentó como una reacción al programa de la Unidad Popular. De esta forma y como veremos durante este trabajo, no solo dispone de normas sustantivas que privilegian los derechos que conforman el denominado “Orden Público Económico”²⁰, sino que adicionalmente establece normas adjetivas que buscan la preservación del modelo económico sin perjuicio de la deliberación democrática²¹.

Para entender la relación entre neoliberalismo y medio ambiente es importante distinguir los procesos a través de los cuales se despliegan sus consecuencias: privatización, desregulación y mercantilización²². La privatización y mercantilización dicen relación con que a los recursos naturales se les identifica como una mercancía y se les asigna propiedad, para de esta forma poder ser controlados y transferidos. Ello también supone la relegación de la gestión ambiental a mecanismos de mercado y la intervención del Estado mediante la regulación, como una forma de facilitar los procesos de privatización y la creación de mercados que controle aspectos cada vez más amplios de la vida social y ambiental, así como la reestructuración de las relaciones y derechos de las personas y del medio ambiente²³.

2.2. La política industrial por defecto: la extracción de bienes naturales.

La explotación desmedida de nuestros bienes (o “recursos”) naturales puede explicarse, en parte, por la desconexión que se habría producido entre el ser humano y la naturaleza²⁴ y, con ello, la constante búsqueda de dominar y explotar el medio ambiente²⁵. Dicha tendencia se vio agudizada durante el siglo XX, momento a partir del cual la depredación de la naturaleza se justificó como una necesidad para impulsar el desarrollo y el crecimiento económico de los países, resultando en la consolidación de modelos económicos extractivistas²⁶.

18 OSSANDÓN, José. (2019)

19 OSSANDÓN, José. (2019)

20 VERGARA ESTEVEZ (2007) p. 50.

21 ATRIA (2014) y GUZMÁN (1979)

22 MARCH (2013), p. 142.

23 MARCH (2013), p.143.

24 LARRAÍN (2020), p. 25.

25 ACOSTA (2014). p.264.

26 LARRAÍN (2020). p. 75.

El extractivismo ha sido definido como aquellas actividades económicas que remueven grandes volúmenes de recursos naturales que son nula o limitadamente procesados, y que no se destinan para consumo en el mercado interno de un país, sino principalmente para la exportación²⁷. El extractivismo contempla lo que tradicionalmente se ha entendido como actividades de exportación de materias primas; de bienes no procesados; así como de bienes procesados generados en base a recursos naturales, todas ellas actividades históricamente en nuestra matriz productiva²⁸. También se identifica con los sectores extractivos (como el minero), primario (como la agricultura y la industria forestal)^{29, 30, 31} y de la generación eléctrica que en general es caracterizada como sector secundario³². El problema de este tipo de actividades productivas es que se lleva a cabo sin importar la sustentabilidad de los proyectos ni el futuro agotamiento de los recursos³³, es decir, no consideran si podrán o no sostenerse en el tiempo, sin ayuda externa y sin que se produzca la escasez de los recursos existentes.

La visión extractivista de la economía chilena es de larga data, pero resultó en cierta medida acelerada desde los años 1980's, con el proceso transformador del modelo social y económico que aceleró la explotación de los recursos naturales mediante el incentivo a los inversores extranjeros para ingresar al país, la flexibilización y dispersión normativa ambiental y el debilitamiento de la actividad de policía de la administración.

Tras la vuelta a la democracia, se inició un proceso de creación y sistematización de la normativa ambiental, cuyo fin era generar instituciones que hicieran efectiva la responsabilidad ambiental, promovieran el desarrollo sustentable y fortalecieran los derechos de acceso. Sin embargo, la creación de esta institucionalidad no tuvo grandes efectos sobre la forma de concebir el desarrollo económico y social del país, manteniendo su centralidad en la idea de crecimiento económico ligado al aumento del PIB, y en la necesidad de potenciar el desarrollo de las actividades extractivas por sobre la protección del medio ambiente³⁴.

Actualmente la economía chilena se basa principalmente en la explotación de bienes naturales, operando una lógica extractivista en diversos sectores como la minería, agricultura, silvicultura, generación de energía, entre otras. Este tipo de economías, que demandan capital y desarrollo tecnológicos, muchas veces funcionan sin una propuesta integradora de las actividades primarias y de extracción con el resto de las actividades económicas y sociales de un país, justamente como ha ocurrido en Chile. Como consecuencia de ello, nuestro modelo de desarrollo, por sus características intrínsecas, queda sujeto a las vicisitudes del mercado mundial³⁵. De hecho, se ha señalado que

27 ACOSTA (2011), p.2.

28 FIGUEROA, et al. (1996) pp. 49-51

29 SCHMIDTKE, KOCH, y CAMARERO (2008), p. 6

30 RAMOS, MUÑOZ, PÉREZ (2017) pp. 39-41

31 En ese sentido, si bien no parece existir un consenso respecto de la ubicación del “sector extractivo” como autónomo o contenido en otro sector si existe un consenso que refiere a la extracción de recursos naturales.

32 Así CONGCOOP caracteriza dentro de los conflictos extractivos (en tanto relacionados con los recursos naturales al sector eléctrico, véase CONGCOOP (2017) pp. 22-29; pp. 54-55; Alzate, Gómez y Palacios refieren a un sector “minero-energético” por un lado por determinadas particularidades de Colombia (como que ambos sectores fueron tratados institucionalmente de forma conjunta) , pero también por la presión que ejercen sobre el medio ambiente y los bienes naturales, véase ALZATE et al (2020) pp. 9-10; 31-34; 41-42; pp. 54-61.

33 Ídem.

34 VALLEJOS (2005). p. 203.

35 ACOSTA (2011), p.5.

“Lo cierto es que la gran disponibilidad de recursos naturales que caracteriza las economías primario-exportadoras, particularmente si se trata de minerales o petróleo, tiende a distorsionar la estructura económica y la asignación de los factores productivos; redistribuye regresivamente el ingreso y concentra la riqueza en pocas manos”³⁶.

En materia ambiental, las características de este modelo han redundado en un uso intensivo de agua y su contaminación por parte de los sectores productivos, lo que ha potenciado seriamente la escasez del recurso, ubicando a Chile dentro de los 30 países del mundo con mayor estrés hídrico³⁷. Además, las actividades de minería, agricultura y silvicultura constituyen una de las tres grandes fuentes de contaminación del aire (junto con el transporte y la calefacción de viviendas mediante combustión de leña), generando que en 2018, cerca de 9,7 millones de chilenos se ubicaban en zonas latentes o saturadas por material particulado fino, exponiéndolos a concentraciones de MP2,5 superiores al valor de la norma, lo que significó una directa afectación a la salud de las personas³⁸.

Por último, también es importante destacar que el modelo extractivista implementado en Chile ha permitido la instalación de proyectos en lugares donde no existe necesariamente compatibilidad con este tipo de actividades. Considerando además que muchas veces los proyectos se ejecutan sin tener en consideración la opinión de quienes habitan en dichos territorios, se ha generado una inmensidad de conflictos socioambientales en nuestro país. En este momento, se registran 119 conflictos en total, de los cuales 65 se encuentran activos y 30 en estado de latencia³⁹, siendo los sectores de energía (37%) y minería (28%) los que mayor porcentaje de conflictos presentan.

3. Críticas generales al modelo económico chileno

El concepto tradicional de desarrollo al cual adscribe la Constitución Política de la República de 1980 ha sufrido importantes críticas, en vista de una reflexión teórica y de la experiencia empírica que ha resultado de su aplicación. En este sentido, por una parte, en el año 2000 el Banco Mundial realizó una autocrítica sobre la noción que había venido trabajando, resaltando que el desarrollo no puede ser entendido solo como crecimiento económico, sino que también requiere de estabilidad macroeconómica y de participación activa del Estado para alcanzarlo, además de que debe asentarse en procesos que favorezcan la integración social y respeten y protejan el medio ambiente.

Por otra parte, la OCDE recientemente ha establecido un catálogo de lo que ha denominado “las nuevas trampas del desarrollo”⁴⁰ que enfrentan los países de América Latina y el Caribe. Bajo este concepto identifica una serie de errores que se cometen en la implementación de modelos económicos tradicionales que persiguen únicamente el crecimiento económico, y que finalmente limitan la capacidad de estos países para avanzar hacia mayores niveles de desarrollo, y alcanzar un nivel de desarrollo sostenible.

La primera trampa que identifica es la de productividad, por cuanto “alcanzar mayores niveles de productividad exige estructuras económicas más diversificadas con productos y servicios más

36 ACOSTA (2011) p.3.

37 WORLD RESOURCES INSTITUTE (S.F.)

38 MINISTERIO DEL MEDIO AMBIENTE (2019) p. 102.

39 La información citada se encuentra disponible en el siguiente link: INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS. Mapa de conflictos socio ambientales en Chile. Disponible en: <https://mapaconFLICTOS.indh.cl/#/>. Fecha de consulta: 02.02.21.

40 Véase OCDE et al (2019).

sofisticados”⁴¹. Sin embargo, lo que ha ocurrido en los países de ALC es que existe una baja sofisticación de las exportaciones, y escasa integración a las cadenas internacionales de valor y de productividad de las pymes. Ello es tremendamente relevante, por cuanto saber producir es importante porque compromete la soberanía en el proceso de desarrollo de un país⁴². En este sentido,

“Se observa que la matriz productiva chilena se encuentra altamente concentrada en productos y socios comerciales, donde la alta dependencia de materias primas conduce a una baja valoración y complejidad de la canasta exportadora. En este sentido, existe un importante espacio de acción -entendiendo el rol de la diversificación y sofisticación sobre el crecimiento- para complejizar la estructura productiva, tanto a nivel de industria como generación de clúster alrededor de la producción de materias primas”⁴³.

En segundo lugar, identifica lo que denomina la trampa de la vulnerabilidad social, señalando que el desarrollo requiere de la creación de más empleos formales. Sin embargo, la realidad es que en ALC los sectores medios tienen una alta volatilidad de ingresos y baja productividad. En el escenario nacional ello tiene una serie de implicancias, tales como que: tenemos una economía basada en servicios, lo que compromete elementos esenciales del desarrollo, “como por ejemplo, el crear encadenamientos productivos, (...) permitir comerciar bienes con mayor potencial para generar capacidad productiva y tecnológica en el país, y compromete la generación de empleos de calidad”⁴⁴; la pobreza no se determina sólo por falta de ingresos, sino que en nuestro país se ve influida por falta de acceso a servicios públicos en derechos sociales básicos; y que en Chile el trabajo no asegura salir de la pobreza, en vista de que tres cuartas partes de quienes son pobres están activos en el mercado laboral, lo que puede explicarse porque el trabajo no es de calidad y no entrega salarios ni condiciones laborales adecuadas⁴⁵.

La tercera trampa la constituye aquella de tipo institucional, que señala que el desarrollo sostenible requiere de mejores instituciones para restituir la confianza de la ciudadanía en ellas, mejorar la calidad de los servicios públicos y responder a aspiraciones más altas de clases medias emergentes. Sin embargo, lo que ocurre en la práctica es que existen capacidades estatales insuficientes para impulsar el desarrollo, y la existencia de escaso cumplimiento del deber de pagar impuestos por cierta parte de la población. En nuestro país, se ha señalado que

“(...) ha cambiado la participación del Estado dentro de la economía, tanto como agente empresario en sectores productivos como en su rol de no intervención. Esto ha determinado una nueva estructura productiva que se caracteriza por baja planificación de largo plazo, alta influencia de la economía internacional en la producción interna y en la mayor importancia de los sectores extractivos dentro del país”⁴⁶.

Por último, se encuentra la trampa medioambiental, en la que la OCDE sostiene que “un modelo de desarrollo sostenible en términos ambientales exige avanzar hacia economías con bajas emisiones de carbono”⁴⁷. Ello también se condice con los objetivos de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible de la ONU, aprobada en 2015, la cual contiene una declaración a favor de un nuevo

41 Ídem. p.104.

42 OPES (2020), p.15.

43 Ídem, p.2.

44 Ídem, p. 27.

45 Ídem. p. 37.

46 Ídem. p.2.

47 OCDE et al (2019) p. 104.

modelo de desarrollo para los países que permita “proteger el planeta contra la degradación, incluso mediante el consumo y la producción sostenibles, la gestión sostenible de sus recursos naturales y medidas urgentes para hacer frente al cambio climático, de manera que pueda satisfacer las necesidades de las generaciones presentes y futuras”.

Entre dichos objetivos destacan el Objetivo 6, que consiste en garantizar la disponibilidad y la gestión sostenible del agua y el saneamiento para todos; Objetivo 7, sobre garantizar el acceso a una energía asequible, fiable, sostenible y moderna para todos; Objetivo 8, relativo a promover el crecimiento económico sostenido, inclusivo y sostenible, el empleo pleno y productivo y el trabajo decente para todos; Objetivo 9, sobre construir infraestructuras resilientes, promover la industrialización inclusiva y sostenible y fomentar la innovación; Objetivo 12, relativo a garantizar modalidades de consumo y producción sostenibles; Objetivo 13, destinado a adoptar medidas urgentes para combatir el cambio climático y sus efectos; Objetivo 14, que obliga a conservar y utilizar sosteniblemente los océanos, los mares y los recursos marinos para el desarrollo sostenible; el Objetivo 15, concerniente a proteger, restablecer y promover el uso sostenible de los ecosistemas terrestres, gestionar sosteniblemente los bosques, luchar contra la desertificación, detener e invertir la degradación de las tierras y detener la pérdida de biodiversidad, entre otros.

Sin embargo, la realidad es que en ALC nos encontramos con economías altamente carbono-dependientes, sobre explotación de los bienes naturales, y una estructura productiva con escaso desarrollo tecnológico. En este contexto regional, Chile no es la excepción, ya que,

“Si bien en todos los casos se observa, aunque de forma volátil, un aumento de las rentas de los recursos naturales dentro de la participación del PIB, Chile presenta una mayor dependencia llegando un punto máximo de un 21,4% al año 2007, muy superior al promedio de ALyC que alcanzaba un 7,3%”⁴⁸.

Ello ha tenido efectos devastadores en materia ambiental, por cuanto “la minería, la extracción de energía y la infraestructura también son importantes factores impulsores de la pérdida de biodiversidad, debido al cambio del suelo, la extracción de aguas subterráneas, la contaminación del suelo y el agua y la generación de residuos peligrosos”⁴⁹. De acuerdo con el indicador “Huella ecológica”, de la organización Global Footprint Network, el ritmo de contaminación a nivel mundial corresponde a la capacidad de 1,7 planetas tierras, y Chile se encuentra en un estado de “Déficit ecológico” en un 25%. En este sentido, se devela que

“Las consecuencias socioambientales del modelo productivo del país son evidentes. Actualmente, Chile se ubica dentro de los 5 países con más conflictos ambientales en el mundo, y la mayoría de esos conflictos se relacionan con el acceso y uso del agua. Esto está directamente relacionado a los grandes requerimientos de agua que tienen las principales actividades económicas del país. El cambio estructural hacia una base productiva limpia, con mayor contenido tecnológico, y cuyo propósito sea sostener un modelo de desarrollo en pos del cuidado del medio ambiente y el bienestar de todas y todos, debe ser uno de los principales objetivos de Chile para los próximos años”⁵⁰.

En este punto es interesante notar que si bien las economías latinoamericanas tienden a ser directamente carbono dependiente, son los países desarrollados los que reciben y consumen

48 OPES (2020) p.12.

49 OCDE et al (2019) p. 123.

50 OPES (2020). p. 93.

mayoritariamente los bienes que requieren estas formas productivas, desplazando los costos ambientales de su estilo de vida a países con normativa más laxas en materia de protección de la naturaleza.

Sin perjuicio de la relevancia específica de cada una de las trampas del desarrollo que se han descrito en este apartado, es ésta última la que más nos convoca y nos preocupa, en el convencimiento de que, en lugar de desarrollarnos, estamos dejando un país cada vez más pobre, ambientalmente degradado y socialmente fracturado a las generaciones futuras.

De hecho, según el informe “Hacer las paces con la naturaleza”⁵¹ de la ONU, los cambios ambientales descritos impiden el progreso hacia una sociedad más justa, capaz de acabar con la pobreza y el hambre, que reduzca inequidades y que promueva el crecimiento económico sustentable. Asimismo, señala que el bienestar de la generación actual y de las futuras, depende de una ruptura drástica con las prácticas de deterioro ambiental que se han venido llevando a cabo. A este respecto, en materia económica, establece específicamente que las decisiones sobre desarrollo deben tender hacia la sostenibilidad, considerando el capital natural en la toma de decisiones y eliminando los subsidios perjudiciales para el medio ambiente.

51 UNITED NATIONS ENVIRONMENT PROGRAM (2021), p. 13.

II. LA CONSTITUCIÓN DE 1980 Y EL LLAMADO ORDEN PÚBLICO ECONÓMICO.

1. Rigidez normativa de la economía y democracia protegida.

“Es decir, que si llegan a gobernar los adversarios, se vean constreñidos a seguir una acción no tan distinta a la que uno mismo anhelaría, porque -valga la metáfora- el margen de alternativas que la cancha imponga de hecho a quienes juegan en ella, sea lo suficientemente reducido para hacer extremadamente difícil lo contrario”⁵².

Estas famosas palabras de Jaime Guzmán, a menos de un año del plebiscito ratificador de la Constitución de 1980, expresan claramente el ideal de gobierno futuro de la Dictadura militar y los civiles que colaboraron con ella: una democracia protegida. Esta forma de democracia se caracterizaría por ser “fuerte”, presidencialista, limitadora de las mayorías, entre otras.

Algunas de las características de esta forma de democracia que Augusto Pinochet y su entorno consideraban esenciales son: la existencia de una supuesta “neutralidad” en la doctrina económica y valórica en la Carta Fundamental y la sustracción de la voluntad política mayoritaria en estos aspectos⁵³; la democracia protegida como un ideal de las democracias neoliberales, con consagración de rango constitucional⁵⁴, y el privilegio de la protección del derecho a la propiedad por sobre otros derechos fundamentales⁵⁵.

Por medio de la consagración de esta democracia protegida, la Constitución de 1980 resguarda una serie de valores específicos de quienes la redactaron y quienes detentaron el poder en la Dictadura. Entre ellos se encontraban los valores económicos, resguardados en la Constitución, de forma tal que se pudiera desprender de su articulado un único modelo económico, como hemos venido describiendo. Estos valores económicos, elevados a supuestos valores nacionales, se consideraron un elemento intrínseco de la democracia, y por lo tanto se establecieron de forma inmutable (o al menos difícil de reformar) en la Constitución⁵⁶.

52 GUZMÁN (1979), p. 19.

53 “Se rechazan, asimismo, dos aspectos relevantes del constitucionalismo liberal: la neutralidad doctrinaria económica y valórica, y el principio de la división de los poderes del Estado (...). Las principales instituciones –el derecho de propiedad ilimitado, el Estado subsidiario y otras–, deben ser sustraídas a la voluntad política mayoritaria: ‘representación de una mayoría muchas veces accidental y efímera, expresión de una decisión muchas veces irracional o meramente emocional, que no siempre representa el verdadero sentir nacional’ Véase. VERGARA ESTÉVEZ (2007) p.47.

54 “La democracia protegida es una democracia neoliberal, y este es un aspecto central de su carácter doctrinario. El sistema democrático para Pinochet es un medio para ‘el progreso económico: objetivo de la democracia’. Consecuentemente, la constitución de 1980 protege, preferencialmente, el derecho de propiedad en todas sus formas y garantiza la libertad económica como libertad de mercado. Asimismo, impide al Estado realizar actividades empresariales, salvo que una ley de quórum especial lo permita; y otorga al Banco Central autonomía respecto al poder político, para fijar las políticas monetarias. Es decir, otorga rango constitucional a una concepción o doctrina del Estado y de la economía y de los derechos humanos.” VERGARA ESTÉVEZ (2007), p. 48.

55 “La democracia protegida contiene una concepción insuficiente, unilateral y neoliberal de los derechos humanos. De una parte, privilegia el derecho de propiedad como el fundamental, incluso respecto al derecho a la vida. La mayor parte del texto está dedicado, prolijamente, a la consagración de las libertades económicas empresariales. De otra, excluye derechos fundamentales sociales fundamentales: el derecho a la propiedad, a la vivienda familiar digna, al trabajo, a recibir asistencia del Estado en casos de pobreza extrema, a no ser discriminado, a acceder a un sistema previsional que ofrezca pensiones suficientes, y otros importantes derechos económicos sociales contenidos en los Pactos de Naciones Unidas suscritos por Chile. Asimismo, limita el derecho a la salud y la educación, al no garantizar la calidad de estos servicios.” VERGARA ESTÉVEZ (2007), p. 50.

56 Al respecto ver: ATRIA (2014). En especial el apartado quinto del capítulo 2: “Las trampas constitucionales: tres cerrojos y un metacerrojo” (pp. 44-54). De este tan conocido texto marcamos también la atención en las primeras palabras del apartado, en donde se indica que la Constitución de 1980 sería más bien un cúmulo de materias de Ley

Esta serie de normas y principios establecidos en la Constitución, que regulan la forma en que se dirige la economía en el país y también los papeles que le corresponden a cada sujeto del mercado, y las características fundamentales del modelo económico vigente, ha sido llamada Orden Público Económico⁵⁷. Tanto estas normas, principios e instituciones de la Carta Fundamental, como las interpretaciones que de ella se han dado, han generado que el modelo económico construido se mantenga vigente con escasas modificaciones, a 40 años de su imposición.

En materia ambiental, todo lo anterior redundaba en que la protección del medio ambiente esté, en la práctica, supeditada al derecho de propiedad privada en materia de aplicación de la Constitución. Esto porque el ideario político de la Constitución de 1980 consideró como un elemento esencial de la democracia protegida el privilegio del derecho de propiedad de ser considerado como un derecho de mayor valor que los demás. Así, mientras pareciera que para la población en general existe un aumento exponencial en la preocupación por los temas ambientales, dándole prioridad por sobre materias económicas⁵⁸, ello no ha logrado materializarse en regulaciones más estrictas ni modificaciones sustantivas al modelo de desarrollo, generándose en la práctica discusiones en las que se opone la propiedad y su estatuto jurídico a las soluciones que demandan los problemas ambientales, resultando siempre en prevalencia de la primera⁵⁹. Así, el modelo económico no es capaz de ajustarse de manera profunda a estas imperantes preocupaciones sociales, pues los mercados por sí mismos no logran esta adecuación que requiere una mirada global, no siendo capaces de resguardar la crítica situación en la que se encuentra el medio ambiente, mientras que la Constitución vigente entorpece las posibilidades de acción estatal.

2. ¿Deben las Constituciones abordar la organización de la economía?

La cuestión sobre si las Constituciones deben o no consagrar explícitamente un modelo de desarrollo ha sido largamente debatida. Sin embargo, actualmente en la doctrina hay relativo acuerdo en que las Constituciones deben incorporar de algún modo a la economía, entendiendo que es un aspecto esencial de la vida en sociedad. Al respecto Marisol Peña señala:

“El problema económico, es decir, la distribución de recursos escasos frente a la exigencia de satisfacer múltiples necesidades, está unido a la Constitución en la medida que incide en las diferencias que hay dentro de la sociedad y que repercuten en los factores reales de poder que existen en su interior. Esta afirmación debe unirse a la constatación de que la insatisfacción o inadecuada satisfacción de las necesidades tiene un directo

.....
constitucionalizadas para hacerlas inmutables (pp. 44 y 45).

57 Comprendemos y hacemos parte aquí de la crítica que se ha realizado al concepto de Orden Público Económico por una parte importante de la doctrina más reciente. Sin embargo, en este informe nos referiremos directamente a la visión que se buscó instaurar por medio de la Constitución de 1980 y a las interpretaciones que han buscado -y, en un principio, logrado- consolidar dicha visión hasta la actualidad. De esta forma, entonces, criticamos la voluntad originaria de instaurar un cierto modelo económico por medio de la Constitución, y no la redacción y aplicación exacta de las normas en la actualidad más inmediata.

58 Una encuesta de Ipsos en 2019, muestra que Chile es el país más preocupado por el estado de su medio ambiente, pues un 80% de la población en Chile cree que ella es “mala” o “muy mala”, por lo demás, un 70% de la población prioriza el medio ambiente por sobre el crecimiento económico, y más de 4 de cada 5 chilenos reconoce que la principal causa del Cambio Climático es antrópica. En el mismo sentido, en los Encuentros Locales Autoconvocados (ELAS) realizados en 2016, el medio ambiente fue el 2do valor o principio más mencionado, el 6to derecho y el 1er deber o responsabilidad más mencionada.

59 Ejemplos de esto son las discusiones que actualmente se llevan en el congreso sobre cierre anticipado de termoelectrica (Boletín N.º 13196-12) y modificaciones al Código de Aguas (Boletín n.º 7.543-12). En ambos casos el reclamo respecto de la propiedad privada ha sido una de las oposiciones más fuertes a un intento de regulación que modifique las condiciones actuales. Más sobre el mismo asunto puede ser leído en: OCEANA (2021).

impacto en la estabilidad de los sistemas políticos y en la legitimidad de las instituciones reguladas por la Constitución”⁶⁰.

La forma en que las Constituciones incorporan la variable económica ha sido llamada Constitución Económica. El concepto de “Constitución Económica” aparece en las primeras décadas del siglo XX y buscaba principalmente instalar en las Constituciones los derechos de propiedad y libertad de empresa, de forma tal que se limitara la intervención del Estado en el mercado⁶¹. Sin embargo, luego de la Segunda Guerra Mundial el concepto perdió el sesgo liberal que tenía, y se amplió a una serie de otros contenidos. Hoy en día, se puede definir como una ordenación jurídica de la estructura económica⁶² o bien como las normas básicas que configuran el marco jurídico para la actividad económica y sirven como parámetros para el comportamiento de los actores económicos⁶³.

Actualmente, nuestra Constitución establece normas relativas a la economía y el modelo económico, que podrían ser catalogadas como parte de una Constitución Económica. Sin embargo, en la literatura jurídica nacional se le ha denominado preferentemente Orden Público Económico⁶⁴ a esta serie de normas y principios de implicancia económica, confundiendo ambos conceptos y considerándolos sinónimos⁶⁵. El concepto de OPE en nuestra tradición constitucional, nace en el seno de la Comisión Ortúzar, como uno de los objetivos de la Comisión al redactar el anteproyecto de la Constitución de 1980. Así, en una visita del secretario de la OEA a la comisión, Enrique Ortúzar, su presidente, le presentó dicho objetivo de la siguiente manera:

“Vamos a establecer lo que hemos denominado aquí el ‘Orden Público Económico’, vale decir, a consignar normas que señalen cuál será el ámbito del Estado en materias económicas, especialmente, y cuál la órbita dentro de la que podrán desenvolverse los particulares libremente. Para ello vamos a estimular la iniciativa particular, porque comprendemos que es el gran motor en el desarrollo económico y social de los países hoy día. Con este objeto, se fortalecerá el derecho de propiedad, reconociendo al mismo tiempo la función social que debe cumplir. El derecho de propiedad para nosotros es el fundamento de todas las libertades políticas. Si no hay derecho de propiedad, si el estómago de los particulares depende de la voluntad omnímoda del Estado, no hay ni puede haber libertad”⁶⁶.

60 PEÑA (2015) p. 54

61 GUERRERO (2020). pp. 88-89

62 GUERRERO (2020). p. 90

63 GARCÍA-PELAYO citado en: BASSA, VIERA y FERRADA (2016) p. 6.

64 Actualmente, este término es utilizado más bien por la doctrina más conservadora, siendo el ejemplo más célebre: CEA EGAÑA (2012); también FERMANDOIS (2015), entre otros. Por otro lado, la doctrina más reciente lo denomina Constitución Económica. Es el caso, por ejemplo, de FERRADA (2000) p. 50; NEHME (2016); BASSA, VIERA y FERRADA (2016).; y VALLEJO (2016). entre otros. En virtud de que en este trabajo lo que buscamos es analizar las expectativas originarias de los redactores de la Constitución, utilizaremos el concepto de Orden Público Económico, aunque concordamos con la postura de los autores antes expresados en la crítica a este concepto sui generis, creado para representar una ideología específica en la Constitución.

65 GUERRERO (2020). pp 95-98. El autor presenta también el concepto autónomo de Constitución Económica y por qué este se diferencia del concepto de Orden Público Económico, puntos en los cuales concordamos. Sin embargo, como se ha venido diciendo, en el presente trabajo solo nos abocaremos al estudio del Orden Público Económico como se pensó en la redacción de la Constitución, y las consecuencias de este.

66 Actas de la Comisión de Estudios, Ortúzar presentando el trabajo de la comisión al secretario de la OEA, p 221. Sesión 189 16.06.1976, Tomo VI.

De esta forma, podemos ver que el OPE comprendería una serie de normas y principios que fijan y regulan las bases fundamentales de la actuación de los agentes económicos en nuestro ordenamiento jurídico. Sin embargo, dicha institución no puede ser comparada directamente, como algunos autores aseguran⁶⁷, con el concepto utilizado en derecho comparado de Constitución Económica, pues este último no contiene una tendencia ideológica intrínseca, como ocurre en el caso chileno. Así, nuestra Constitución, en el plano económico “está conformada por una serie de preceptos que, directa o indirectamente, pretenden consolidar una estructura económica basada en la libertad económica, la no discriminación, el derecho de propiedad y una pretendida neutralidad técnica de los órganos estatales con competencia en materia económica”⁶⁸.

Tradicionalmente se ha considerado que el OPE está constituido, en primer lugar, por normas imperativas o prohibitivas que establecen, fundamentalmente, que el Estado debe tomar un rol meramente pasivo y “arbitral” respecto de la economía, y de los derechos -o más bien- libertades que detentan los entes privados en sus actuaciones en el mercado. También forman parte de este, ciertos principios básicos que informan todo el articulado constitucional, de manera que ninguna norma puede ser interpretada de forma desventajosa para los valores económicos consagrados en la Carta fundamental. En tercer lugar, dentro del OPE se encontraría el establecimiento de mecanismos de protección y normas que funcionan como “cadenas” institucionales, que buscan preservar el modelo para que este no pueda ser reformado ni reconfigurado fácilmente, sin dañar en su núcleo a la Constitución misma⁶⁹. Por último, a dichos elementos se debe agregar además un aspecto fundamental: la interpretación constitucional –que hoy forma parte de nuestra cultura jurídica– emanada de la doctrina, la jurisprudencia y su aplicación en otros ámbitos (por ejemplo, en los requerimientos de diputados y senadores al Tribunal Constitucional en tramitaciones de proyectos de Ley), ha mantenido una visión rígida y conservadora de las normas en cuestión⁷⁰.

Teniendo estas consideraciones teóricas en cuenta, nos abocaremos a analizar detenidamente algunos de los principios y normas constitucionales más importantes que conforman este Orden Público Económico del que venimos hablando⁷¹, eligiendo en este caso aquellos que mayores implicaciones o efectos han tenido para el medio ambiente. Debemos aclarar en este punto que este informe no tiene como objetivo sugerir la eliminación de todas las normas que se señalan a continuación, sino describirlas y criticarlas en tanto que fijan un cierto modelo económico específico, a través del reconocimiento constitucional de valores económicos determinados de un grupo dominante de la sociedad en la dictación de la Constitución de 1980, que hoy en día no se condicen con la preocupación ambiental que existe en nuestro país y en el mundo, ni con la urgencia que tiene afrontar las crisis climática y ecológica global.

3. Consecuencias ambientales del Orden Público Económico

En la presente sección, haremos una revisión de los principios y normas más relevantes en materia de OPE, deteniéndonos en las consecuencias prácticas y normativas que cada una de ellas tiene o ha tenido para la protección ambiental. Este ejercicio, de carácter ilustrativo, nos llevará a dos conclusiones principales.

67 En este sentido, por ejemplo, BASSA, VIERA y FERRADA (2016); VALLEJO (2016); entre otros.

68 FERRADA (2000), p. 50

69 Un análisis más profundo de algunas de estas materias, pero enfocado de forma diferente a la del presente trabajo, se puede ver en: GUERRERO (2020).

70 FERRADA (2000), p. 49 y ss.

71 Un listado de todas estas normas y principios puede verse en FERMANDOIS (2015).

En primer lugar, podremos observar como la representación normativa de un determinado modelo económico tiene implicancias en la manera en que nos relacionamos con el medio ambiente, cuestión que nos obliga a reflexionar sobre esta variable en el momento de consagrar (o no) normativa económica en una nueva Constitución.

En seguida, el ejercicio también busca mostrar, en particular, cuáles son las instituciones y normas que generan mayores tensiones con la búsqueda de una relación armónica entre sociedad y medio ambiente, cuestión que es el objetivo de una Constitución Ecológica y también de los ideales de desarrollo sustentable y de transición económica-ecológica.

3.1 Principios del Orden Público Económico

a. Principio de servicialidad y amparo a los grupos intermedios

El principio de servicialidad y amparo a los grupos intermedios se encuentra en el capítulo de “Bases de la Institucionalidad”, erigiéndose como un criterio rector que informa toda la Carta Constitucional. En particular, el artículo 1º incisos 3º y 4º de la Constitución, indica:

“El Estado reconoce y ampara a los grupos intermedios a través de los cuales se organiza y estructura la sociedad y les garantiza la adecuada autonomía para cumplir sus propios fines específicos.

El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece”.

La inclusión del principio de servicialidad expresa una concepción del Estado “al servicio del hombre, como un instrumento establecido en beneficio del ser humano y no como una creación jurídica o social, que es expresión de una evolución que termina ahogando al ser humano y sometiéndolo”⁷². En su origen, en el seno de la Comisión Ortúzar se consideró que este principio tenía dos expresiones: en primer lugar, en la disposición que posteriormente se convertiría en el inciso primero del artículo 1 de la Constitución, indicándose que “el Estado, como creación del hombre para su servicio, en su concepto, está destinado a cautelar, respecto de aquél, dos valores fundamentales que los constituyen su dignidad esencial y sus libertades”; y en segundo lugar, se expresaría en aquel artículo “que se refiere a que la sociedad, la comunidad nacional, deben buscar el pleno desarrollo de la persona en sus diversos aspectos: social, cultural, económico, cívico y político, tarea ésta a que debe propender el Estado en su acción”, el cual posteriormente pasará a ser el ya citado inciso cuarto del artículo primero⁷³.

Por su parte, Soto Kloss explica que el principio de servicialidad implica un “deber jurídico” que la Constitución impone al Estado, debido a su finalidad y del carácter accidental e instrumental que posee, concebido este de un modo específico, como medio de perfeccionamiento de las personas⁷⁴. Asimismo, el autor indica que un órgano del Estado está actuando conforme al principio de

72 Enrique Evans, en las Actas de la Comisión de Estudios, propone redacción de servicialidad. p 813 a 814. sesión 38, 07.05.1974. Tomo I.

73 Enrique Evans, en las Actas de la Comisión de Estudios, propone redacción de servicialidad. p 813 a 814. sesión 38, 07.05.1974. Tomo I.

74 SOTO KLOSS (1995), p. 20.

servicialidad cuando: i) respeta los derechos fundamentales de las personas, ii) los promueve y no los impide por medio de una afectación a la esencia del derecho, iii) permite la participación e integración de las personas en la vida nacional, y iv) no entraba la iniciativa privada⁷⁵. Finalmente, el autor reconoce explícitamente que este principio proviene de una creencia cristiana que busca limitar las posibilidades de la sociedad para reformar ciertos aspectos claves para esta creencia, como lo es la idea de que las cosas terrenales están al servicio de Dios, y de quien a su semejanza se creó: el ser humano⁷⁶.

En este mismo sentido, Pantoja Bauzá señala que el principio de servicialidad es una manera de limitar al Estado en su actuación. En particular, el autor sostiene que:

“(...) al límite clásico-formal impuesto por las Cartas Fundamentales a las autoridades públicas de actuar conforme a la Constitución y a las leyes, de atenerse al principio de la legalidad en sentido amplio, la Carta de 1980 vino a imponer, además, la observancia de un criterio sustancial derivado de principios filosóficos reconocidos como propios de la nacionalidad, identificadores de la nación chilena, y en ese sentido constitutivos de una línea de frontera de paso prohibido que las autoridades jamás podrían franquear: el servicio a la persona humana, el bien común y el respeto a los derechos de cada cual, bajo pena de nulidad y/o reparación de perjuicios”⁷⁷.

Ahora bien, respecto al amparo de los grupos intermedios, Cea Egaña nos indica que “al menos en lo que dice relación con la esfera de sus fines y organización, los grupos intermedios tienen, por ende, proclamada su libertad respecto del aparato público, el cual puede regular el desenvolvimiento de aquéllas, pero nada más que para finalidades claras exigidas por el bien común, objetivamente constatado”⁷⁸. En consecuencia, el Estado debe mantener un rol de servicialidad para con ellos, asegurándoles su autonomía para llevar a cabo sus actividades y finalidades propias, con amplias libertades, las cuales solo pueden ser limitadas por el bien común⁷⁹. Así lo entendió su redactor en la Comisión Ortúzar: Enrique Evans, quien indicó que:

“La acción del Estado culmina en su preocupación por las sociedades intermedias (...), pero considera que el problema en este aspecto consiste en la forma de incorporarlo a un texto constitucional, porque ocurre que la existencia de las comunidades, de las sociedades y de los grupos intermedios no sólo expresa que el Estado se encuentra al servicio del hombre y reconoce las organizaciones naturales que este estructura para realizarse plenamente, sino que las ampara y les da un grado de autonomía, y ello trasciende a lo social, a lo económico y a la organización económica del país, a la vez que impide propugnar la colectivización por la colectivización, la socialización por la socialización o la estatización por cumplir solamente un mandato ideológico determinado”⁸⁰.

75 SOTO KLOSS (1995), p 23.

76 SOTO KLOSS (1995), pp 26-28.

77 PANTOJA (2004) p 213.

78 CEA EGAÑA (2012). p 177.

79 Bien común que en el contexto de la Constitución de 1980 también tiene un sentido propio. Al respecto ver CRISTI (2016), pp. 75-106.

80 Enrique Evans, en las Actas de la Comisión de Estudios, propone redacción de servicialidad. p 813 a 814. sesión 38, 07.05.1974. Tomo I.

Finalmente, si bien estos principios ante una simple lectura no expresarían una forma de comprender la economía nacional, al ser interpretados de manera sistemática junto al principio de subsidiariedad y los derechos de propiedad y libertad económica, que revisaremos más adelante, han derivado en una visión individualista y limitadora del actual del Estado de la economía. Por medio de estos principios se les da más fuerza e importancia a los derechos de propiedad privada y de libertad económica, al otorgarle mayor importancia a la persona individual y a los grupos intermedios, que a los intereses del Estado y la sociedad como un conjunto.

La consolidación de ambos supuestos en materia económica ha resultado en un Estado con baja capacidad de intervención, limitado en su actuar con respecto al bien común y fuertemente marcado por su tarea de incentivar la iniciativa privada. Como vemos, el principio de servicialidad sirve para resolver disputas o tensiones en las cuales el bienestar del colectivo, representado muchas veces por el Estado, se opone a un ejercicio de autonomía individual. En dicho dilema, la servicialidad empuja al intérprete de la norma a preferir la solución que entregue mayores beneficios a la persona individualmente considerada o la que menos le perjudique.

Lo anterior supone una importante dificultad para la protección ambiental, desde un doble punto de vista. En primer lugar, por cuanto el concepto de servicialidad se estructura a partir de una ideología antropocéntrica, limitando el rol del Estado a servir a las personas y, por lo tanto, excluyendo la protección de otras formas de vidas no humanas, como podrían serlo la protección de la biodiversidad o ecosistemas por su valor intrínseco.

Ello se contrapone a la visión que proviene de las corrientes de la ecología política que consideran como objeto de derechos y protección todas las formas de vida (humanas y no humanas), por el solo hecho de compartir la característica de “estar vivos”⁸¹. Esta postura saca del centro al humano y lo pone en relación con el resto de las entidades vidas de la naturaleza⁸². Es importante destacar que dichas corrientes han tenido un reconocimiento normativo en Latinoamérica, mediante la creación de leyes que protegen los derechos de los animales y con el surgimiento de los derechos de la naturaleza –cuyo objeto ha sido proteger estas formas de vida por el valor que poseen en sí mismas y no por la utilidad que reportan al ser humano–, los cuales han sido consagrados en la Constitución de Ecuador, en leyes de Bolivia⁸³, y también ha sido reconocido por las cortes judiciales de Colombia⁸⁴.

Una segunda dificultad está dada por el hecho de que la gestión del medio ambiente supone necesariamente intereses colectivos, en cuanto es siempre un interés difuso e intergeneracional, que difícilmente puede ser reconducido a derechos o intereses individuales. Esta dificultad se ve abonada por el hecho de que no es el Estado el que se vería favorecido por una acción de protección ambiental, sino que es la comunidad, que en este caso no necesariamente está representada por el Estado.

En este sentido, existen una serie de instrumentos internacionales⁸⁵ a partir de los cuales se ha acuñado el concepto de justicia intergeneracional y ha erigido a las “generaciones futuras” como

81 Véase TAYLOR (2011).

82 LEYTON (2008) pp. 38-39.

83 En el año 2009 se dictó la Constitución de Bolivia, que a su vez permitió que se generase una nueva normativa legal en el país, como por ejemplo la Ley de Derechos de la Madre Tierra y la Ley Marco de la Madre Tierra y Desarrollo Integral Para Vivir Bien.

84 En Colombia se reconoció derechos al Río Atrato en el año 2016 y al Amazonas en el año 2018.

85 Carta de Organización de las Naciones Unidas (1945), Declaración de Derechos para la Futura Generación (1994), Declaración sobre las Responsabilidades de las Generaciones Actuales para con las Generaciones Futuras (1997).

un objeto de protección. La idea central de la protección de este interés difuso es la preocupación de la existencia de la humanidad y la preservación de la vida en la Tierra. La importancia de la protección del medioambiente reside, entre otros factores, en la relevancia de la preservación de la especie humana⁸⁶, y en el beneficio y realización de derechos de las generaciones actuales y futuras.

Lo anteriormente descrito saca a relucir un problema sobre las bases filosóficas en las que se asienta el principio de servicialidad, en tanto este se construyó desde una dicotomía persona-Estado –que fue la gran marca de las discusiones jurídico-políticas del siglo XX, y–, que hoy no responde a todas las variables que debieran considerarse a la hora de incorporar principios y reglas en la nueva Constitución. Por lo demás, la idea individualista del principio de servicialidad, creada para oponerse a que el Estado se sirva a sí mismo, termina por impedir que el mismo Estado, como institución en torno a la cual se organiza la sociedad, pueda actuar de forma de proteger intereses que no son individuales y que, por lo tanto, son el fundamento mismo de su existencia.

b. Principio de subsidiariedad económica

El principio de subsidiariedad, si bien no se establece de manera expresa en el articulado de la Constitución, deriva de la interpretación del mismo artículo 1º que reconoce y ampara a los grupos intermedios. Tal constatación es importante porque muestra la estrecha relación que existe entre el principio de servicialidad y el principio de subsidiariedad, además de evidenciar que este último se articula en torno a los grupos intermedios como uno de los principios matrices de la Constitución⁸⁷. De igual forma, se considera el principio de servicialidad como un deber trascendental del Estado y la acción estatal se encuentra limitada por el principio de subsidiariedad⁸⁸. Recordemos que el artículo 1ero incisos tercero y cuarto de la Constitución indican:

El Estado reconoce y ampara a los grupos intermedios a través de los cuales se organiza y estructura la sociedad y les garantiza la adecuada autonomía para cumplir sus propios fines específicos.

El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece.

Junto a ello, el artículo 19 número 21, en su inciso segundo indica:

El Estado y sus organismos podrán desarrollar actividades empresariales o participar en ellas sólo si una ley de quórum calificado los autoriza. En tal caso, esas actividades estarán sometidas a la legislación común aplicable a los particulares, sin perjuicio de las excepciones que por motivos justificados establezca la ley, la que deberá ser, asimismo, de quórum calificado.

El principio de subsidiariedad así entendido en nuestra Constitución actual, se define de la siguiente manera:

86 SARUWATARY (2009), pp. 40-41.

87 CEA EGAÑA (2012). p 177. En este punto el autor se refiere al principio de subsidiariedad como “correlativo al principio de prioridad del no Estado”.

88 CEA EGAÑA (2012). p 182.

“Como no es lícito quitar a los individuos lo que ellos pueden realizar con sus propias fuerzas o industrias para confiarlo a la comunidad, de la misma manera es injusto (...) entregar a una sociedad mayor y más elevadas aquellas cosas que las comunidades menores e inferiores puedan hacer’. Esta simple frase envuelve una completa concepción filosófica que irradia su influencia sobre el poder estatal y las garantías constitucionales de nuestra Magna Carta de 1980”⁸⁹.

Se entiende entonces, que la autonomía de la que se ha revestido a los grupos intermedios por la Constitución significa una prohibición de la intervención del Estado en la esfera de competencias que ellos pueden llevar por sí solos⁹⁰. En la redacción de los artículos que lo contienen se contempló así también este principio, considerándose que por medio de él se establecen ciertas funciones que son preferentes o privativas del Estado y otras en que el Estado coexiste con los privados, solo complementando su iniciativa⁹¹.

Es así como se reconoce este principio de subsidiariedad negativa, que considera que más que un deber positivo del Estado de subsidiar aquellas falencias del mercado, el Estado tiene un deber negativo de apartarse de todas aquellas actividades o funciones que el mercado o los agentes económicos privados puedan cubrir. Reconociéndose así, a nivel constitucional, una cierta valoración y perspectiva del rol del Estado en la economía, resguardado por la fuerza normativa de la Constitución, y en especial de nuestra Constitución de 1980 que implementa una democracia protegida, como antes se indicó.

Por una parte, en términos filosóficos, el principio de subsidiariedad entendido como una elección a favor del mercado tiene profundas implicancias sobre la ética y, por ende, sobre la formulación de una ética ambiental⁹². Así, una lectura supuestamente neutral entregada por el mercado, basada en un presunto “orden natural”, rechaza el debate ético en sí mismo. Su preferencia supone entender que “como la sociedad se mueve por intereses personales, el Estado puede actuar únicamente en ese plano, apelando a instrumentos de incentivos individuales”⁹³.

Sin embargo, ello ha sido fuertemente cuestionado por el ecologismo, que entiende que es una responsabilidad de la humanidad –y, por ende del Estado, considerando que esta es la forma bajo la cual se organiza nuestra sociedad en la actualidad– conservar la integridad física del mundo, para que las actuales y próximas generaciones puedan tener una vida digna⁹⁴. Esta ética se centra en la responsabilidad que tiene el humano consigo mismo y el planeta, y se encuentra posibilitada por el desarrollo científico y tecnológico alcanzado hasta el momento⁹⁵.

Ahora bien, por otra parte, en términos prácticos, el principio de subsidiariedad es parte de las barreras de contención en el actuar económico del Estado, que implica una dificultad para intervenir en el funcionamiento de los mercados y una débil capacidad de gestión de una política de desarrollo o política industrial, cuando ella se opone a los intereses económicos incumbentes. Como señala Agosín,

89 FERNANDOIS (2015), p 89

90 FERNANDOIS (2015), p 90. Desde una mirada crítica, Bassa, Jaime. Chile Decide. Ed. Planeta, 2020. pp. 73 y ss.

91 Actas Constitucionales de la Comisión, Intervención de Jaime Guzmán, sesión 205, 28.04.1976, p 698, Tomo VI.

92 GUDYNAS (2003), p. 107.

93 GUDYNAS (2003), p. 107.

94 LARRAÍN (2020), pp. 51-55.

95 LARRAÍN (2020), pp. 51-55.

“Designaremos ‘política industrial’ –o ‘política de desarrollo productivo’– a aquellas políticas que buscan ampliar las ventajas comparativas de un país hacia bienes y servicios que el país no está aún en condiciones de producir competitivamente, pero que tienen una probabilidad no despreciable de ser rentables sin apoyos estatales en períodos acotados de tiempo. Para una economía pequeña como la chilena, estas políticas necesariamente pasan por diversificar las exportaciones”⁹⁶.

Se ha señalado tradicionalmente que, en base al principio de subsidiariedad, este tipo de políticas estarían proscritas para el Estado, cuestión que sin embargo no es completamente correcta, pues la ausencia de una política de desarrollo productivo es también una estrategia en sí misma, que favorece el *statu quo*, de manera que las industrias que tradicionalmente se han impulsado, continúan desarrollándose de la misma forma. En este sentido, se ha señalado que en Chile

“La política de no intervención -asociada a la nula participación del Estado- ha puesto los incentivos de producción en la industria extractiva del cobre, fomentando el ingreso de capitales con efecto en la apreciación cambiaria y debilitando al sector industrial. Si bien no hay certeza si la mano de obra y los recursos liberados por la producción industrial son completamente absorbidos por la nueva industria extractiva, hay luces acerca del efecto que tiene la apreciación cambiaria sobre la desaparición de las firmas industriales y pérdida de bienestar de largo plazo”⁹⁷.

Así entonces, la operación del principio de subsidiariedad en la línea de impedir estrategias de desarrollo propende a mantener a Chile sumido en un modelo de desarrollo extractivista, siendo ello abiertamente contrario a los intereses de protección del medio ambiente. Considerando que Chile presenta un índice de dependencia de las rentas de recursos naturales de un 21,4% al año 2007, muy superior al promedio de América Latina y el Caribe, que en ese momento alcanzaba un 7,3%⁹⁸, la inercia en materia de productividad se torna especialmente grave para el medio ambiente. Ello considerando además que existe una creciente preocupación social sobre la materia, la cual no ha podido ser plasmada en el diseño de un modelo sustentable, que considere elementos socio ambientales y no solo el uso productivo que tienen los bienes naturales⁹⁹.

3.2. Normas de Orden Público Económico

a. Igualdad y no discriminación en materia económica

La Constitución de 1980 consagra la igualdad ante la ley y la no discriminación arbitraria en sus artículos 1º inciso 1º y 19 números 2. Con ello es un deber general para el Estado tratar a todos los ciudadanos por igual, sin generar condiciones especiales para un grupo sobre otro si no existen fundamentos para ello. Ahora bien, la Constitución reforzó esta idea en materia económica, en particular, mediante la consagración del artículo 19 N°22, que establece “la no discriminación arbitraria en el trato que deben dar el Estado y sus organismos en materia económica”, mostrando con ello la especial preocupación del constituyente por reforzar la libertad económica en nuestro sistema jurídico.

96 AGOSÍN TRUMPER (2016) p. 34

97 OPES (2018), p. 12.

98 Ídem, p.12.

99 GUDYNAS (2003), p. 107.

Según consta en las actas de la Comisión Ortuzar, existió una gran discusión sobre la necesidad de precisar este principio y derecho en materia económica¹⁰⁰, determinándose, finalmente, que su inclusión se hacía necesaria ya que el reconocimiento del derecho de igualdad ante la Ley en la previa Constitución de 1925, no evitó que, el Estado, “estableciera discriminaciones arbitrarias e injustas en el pasado en materia económica”¹⁰¹. Fernandois ha explicado esta particularidad sosteniendo que existe un fenómeno contemporáneo según el cual las temáticas económicas ya no son sólo preocupaciones de los sectores acaudalados de la sociedad, siendo ahora preocupación de todas las personas el no verse perturbado por discriminaciones. Además, explican que una de las razones de establecer este artículo es la “desconfianza histórica al papel del Estado y sus favoritismos del pasado”¹⁰².

De esta forma, lo que este derecho busca es más bien establecer un deber positivo de los órganos del Estado: el de mantener la igualdad en el tratamiento que den a los agentes económicos. Cea define este derecho indicando que es el “actuar, conducirse o comportarse los órganos públicos con objetividad y transparencia, sin prejuicios de beneficio ni perjuicio, cualquiera sea el agente económico a quien deben aplicarle el ordenamiento jurídico, esa es la igualdad de trato. Esta coincide, entonces, con el proceder justo y ecuánime de las autoridades o funcionarios competentes”¹⁰³.

Este reforzamiento a un principio general de nuestro ordenamiento jurídico, a través del derecho a la no discriminación arbitraria en materia económica¹⁰⁴, nuevamente expresa las creencias ideológicas que tenían los autores de la Constitución, y cómo pensaron la norma fundamental como una forma de proteger valores económicos por sobre otras materias.

Sin perjuicio de ello, en la práctica esta norma no ha tenido un efecto específico distinto al que probablemente resultaría de la aplicación del principio general de igualdad y no discriminación arbitraria que consagran variadas Constituciones. Así, por ejemplo, en materia ambiental, el Tribunal Constitucional ha sostenido que el cambio en el sistema de asignación de derechos de agua a raíz de la dictación del Código de Aguas de 1981 no constituye una discriminación arbitraria¹⁰⁵, es decir, ha aceptado la posibilidad de innovar legislativamente en materia de bienes naturales. Asimismo, en conformidad a esta norma, considera que no se vulneró el principio de igualdad cuando el legislador dio un tratamiento preferente a los sujetos exceptuados de la prohibición de otorgamiento de derechos de agua en las zonas en que dicho recurso es escaso¹⁰⁶, permitiendo hacer diferenciaciones normativas en regulaciones según el área del que se trate y su situación medioambiental.

100 En la sesión 389, del día 27.06.1978, se plasmó claramente el debate entre los comisionados Ortúzar y Guzmán, a favor de mantener solamente el artículo 19 n° 2 en términos generales (con constancia en actas de que ello incorporaba el ámbito económico), frente a los demás miembros de la comisión, todos por establecer explícitamente el principio de igualdad y el derecho a la no discriminación arbitraria en materia económica.

101 Actas constitucionales de la Comisión. Sesión 393, del día 04.07.1978. Tomo XI

102 FERNANDOIS (2015), p. 265

103 Cea Egaña, José Luis. Derecho Constitucional Chileno, Tomo II. 2da Eds., Universidad Católica de Chile, 2012. p 550

104 En este sentido, Fernandois incluso considera que esta norma es el pilar fundamental del Orden Público Económico, junto con el principio de subsidiariedad. FERNANDOIS (2015). p 109

105 Sentencias del Tribunal Constitucional: Sentencia del Tribunal Constitucional, 20 de junio de 2006, Rol N°513-2006, cc. 14-15.

106 Sentencia del Tribunal Constitucional, 21 de marzo de 2013, Rol N° 2430-2013 c.4

b. Derecho de propiedad privada¹⁰⁷

El artículo 19 numerales 23 y 24 indican, respectivamente, que la Constitución asegura a todas las personas:

“La libertad para adquirir el dominio de toda clase de bienes, excepto aquellos que la naturaleza ha hecho comunes a todos los hombres o que deban pertenecer a la Nación toda y la ley lo declare así. Lo anterior es sin perjuicio de lo prescrito en otros preceptos de esta Constitución. (...)”

El derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales o incorporales. (...)”

Estos numerales –especialmente extensos con relación a los demás derechos regulados en el artículo N° 19 de la Constitución– establecen el derecho de propiedad en sus diversas especies. Sin embargo, en vista de la interpretación que se le ha dado a este precepto, esta garantía ha derivado en un sinónimo del derecho a la propiedad privada, entendido en su sentido liberal fundamental como “una libertad para actuar sobre una parte del mundo físico, revestida por el derecho de un carácter de exclusividad legítima”¹⁰⁸. En la actualidad, dicha determinación se ha ido afinando, y comprende dos elementos no contradictorios: su carácter de absoluto, tanto en relación con terceros que puedan afectar dicha libertad como respecto de las facultades de que dispone el propietario; y su carácter de derecho posible de ser regulado por ley, intrínsecamente relacionada con la idea de función social de la propiedad¹⁰⁹.

En nuestro contexto nacional, las disposiciones de la Constitución que regulan el derecho de propiedad reconocen el contenido recién expresado. Sin embargo, su reconocimiento dentro del llamado OPE tiene ciertas características especiales. En primer lugar, se ha querido desprender de las normas antes citadas que la propiedad tiene un valor más relevante que otros derechos fundamentales¹¹⁰; luego, se le da una protección específica que exagera la idea de seguridad jurídica ante las pretensiones de regulación de la Administración y el legislador¹¹¹; y, por último, a causa de dicha seguridad jurídica sobreprotegida, se genera un reconocimiento superfluo de la función social de la propiedad –contemplada de forma taxativa en nuestro texto constitucional–¹¹², la que queda fuertemente limitada por el blindaje que se le da a la denominada esencia del derecho. Bajo la amplia interpretación que se le ha dado a esta fórmula, se ha considerado todo tipo de regulación en una de supuesto carácter expropiatorio, y por lo tanto inconstitucional¹¹³.

De tal forma, en la Constitución de 1980, el derecho de propiedad encuentra un lugar preponderante, otorgándole una protección tal que dificulta mucho su limitación por medio de su reconocida

107 En este punto, debemos recordar que lo que se busca aquí es hacer una descripción y crítica de lo que los autores de la Constitución buscaron afianzar en el documento fundamental del país. En este sentido, quienes escriben este informe adscriben a la idea de que la Constitución establece un derecho a la propiedad, en todos sus estatutos posibles, y que la forma cómo se describirá este derecho en el informe es más bien una forma antojadiza de interpretar la letra de la Constitución en base a un criterio meramente originalista. Sin embargo, acatando los objetivos del informe, nos dedicaremos en este punto a describir y criticar esa forma de comprender la norma, dejando de lado por ahora la interpretación que creemos más correcta.

108 CORDERO QUINZACARA y ALDUNATE (2008). p. 384.

109 CORDERO QUINZACARA y ALDUNATE (2008). p. 384 y 385

110 FERNANDOIS (2015), p. 110.

111 CEA EGAÑA (2012), p. 563.

112 El mismo texto constitucional señala que la función social comprende los intereses generales de la Nación, la seguridad nacional, la utilidad y la salubridad públicas y la conservación del patrimonio ambiental.

113 COSTA CORDELLA (en prensa), p. 11.

función social. Ello encuentra su fundamento en una perspectiva valórica específica, que no da pie a que se interpreten de una manera distinta las normas citadas en conformidad con el devenir democrático.

Esta protección fuerte del derecho de propiedad privada es uno de los elementos característicos del modelo neoliberal¹¹⁴, y fue uno de los pilares fundamentales de la inserción de este modelo en Chile y otros países del Cono Sur Latinoamericano, por medio de adopción de una postura monetarista de la economía capitalista, traída desde la Escuela de Chicago de Estados Unidos.

Para el modelo económico instaurado en Chile, “el Estado debe garantizar y asegurar, incluso mediante la fuerza legítima, el correcto y estable funcionamiento tanto de los mercados privados como de la estructura de propiedad privada resultante. Dentro de ello, las libertades individuales, y no los derechos colectivos se garantizan y protegen por medio de la promoción y el respeto a la libertad de mercado y de comercio”¹¹⁵. Así, el derecho a la propiedad privada se ve como una determinante del modelo, en tanto que ella es necesaria como base para ejercer la libertad de empresa¹¹⁶, en el entendido sin propiedad privada protegida de la forma en que la protege nuestra Constitución, no hay certeza jurídica suficiente que incentive a la inversión privada.

Nuestro modelo constitucional económico utiliza la propiedad privada como el único estatuto de propiedad posible para asignar los recursos de manera eficiente. De esta forma, “la delimitación y la asignación de derechos de propiedad privada son, a su modo de ver, el mejor modo de protegerse contra la denominada ‘tragedia de los comunes’ (la tendencia de los individuos a sobre-explotar de manera irresponsable los recursos de propiedad común, como la tierra y el agua). Los sectores económicos anteriormente dirigidos o regulados por el Estado deben ser traspasados a la esfera privada y desregulados”¹¹⁷.

Esto genera claramente una gran afectación en materia ambiental, pues se deja a voluntad de los privados el aprovechamiento de recursos escasos y esenciales para la subsistencia de los ecosistemas, que fue justamente lo que sucedió en Chile con el Código de Aguas de 1981, al otorgar de forma gratuita y a perpetuidad derechos de aprovechamiento de aguas, o al reconocer constitucionalmente el dominio privado sobre las concesiones mineras. Tal como ha relevado Dominique Hervé incluso en bienes naturales pertenecientes al dominio público como son las minas y aguas¹¹⁸, se establece un sistema concesional que da a los particulares un derecho de propiedad privada sobre el título¹¹⁹, permitiéndose a los particulares la realización de todo tipo de negocios respecto de sus concesiones^{120, 121}.

114 HARVEY (2007), p. 73

115 BÁEZ URBINA (2020), p. 15.

116 LÓPEZ DE LERMA (2016).

117 HARVEY (2007). p 74.

118 Que además tienen su propia consagración constitucional, así el artículo 19 N°24 en su inciso noveno establece respecto de la concesión minera que “El dominio del titular sobre su concesión minera está protegido por la garantía constitucional de que trata este número” y en su inciso final dispone sobre los derechos de agua que “Los derechos de los particulares sobre las aguas, reconocidos o constituidos en conformidad a la ley, otorgarán a sus titulares la propiedad sobre ellos”.

119 HERVÉ (2015) pp. 235-238.

120 Ídem. pp. 254-255.

121 La autora también identifica como elementos propios del modelo económico instaurado en la constitución (tendiente a la desregulación) en lo relativo a estos recursos (agua y minas aunque aborda también otros): El método de asignación basada en el primer solicitante se condice con un diseño de “economía libre o no planificada” Véase

Es más, en nuestro país, la cláusula de no afectación de los derechos en su esencia –noción que en nuestro ordenamiento se ha aplicado especialmente al derecho de propiedad privada– y el *deber* de no entorpecer la iniciativa privada que recae sobre el Estado, han causado en materia ambiental importantes dificultades para limitar la propiedad en virtud de su función social, así como la existencia de un estrecho margen para establecer regulaciones que protejan el medio ambiente y la gestión de los recursos naturales¹²².

En efecto, y como se mencionó anteriormente, el articulado que reconoce el derecho de propiedad en la Constitución reconoce a su vez la función social de ésta. Sin embargo, esa función social está expresada de manera taxativa, y por lo tanto es interpretada de forma restrictiva al momento de hacerla valer. Esto es aún más patente en el aspecto ambiental de esa función social, pues “la Constitución, cuando se trata de la conservación del patrimonio ambiental, habría exigido un mayor estándar de determinación y especificidad, que para las otras justificaciones consideradas”, lo cual se expresa en un acuerdo tanto doctrinario como jurisprudencial ante el Tribunal Constitucional y la Corte Suprema¹²³.

Las barreras que la propiedad, entendida de esta manera, significa para la regulación ambiental se exacerban aún más por medio de la teoría de la expropiación regulatoria. Ella se funda en una interpretación sistemática entre los numerales 24 y 26 del artículo 19 de la Constitución, de manera tal que se hace una distinción entre qué tipo de regulaciones corresponderían a una limitación en virtud de la función social de la propiedad, y cuáles a una privación del derecho en su esencia que debe ser indemnizada por corresponder a una expropiación. En este sentido, la discusión dogmática que se da al respecto se refiere a cuál es la frontera entre limitación y privación¹²⁴.

En materia ambiental, esta teoría ha estado presente como una gran barrera de la regulación ambiental a ciertas industrias. El primer caso judicial en que se aplicó esta teoría fue justamente ante la declaración de una especie de árbol nativo como monumento nacional¹²⁵, y además en términos generales, se puede afirmar que siempre que “se intenta incluir modificaciones que buscan avanzar hacia la sustentabilidad o hacia una mejora en el acceso a los recursos, se alega frecuentemente por la industria que no serían admisibles porque significan una vulneración al derecho de propiedad de quienes ejercen esta actividad y, de aplicarse, redundarían en una suerte de expropiación regulatoria”¹²⁶.

HERVÉ (2015) pp. 231-234; por otro lado se establecería una finalidad de uso que se identificaría con el mejor aprovechamiento económico del recurso (que redundaría en su explotación como recurso natural) Véase HERVÉ (2015) pp. 238 y 246-247; así como también se caracteriza críticamente el carácter en generar perpetuo de estos títulos concesionales véase HERVÉ (2015) pp. 259 y 260.

122 OCEANA (2021). “Constitución y océanos. “Recursos marinos y regulación constitucional de la propiedad”. Disponible en: <https://chile.oceana.org/publicaciones/informes/constitucion-oceanos-recursos-marinos-y-regulacion-constitucional-de-la>

123 Ídem, pp.17-18.

124 Ídem, pp. 18 y ss.

125 GALLETUE con FISCO (1984): Corte Suprema, 7 de agosto de 1984 Rol N°16743-1984, 7 de agosto de 1984.

126 OCEANA (2021). Si bien el informe es específico respecto de la industria pesquera, esta conclusión se puede extenderse a otro tipo de industrias y recursos naturales. Por ejemplo, respecto a contaminación del aire, ejemplos paradigmáticos son la STC Causa Rol N°185-1994 (recurso de inconstitucionalidad en Proyecto de Ley de reforma de la Ley 19.300) y la STC Causa Rol N°2684-2015 (Recurso de inaplicabilidad constitucional, conocido como caso Curtidos Bas). En otros aspectos, se puede ver el caso SCA de Puerto Montt, Causa Rol N°1485.2017 (Protección), caratulado Junta de Vecinos Jardín Oriente 3 y otros con Inmobiliaria GPR Puerto Varas Ltda. y otros; y la tramitación que ha tenido el Proyecto de Ley de reforma al Código de Aguas (Boletín n° 7.543-12), el cual habiendo ingresado en 2014 aún no ha sido despachado.

c. Libertad económica y la reserva legal de la regulación económica

El artículo 19 numeral 21 de la Constitución reconoce:

“El derecho a desarrollar cualquiera actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional, respetando las normas legales que la regulen.

El Estado y sus organismos podrán desarrollar actividades empresariales o participar en ellas sólo si una ley de quórum calificado los autoriza. En tal caso, esas actividades estarán sometidas a la legislación común aplicable a los particulares, sin perjuicio de las excepciones que por motivos justificados establezca la ley, la que deberá ser, asimismo, de quórum calificado.”

El derecho reconocido en el primer inciso de este artículo es una más de las innovaciones de la Constitución de 1980, pues fue creado por sus redactores de forma antojadiza para reconocer explícitamente una libertad que ya se encuentra comprendida en el derecho general de libertad de actuación. En efecto, este derecho no se encuentra reconocido en ningún catálogo de derechos internacional al que adscribe Chile, y no se encontraba garantizado de la misma forma en el ordenamiento jurídico chileno previo a la Constitución de 1980. Inclusive, en el momento de su discusión en la Comisión Ortúzar, el comisionado Jaime Guzmán indicó que no era necesario crear un nuevo derecho al respecto, pues ya se consagra en el Acta constitucional n°3 el derecho a la libertad de trabajo¹²⁷.

Debido a esta originalidad del derecho, no es sencillo determinar su contenido, siendo la única fuente posible las Actas de la Comisión Ortúzar. La idea de incorporar la libertad económica en la Constitución nació de una intervención del Fiscal del Banco Central de ese entonces, Roberto Guerrero del Río. Indicó en dicha intervención que la libertad económica “se traduce en consagrar constitucionalmente la libertad de producción, la libertad de comercio y la libertad de trabajo o profesional. En este contexto, dice, se estima necesario disponer que la ley sólo podrá establecer restricciones a la actividad productiva o comercial y siempre que se trate de regulaciones objetivas de policía, de sanidad, etcétera”¹²⁸.

Para Cea, este derecho se reduce únicamente a la libertad empresarial, siendo entonces el derecho a emprender y desarrollar cualquier actividad económica, cualesquiera sean los recursos humanos, financieros y técnicos. No se trata entonces, para este autor, en forma alguna de una libertad de trabajo¹²⁹. Dicha libertad de empresa sería para el autor además “una manifestación constitucional de prioridad del sector privado como agente empresarial configurándose así, como hemos dicho, la política de mercado. En consecuencia, y correlativamente, aparece la subsidiariedad del Estado, es decir, su carácter supletorio de la actividad empresarial privada. Esto queda confirmado en el inciso 2º, el cual, al referirse al Estado empresario, lo hace con carácter complementario del sector privado”¹³⁰. Si bien esta perspectiva ha sido criticada por otros autores¹³¹, dentro de la teoría del Orden Público Económico que se instaló a partir de la Constitución de 1980, es indubitable el rango de segundo orden que se le da al Estado en el ámbito económico.

127 Actas constitucionales de la Comisión. Sesión 388, 1978, tomo XI.

128 Acta Sesión 384, 14 de Junio de 1978, tomo XI.

129 CEA EGAÑA (2012). p 526.

130 CEA EGAÑA (2012). p 526.

131 VALLEJO y PARDOW (2008) pp. 135-156.

En este sentido, el aspecto fundamental que determina ese rol subsidiario negativo del Estado es la parte del artículo que taxativamente permite la actividad empresarial del Estado “sólo si una Ley de quórum calificado” lo permite. Claramente, entonces, se ve esta distinción entre el privado y el Estado, en que el primero tiene absolutamente asegurada su libertad de iniciar una actividad empresarial en cualquier momento y de la forma en que lo considere necesario (dentro de los límites obvios de la convivencia pacífica ajustada a Derecho), mientras que el Estado sólo puede iniciar su acción empresarial en casos extraordinarios en que haya un acuerdo suficiente en el proceso legislativo, y dentro de los márgenes específicos que se estipulen en la Ley correspondiente¹³².

Se demuestra, en este artículo, nuevamente un reconocimiento constitucional de ciertos valores económicos específicos, de manera expresa y taxativa, limitando la deliberación democrática al respecto. Si bien la libertad de empresa como derecho no es reconocida de manera generalizada, ni en la mayoría de las Constituciones, ni en la mayoría de los autores que escriben sobre ellas, sí es reconocida como base fundamental del modelo económico neoliberal.

En ese sentido, se ve como esencial la libertad de actuación de los entes económicos, considerando que “la libertad de los empresarios y de las corporaciones (contempladas por el sistema jurídico como personas) para operar dentro de este marco institucional de mercados libres y de libre comercio es considerada un bien fundamental. La empresa privada y la iniciativa empresarial son tratadas como las llaves de la innovación y de la creación de la riqueza”¹³³. Si bien no se menciona la libertad de empresa propiamente tal, sí se consideran esenciales las libertades económicas en general, lo cual, traducido a un derecho constitucional en nuestro ordenamiento, derivó en la nomenclatura de libertad de empresa.

Sin embargo, esta gran libertad de los actores económicos privados no es suficiente por sí sola, sino que tiene como correlativo necesariamente la reducción de la actividad económica del Estado, pues se considera que, si el Estado actúa dentro de cierto sector, ello limita las posibilidades del privado de actuar en él, y por lo tanto limita su libertad económica. El razonamiento en ese sentido es que “es para garantizar la libertad del individuo frente a la acción arbitraria del Estado que es necesario que deba ser atado a las mismas reglas que regulan el actuar de los privados. Esto significa negarle su dimensión de Estado (...), para que solo tenga los poderes que corresponden a un individuo más y así el otro, el que ‘contrata’ con él, pueda estar a salvo”¹³⁴. Es por esto que el derecho a la libertad de empresa es imposible de aprehender sin su contracara que es la reducción de la actividad del Estado, que en Chile se ha denominado subsidiariedad negativa.

De hecho, el modelo económico chileno tiene 3 elementos básicos: “La eficacia de los mecanismos de las economías de mercado, principio derivado de la idea del equilibrio general. La idea de que los desequilibrios de mercado no pueden ser sino temporales y sus ajustes son automáticos, como consecuencia de los ajustes de precios en los diferentes mercados. La idea de que las políticas macroeconómicas no son necesarias para corregir dichos desequilibrios, ya que esto se hace de manera automática; la intervención estatal no puede sino agravarlos”¹³⁵. Por ello, se considera que el Estado ha de mantenerse al margen, pues su actuación solo puede empeorar las situaciones de desequilibrios de mercado, mientras que es fundamental que garantice la libertad

132 En este sentido comprende dicha garantía FERNANDOIS (2015). p 218.

133 HARVEY. (2007) p. 74.

134 ATRIA, et al (2019), pp 135-136.

135 URREA (2014), p 105.

económica de los privados, para que estos puedan ser los héroes que restituyen el equilibrio del mercado por medio del ajuste automático que este genera.

Los poderes políticos de la época defendieron férreamente la subsidiariedad de la actuación económica del Estado, pues su visión del modelo económico “ve en lo público lo opuesto a la libertad, y por consiguiente entiende que la manera de proteger la libertad es reducir la relevancia de lo público o, dicho de otro modo, la relevancia del Estado. Entregarle al Estado una función mayor que la mínima es lo que quienes defienden este argumento siempre han llamado ‘el camino de servidumbre’”¹³⁶.

La implementación de este aspecto del modelo, en el caso chileno se expresó por medio del eslogan “soluciones privadas para problemas públicos”. Sin embargo, este eslogan transmite un contenido contrario a su formulación, pero completamente acorde al modelo implantado en Chile: “aunque en su superficie el eslogan sugiere reconocimiento del carácter público de esos problemas y recomienda un nuevo mecanismo para solucionarlos, en realidad contiene la idea inversa: que no había problemas propiamente públicos. Lo que ellos querían decir en realidad es que muchos problemas que hasta entonces habían sido pensados como problemas públicos eran en realidad privados”¹³⁷. Y este es el punto exacto en que esta teoría económica se vuelve un problema en materia ambiental, pues con esta forma de comprender la sociedad y el fenómeno económico, fácilmente se puede saltar a la conclusión de que el lugar donde el privado emplace su industria, los residuos que una faena generen, la degradación que pueda conllevar una determinada empresa, no son problemas de interés público y que, por tanto, deban ser solucionados en pos de un bien común mayor, sino que son problemas privados, que se deben solucionar simplemente con más libertad económica, para que los mismos actores económicos que causan el problema se autorregulen interactuando con más actores, en libertad.

Al reducir el espacio de actuación del Estado al mínimo posible, y aumentar el espacio de libertad individual al máximo, lo que se genera es justamente lo que sucede en Chile. Al imponerse la importante limitación de que para establecer regulaciones a la actividad económica, estas deben tener rango de ley, se restringe enormemente áreas como el derecho ambiental, por cuanto se le otorga poco espacio a la normativa administrativa que emana de los órganos sectoriales, estableciéndose una reserva legal relevante, juzgando que la regulación estatal sólo será necesaria en casos mínimos en que el mercado no logre autorregularse para evitar desequilibrios y externalidades. Pero la realidad es otra, pues en Chile se mantienen actualmente activos al menos 65 conflictos socioambientales causados por empresas privadas¹³⁸.

3.3. Mecanismos de protección del Orden Público Económico

Los contenidos básicos de las constituciones consideran un elemento limitador del poder público¹³⁹, el cual, expresado en el ámbito de la Administración, se traduce en una serie de acciones limitadoras del poder del Estado frente a los individuos. En fin, lo que se busca es que la persona tenga una vía con la cual defenderse ante injerencias exorbitantes de la Administración del Estado, y de esa forma generar un contrapeso al poder de este.

136 ATRIA et al (2019), p 138.

137 ATRIA et al (2019) p 160

138 Según Instituto Nacional de Derechos Humanos, Mapa de Conflictos Socioambientales en Chile, En Línea. Disponible en: <https://mapaconflictos.indh.cl/#/>

139 SCHMITT (2015) pp. 80; LOEWENSTEIN (1976), p. 152; y BOBBIO et. al. (2015), p. 334.

En nuestra Constitución Política de la República esos contrapesos están sentados desde las libertades económicas para evitar que la Administración del Estado se inmiscuya en el modelo, y no para lo que deben contemplarse dichas acciones que es para exigirle al estado que cumpla con ciertos parámetros. No se producen los mismos contrapesos respecto del poder privado ni se observa una preocupación por el efecto que dicha acumulación pueda tener.

Como vimos, la Constitución de 1980 buscó sobreproteger un cierto modelo económico por medio del reconocimiento de principios y derechos constitucionales fuertes. De forma tal que, para los redactores de la Constitución, la protección de la persona frente al Estado no estaba basada en los derechos fundamentales de esas personas que el Estado debe resguardar y fomentar, sino que el contrapeso está sentado sobre libertades económicas particulares, para evitar que el Estado tenga un papel activo en el modelo económico del país¹⁴⁰.

En primer lugar, se estableció como mecanismo de protección de este modelo económico, en el artículo 19 N°20 de la Constitución, el denominado Recurso de Protección, el cual se planteó como la acción por excelencia para proteger los valores económicos consagrados en la Constitución. Esta acción constitucional tiene la peculiaridad de que su objeto es restaurar el imperio del derecho ante vulneraciones, restricciones o amenazas a derechos constitucionales, pero contradictoriamente se restringe solo a ciertos derechos taxativamente enumerados. En este sentido, los derechos relacionados a los valores económicos expresados en la Constitución son directamente protegidos por esta acción, sin reparos; a diferencia de otros derechos sociales y económicos que son solo protegidos en los ámbitos que no afecten directamente a dichos valores¹⁴¹.

Ello tiene sentido en tanto que lo que realmente se buscó con esta norma fue crear una acción acorde a los requerimientos del modelo económico que se quiso instaurar. El fin del recurso de Protección, más que una acción que diera directa protección a los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución fue una acción que pudiera declarar nulo rápidamente cualquier acto emanado de la Administración del Estado que afectare, aunque sea levemente, el derecho de propiedad de las personas¹⁴². De esta forma, la voluntad de la norma nace justamente de la voluntad del constituyente en 1974 de revertir las medidas adoptadas por el gobierno anterior, y de hacer justiciable los valores económicos del modelo impuesto. Es claro, entonces, que el llamado Recurso de Protección es una garantía -entendida en el sentido de aquello que da seguridad que las normas se cumplirían como fueron pensadas- de las normas constitucionales antes estudiadas, las cuales, a su vez, son el mecanismo de constitucionalización -y cristalización- de los valores económicos de cierta parte de la población.

Sin perjuicio de lo anterior, es un hecho que en el tiempo la cobertura del Recurso de Protección se ha ampliado, tanto por modificaciones a la Constitución, como por la interpretación que los tribunales superiores de justicia han tenido de él, cuestión que sin embargo no ha significado una modificación de los elementos básicos ya descritos.

Aparte del Recurso de Protección, nuestro ordenamiento jurídico contiene un recurso bastante *sui generis* en nuestra tradición, el recurso de amparo económico (RAE). Él no se encuentra establecido concretamente en la Constitución (sino que en la Ley 18.971), sin embargo, busca proteger en específico el derecho reconocido en el artículo 19 n° 21 de la Carta Magna.

140 Lo cual se expresa claramente en las ya citadas preocupaciones constantes de la CENC de revertir la situación económica que se generó por medio de las regulaciones del gobierno de Salvador Allende.

141 En este sentido véase, NOGUEIRA ALCALÁ (2007), y CORREA y RUIZ-TAGLE (2010). p 217-218.

142 BORDALÍ (2011): pp. 56-71.

La gran curiosidad de esta acción radica en la existencia de ella misma, pues el recurso de Protección ya contempla dentro de su ámbito de ejercicio la libertad económica, con lo que este derecho se vería doblemente protegido, e inclusive, podría ser protegido conjuntamente y de forma paralela por ambas acciones ante una misma situación¹⁴³. Otro aspecto que llama la atención es la amplitud del sujeto activo, pues se señala que “cualquier persona podrá denunciar las infracciones”, e incluso se especifica que el recurrente no “necesitará tener interés actual en los hechos”. En este sentido, se ha entendido que esta Ley “crea así una acción popular, que refleja el deseo del legislador en orden a amparar el derecho a la libertad económica cuando tales vulneraciones provengan de la actividad empresarial del Estado quebrantando las normas de orden público económico”¹⁴⁴, de forma tal que se comprende que la amplitud con que es formulada la acción es otra forma de reconocer el importante valor que se le otorgó a la libertad económica dentro de la Constitución de 1980.

De esta manera, según los intérpretes del Orden Público Económico justamente lo que se busca por medio de esta acción constitucional es reforzar la protección a la Libertad Económica¹⁴⁵, en virtud de la importancia que le entrega la Constitución. De la misma forma, esta acción buscaría también ser una garantía del principio de subsidiariedad, el cual claramente se buscó afianzar en el artículo 19 N° 21 de la Constitución, como ya fue comentado.

De todo lo anterior, se puede desprender que el objetivo de estos mecanismos es sobreproteger las libertades económicas reconocidas en la Constitución de 1980, al mismo tiempo que limitar el acceso a la justicia en materia social, y, para lo que a este informe interesa, el acceso a la justicia ambiental y a los bienes comunes. Esto es así pues, como se indicó, el recurso de protección no protege a todos los derechos.

En el caso del numeral 8 del artículo 19 (el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación), si bien este se encuentra protegido por el Recurso de Protección desde sus inicios, sólo lo protegía en la medida que afecte ese derecho de manera ilegal y por acción, dejando de lado las hipótesis de la omisión y la arbitrariedad. Recién en 2005 el artículo 20° de la Constitución fue modificado para incorporar la omisión, pero dejando aún fuera la arbitrariedad y de manera más importante, dejando fuera el inciso segundo del artículo 19 N°8, que es el que incorpora los deberes estatales en relación con la protección ambiental.

Todo lo anterior es una muestra clara de la intención del poder político-económico de crear contrapesos al poder del Estado, lo suficientemente fuertes como para anular su actividad en materia económica, pero que no existieran suficientes contrapesos en otros aspectos no relacionados directamente a lo económico, como las condiciones de vida, los derechos sociales y las obligaciones positivas del Estado. De esta forma, el Estado no tiene ningún incentivo en intervenir en materia económica, ante el constante riesgo de ser limitado por estos mecanismos de protección del modelo y tiene menos incentivos para mejorar condiciones sociales o ambientales, en tanto que no existen suficientes vías por las cuales la ciudadanía pueda reclamar del Estado una actitud activa ante problemas de dicha índole.

143 SCS causa ROL 2837-98, citada en NAVARRO BELTRÁN (1998), p. 192

144 VIERA y BASSA (2012). p 670

145 Véase CEA EGAÑA, José (2012); ALVEAR (2013) y NAVARRO BELTRÁN (2007)

Así, las normas constitucionales que deberían velar por la protección y fomento de los derechos fundamentales terminan siendo una forma de amoldar la actuación del Estado al modelo económico, garantizando que este se mantenga al margen y en la pasividad, logrando un amplio espacio de irrestricta libertad a los privados para que se autorregulen.

CONCLUSIONES

El modelo económico que cristalizó la Constitución de 1980, lejos de lograr el desarrollo que supuestamente vendría aparejado al crecimiento económico ha generado una sociedad tensionada y un medio ambiente sobreexplotado. La experiencia latinoamericana ha demostrado que economías primario-extractivistas como la que hemos privilegiado, han caído en una serie de trampas en el camino hacia el desarrollo, como, por ejemplo, establecer economías altamente carbono dependientes, que requieren de la sobreexplotación de bienes naturales y que tienen un escaso desarrollo tecnológico, impidiéndonos avanzar hacia un modelo de desarrollo efectivamente sostenible, respetuoso con las generaciones presentes y futuras, y que nos permita enfrentar las crisis climática y ecológica que vivimos en la actualidad.

En este contexto, la Constitución de 1980 se levanta como una gran barrera normativa ante la posibilidad de construir un nuevo modelo económico y de desarrollo. Ella no solo establece normas de clausura que permiten solo un modelo económico constitucionalmente aceptable, sino que por lo demás contiene una serie de limitaciones y barreras que han resguardado lo que los redactores de la Constitución llamaron una “democracia protegida”.

El proceso constituyente que vive actualmente Chile es una luz de esperanza en ese sentido, y es por eso que la nueva Constitución en su parte económica debe dar espacio a la existencia de nuevos modelos de desarrollo posibles, que cumplan con las obligaciones éticas que los seres humanos detentamos con la naturaleza y las generaciones presentes y futuras. El desafío para el futuro consistirá en “construir economías sustentables, es decir, diversificadas en productos y mercados, industrializadas y tercerizadas con capacidad de generación de empleo de calidad, equitativas, respetuosas de las culturas y de la Naturaleza”¹⁴⁶.

Una discusión sobre nueva Constitución y economía ecológica deberá considerar los derechos individuales o sociales de las personas (derecho a la vida, derecho a la salud, derecho a vivir en un medio ambiente sano y equilibrado, entre otros), por cuanto el cambio climático no solo afecta a la naturaleza en sí, sino también existe una relación directa entre este y el pleno ejercicio de los derechos humanos¹⁴⁷; el rol que le atribuye al Estado en materia económica, para poder establecer mejores regulaciones, pero también tener una participación activa en los mercados, permitiendo implementar políticas de industrialización democráticamente establecidas; la regulación del derecho de propiedad en sus diversas especies y su función social y ecológica, con una mirada desde la protección ambiental; la protección explícita del medio ambiente y los derechos de la naturaleza, no solo desde una mirada antropocéntrica, sino que considerando el valor intrínseco que tienen todas las formas de vida humanas y no humanas; la regulación de los recursos naturales y el agua y su relación con la política industrial, interpretado desde los derechos de la naturaleza y de las personas; una concepción sobre desarrollo sostenible y sus diversas manifestaciones, con responsabilidad con las generaciones presentes y futuras; los derechos de acceso,

146 ACOSTA (2011) p.19

147 Consejo de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas, Res. 7/23, U.N. Doc. A/HRC/7/78, 28 de marzo de 2008, preámbulo.

para el ejercicio de una democracia plena y legítima a partir de la nueva institucionalidad que se desarrolle en la Carta Fundamental, entre otros.

Este proceso nos da la gran oportunidad de establecer un modelo económico nuevo, basado fundamentalmente en la experiencia científica ambiental, pero también en la preocupación ciudadana por el medio ambiente que la sociedad chilena ha venido expresando durante años, pero no ha podido llevarse adecuadamente a instancias normativas, porque la Constitución de 1980 se lo ha negado. Como muestra el presente informe, si bien el modelo económico no es algo que se consagre en la Constitución, sí es necesario que existan (o no) instituciones jurídicas que lo hagan posible. Por lo mismo, nos encontramos ante la oportunidad de establecer una Constitución y un nuevo pacto social que no sea una barrera a la preocupación ambiental mayoritaria del país, sino una piedra fundante de un nuevo modelo económico que encauce esa preocupación en un orden normativo coherente y flexible.

BIBLIOGRAFÍA.

I. Doctrina.

1. ACOSTA, Alberto (2014): “Los derechos de la naturaleza: una lectura sobre el derecho a la existencia”, En: GRIJALVA Agustín; JARA, María Elena; y MARTÍNEZ, Dunia (eds.), Estado, Derecho y Economía (Quito, Corporación Editora Nacional) pp. 255-276.
2. ACOSTA, Alberto (2011): “Extractivismo y neoextractivismo: dos caras de la misma maldición.”. En LANG, Miriam y MOKRANI, Dunia (comp.), Más allá del desarrollo. Grupo permanente de trabajo sobre alternativas al desarrollo (Fundación Rosa Luxemburg/ Editorial Abya Yala, Quito, primera edición)
3. AGOSÍN TRUMPER, Manuel. (2016): “¿Necesita Chile una política industrial y cuál”. Disponible en: <http://repositorio.uchile.cl/handle/2250/139226> . Fecha de consulta: 3 de febrero de 2021.
4. ALVEAR, Julio (2013): “La Jurisprudencia del Amparo Económico: los tres grandes déficits de la última década” Revista Centro de Estudios Constitucionales Universidad de Talca Año 11, N° 1: pp. 167-220
5. ALZATE GARÍN, Erika, et al (2020) “Extractivismo en Colombia: debates acerca del modelo de desarrollo económico. Un análisis de la hidroeléctrica El Quimbo desde la ecología política latinoamericana” Disponible en: https://ciencia.lasalle.edu.co/cgi/viewcontent.cgi?article=1235&context=negocios_relaciones . Fecha de consulta 5 de julio de 2021.
6. ATRIA, Fernando (2014): La Constitución tramposa. (Santiago de Chile, Ed. LOM
7. ATRIA, Fernando et al (2019) El otro modelo. Del orden neoliberal al régimen de lo público. (Santiago de Chile; Ed. Penguin Random House) pp 135-136
8. BÁEZ URBINA, Francisco. (2020): “El Modelo Neoliberal Chileno. Una lectura sobre sus contenidos institucionales y sus consecuencias sociales: 1973-2019”. Revista Pensamiento y Acción interdisciplinaria, Vol. VI, N° 1: PP. 8-35. p 15
9. BASSA, Jaime; VIERA, Christian; y FERRADA, Juan Carlos. (2016): “Una aproximación a la idea de ‘Constitución Económica’ y sus alcances en la Constitución Chilena”. Disponible en: <http://www.scielo.org.mx/pdf/bmdc/v49n145/2448-4873-bmdc-49-145-00011.pdf> . Fecha de consulta: 2 de febrero de 2021. p. 6.
10. BOBBIO, Norberto, et. al. (2015): Diccionario de política. (Ciudad de México, Siglo veintiuno, México)
11. BORDALÍ, Andrés (2011) “El recurso de protección al banquillo”. Revista del Instituto de ciencias jurídicas de Puebla, Año V, N° 27: pp. 56-71.
12. CEA EGAÑA, José (2012) Derecho Constitucional Chileno. (Santiago, Universidad Católica de Chile, segunda edición)
13. CONGCOOP (2017) “La Agenda de la Sociedad Civil frente a las Industrias Extractivas en Guatemala”. Disponible en <http://redextractivas.org/wp-content/uploads/2017/08/Reporte-Guatemala.pdf> . Fecha de consulta 10 de junio de 2021.

14. CORDERO QUINZACARA, Eduardo y ALDUNATE, Eduardo (2008) "Evolución histórica del concepto de propiedad". Revista de Estudios Histórico-Jurídicos, vol. XXX: 34-385.
15. CORREA, Sofía y RUIZ-TAGLE, Pablo. (2010): Ciudadanos en democracia: fundamentos del sistema político. (Santiago de Chile, Editorial LOM)
16. COSTA CORDELLA, Ezio (en prensa) "La protección ambiental como límite a las libertades económicas"
17. CRISTI, Renato (2016) "La génesis de la Constitución de 1980 y sus claves conceptuales: Función social de la propiedad y bien común". En: CRISTI, Renato, y RUIZ-TAGLE, Pablo (auts) El constitucionalismo del miedo. (Santiago de Chile., editorial LOM, 2016) pp. 75-106.
18. FERRADA, Juan Carlos (2000) "La constitución económica de 1980: Algunas reflexiones críticas". Revista de Derecho, Vol. : pp. 47-54.
19. FERNANDOIS, Arturo (2005) Derecho Constitucional Económico (Santiago, Universidad Católica de Chile, segunda edición) p. 110.
20. FIGUEROA, Eugenio et al. (1996) "Sustentabilidad ambiental del sector exportador chileno". En SUNKEL, Osvaldo (edit): Sustentabilidad ambiental del crecimiento económico chileno (Santiago, Universidad de Chile) pp.42-81.
21. GUDYNAS, Eduardo (2003) Ecología, economía y ética del desarrollo sostenible. (Quito, Ediciones Abya-Yala)
22. GUERRERO, José Luis (2020) La Constitución Económica Chilena: Bases para un cambio. (Santiago: DER) pp. 88-90.
23. GUZMÁN, Jaime (1979) "El Camino Político". Revista Realidad, A.1, N° 7; 13-24.
24. HARVEY, David (2007): Breve Historia del Neoliberalismo (Madrid, Ediciones Akal S.A.)
25. HERVÉ ESPEJO, Dominique (2015): Justicia Ambiental y Recursos Naturales. (Valparaíso, Ediciones universitarias de Valparaíso)
26. LARRAÍN, Sara (2020): Ecología y Política (Santiago: Taurus).
27. LEYTON, Fabiola (2008): Ética ecológica y bioética. Algunos apuntes. Disponible en: <https://core.ac.uk/download/pdf/16201547.pdf>. Fecha de consulta. 3 de febrero de 2021
28. LÓPEZ DE LERMA, Jesús (2016). "La Constitución económica liberal como garantía del libre mercado. Los derechos de propiedad privada y libertad de empresa". Revista Estudios de Deusto, Vol. 64, N°1: 39-60.
29. LOEWENSTEIN, Karl (1976): Teoría de la Constitución. (Barcelona, Editorial Ariel, Barcelona)
30. MARCH, Hug. (2013) "Neoliberalismo y medio ambiente: una aproximación desde la geografía crítica". Documents d'anàlisi geogràfica, Vol. 59, N.º 1: pp.. 137-153.
31. MAYOL, Alberto (2012): El derrumbe del modelo. (Santiago de Chile, Editorial LOM)

32. MELLER, Patricio (2016): Un siglo de economía política chilena (1890-1990). (Santiago de Chile, Uqbar Ediciones)
33. MUJICA CHIRINOS, Norbis, y RINCÓN GONZÁLEZ, Sorayda. (2010) “El concepto de desarrollo: posiciones teóricas más relevantes”. Disponible en: http://ve.scielo.org/scielo.php?script=sci_art-text&pid=S1315-99842010000200007&lng=es&tlng=es. Fecha de consulta: 15 de febrero de 2021
34. NAVARRO BELTRÁN, Enrique (1998) “Protección y amparo de la libertad económica en Chile e Hispanoamérica”. Revista Chilena de Derecho, N.º especial: pp. 185-195. p. 192
35. NAVARRO BELTRÁN, Enrique (2007) “El Recurso de Amparo Económico y su práctica Jurisprudencial”. Revista Centro de Estudios Constitucionales Universidad de Talca Año 5, N°21: pp. 99-119.
36. NEHME, Nicole. (2016): “Constitución económica en contextos evolutivos: El rol de los operadores del derecho, nuevas voces, nuevos ámbitos”. Discurso inaugural del Seminario La Constitución Económica, Universidad Católica del Norte
37. NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (2007) “El recurso de protección en el contexto de amparo a los derechos fundamentales latinoamericano e interamericano”. Revista Ius et Praxis, Año 13, N°1:75-134.
38. OSSANDÓN, J. (2019). ¡Abajo el Neoliberalismo! Pero ¿qué es el neoliberalismo? CIPER. Disponible en: <https://ciperchile.cl/2019/11/08/abajo-el-neoliberalismo-pero-que-es-el-neoliberalismo/> Fecha de consulta 30 de julio de 2021.
39. PANTOJA BAUZÁ, Rolando (2004) La organización administrativa del Estado. (Santiago: Editorial Jurídica de Chile)
40. PEÑA, Marisol (2015): “¿es necesario regular la materia económica en la Constitución?”, en HENRÍQUEZ, Miriam y SILVA, María (coords.), La Constitución Económica. (Santiago de Chile, Ed. Thomson Reuters).
41. PIZARRO, Roberto (2005) “Desigualdad en Chile: desafío económico, ético, y político” Revista Polis, Vol. 10, 2005.
42. RAMOS, Eduardo; MUÑOZ, Cristina; PÉREZ, Gabriel (2017) La gobernanza de los recursos naturales y los conflictos en las industrias extractivas. El caso de Colombia. Disponible en: https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/42173/S1700418_es.pdf?sequence=1&isAllowed=y . Fecha de consulta 8 de junio de 2021.
43. SARUWATARY, Gabiñe (2009) “Origen del concepto de generaciones futuras en el derecho internacional de los derechos humanos”, Revista del Centro Nacional de Derechos Humanos México, Vol. 4, N°10: pp. 29-56, pp. 40-41.
44. SCHMIDTKE, Tobias; KOCH, Henriette; y CAMARERO, Verónica (2008) “Los sectores económicos en América Latina y su participación en los perfiles exportadores”. Disponible en: <http://library.fes.de/pdf-files/bueros/mexiko/15919.pdf>. Fecha de consulta 8 de junio de 2021
45. SCHMITT, Carl. (2015) Teoría de la Constitución (Madrid, Alianza Editorial)

46. SOTO KLOSS, Eduardo. "La servicialidad del Estado, base esencial de la Institucionalidad". En Revista de Derecho Público, Vol. 1995, N°s: pp 13-26
47. TAYLOR, Paul (2011) Respect for nature: A theory of environmental ethics (Nueva Jersey: Princeton University Press)
48. URREA, Germán (2014): Chile: por un nuevo modelo económico. Para una sociedad democrática, solidaria y sustentable. (Santiago, CEIBO ediciones).
49. VALLEJO, Rodrigo. (2016) "La constitución económica chilena: Un ensayo en (de) construcción". Estudios constitucionales, Año 14: 247-290
50. VALLEJO, Rodrigo y PARDOW, Diego (2008): "Derribando mitos sobre el Estado empresario". Revista Chilena de Derecho, Vol. 35, N°1: pp. 135-156.
51. VALLEJOS, Arturo (2005): "Los conflictos ambientales en una sociedad mundializada", Revista Líder, Vol. XIII, N.º 10: pp. 193-214
52. VERGARA ESTÉVEZ, Jorge (2007) "La 'Democracia protegida en Chile'", Revista de Sociología, N°21: 45-52
53. VIERA, Christian, y BASSA, Jaime (2012): "Un nuevo giro hermenéutico de la Corte Suprema en la aplicación del recurso de amparo económico". Revista de Derecho PUCV, N° 38: pp. 661-683

II. Jurisprudencia.

A) Tribunal Constitucional.

54. Sentencia del Tribunal Constitucional, 20 de junio de 2006, Rol N°513-2006
55. Sentencia del Tribunal Constitucional, 21 de marzo de 2013, Rol N° 2430-2013

B) Corte Suprema:

56. GALLETUE con FISCO (1984): Corte Suprema, 7 de agosto de 1984 Rol N°16743-1984, 7 de agosto de 1984

III. Documentos institucionales:

57. INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS, Mapa de Conflictos Socioambientales en Chile, En Línea. Disponible en: <https://mapaconflictos.indh.cl/#/>
58. MEMORIA CHILENA. La transformación económica chilena entre 1973-2003. Disponible en: <http://www.memoriachilena.gob.cl/602/w3-article-719.html>. Fecha de consulta: 15 de febrero de 2021.
59. MINISTERIO DEL MEDIO AMBIENTE (2019). Quinto reporte del Estado del Medio ambiente. Disponible en: <https://sinia.mma.gob.cl/wp-content/uploads/2019/12/REMA-2019-comprimido.pdf>. Fecha de consulta: 20 de enero de 2021.

60. OCEANA (2021). “Constitución y océanos. Recursos marinos y regulación constitucional de la propiedad”. Disponible en: <https://chile.oceana.org/publicaciones/informes/constitucion-oceanos-recursos-marinos-y-regulacion-constitucional-de-la>

61. ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y DESARROLLO ECONÓMICOS (OCDE), COMISIÓN ECONÓMICA PARA LATINOAMÉRICA Y EL CARIBE (CEPAL), BANCO DE DESARROLLO DE AMÉRICA LATINA (CAF) Y UNIÓN EUROPEA. (2019) Perspectivas económicas de América Latina 2019: desarrollo en transición. Disponible en: <https://www.cepal.org/es/publicaciones/44525-latin-american-economic-outlook-2019-development-transition> . Fecha de consulta: 7 de febrero de 2021.

62. OBSERVATORIO DE POLÍTICAS ECONÓMICAS (OPES) (2020) “38 cifras que definen Chile: y qué hay que cambiar para transformar el modelo de desarrollo económico”. Disponible en: <http://38cifras.cl/pdf/38-cifras-verde.pdf>. Fecha de Consulta 7 de febrero de 2021

63. OBSERVATORIO DE POLÍTICAS ECONÓMICAS (OPES) (2018): “Documento de Trabajo N.º 2: Caracterización de la estructura productiva y dificultades para un crecimiento de largo plazo en Chile” Disponible en: <https://static1.squarespace.com/static/5f31be959fceb35b50e59a1f/t/5f35a8c730bb2d5d0a078614/1597352143035/documento+de+trabajo+n2.pdf>. Fecha de consulta 10 de febrero de 2021.

64. UNITED NATIONS ENVIRONMENT PROGRAM (2021): “Making Peace with Nature: A scientific blueprint to tackle the climate, biodiversity and pollution emergencies. Nairobi”, Disponible en: <https://www.unep.org/resources/making-peace-nature>. Fecha de consulta: 19 de febrero de 2021

65. WORLD RESOURCES INSTITUTE (S.F.) “Beta Aqueduct Country Ranking. Disponible” en: <https://wri.org/applications/aqueduct/country-rankings/>. Fecha de consulta: 20 de enero de 2021

IV. Otros:

66. Enrique Evans, en las Actas de la Comisión de Estudios, propone redacción de servicialidad. p 813 a 814. sesión 38, 07.05.1974. Tomo I.

67. Actas de la Comisión de Estudios, Ortúzar presentando el trabajo de la comisión al secretario de la OEA, p 221. Sesión 189 16.06.1976, Tomo VI

68. Actas Constitucionales de la Comisión, Intervención de Jaime Guzmán, sesión 205, 28.04.1976, p 698, Tomo VI.

69. Actas constitucionales de la Comisión. Sesión 388, 1978, tomo XI.

70. Actas constitucionales de la Comisión. Sesión 393, del día 04.07.1978. Tomo XI.