

EL DILEMA DEL ARTÍCULO 19 N° 8 INCISO 2*

MATÍAS GUILLOFF TITIUN**

RESUMEN: El presente artículo indaga y presenta una tesis acerca del sentido del artículo 19 N° 8 inciso 2 de la Constitución. La postura que defiende es distinta a la que hasta el momento ha sido sostenida por la doctrina; la aludida disposición busca proteger el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, pero sin dejar de proteger a los derechos de contenido económico de las restricciones que se puedan establecer en la legislación para proteger el medio ambiente, cuestión que incide negativamente en la efectividad del primer derecho. La tesis se funda en la ideología que inspira la regulación de actividades económicas en el texto constitucional de 1980, en el rol de las reserva de ley y, por último, en los efectos de la exigencia de especificidad sobre la legislación.

PALABRAS CLAVE: Derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación – restricciones a derechos fundamentales – constitución económica – especificidad – reserva de ley.

THE DILEMMA OF ARTICLE 19 N° 8 SECTION 2

ABSTRACT: This article researches and presents a thesis about the sense of article 19 N° 8 section 2 of the Constitution. It stands in a different side to what has usually been sustained by the doctrine. This article seeks to protect the right to live in an unpolluted environment, continuing to protect the rights of economical content of the restrictions that might be established by the legislation to protect the environment, matter that negatively affects the effectiveness of the first right. The thesis is founded in the ideology that inspires the regulation of economical

* El presente artículo se enmarca dentro del proyecto semilla “Proceso legislativo en materia de medio ambiente y recursos naturales”, financiado por la Universidad Diego Portales. Agradezco la colaboración de Consuelo Novoa y de Sebastián Arriagada en la realización de esta investigación y los comentarios de Dominique Hervé, José Francisco García, Luis Cordero, Rodolfo Figueroa y Domingo Lovera.
Fecha de recepción: 15 de noviembre de 2010.

Fecha de aceptación: 8 de marzo de 2011.

** Abogado, Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Diego Portales (CHILE), LL.M. Columbia University (ESTADOS UNIDOS). Investigador del Programa de Derecho y Política Ambiental, Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales (CHILE). Correo electrónico: mguiloff@gmail.com

activities in the Constitution of 1980, in the role of the law reserve, and lastly, in the effects of the specificity requirements about legislation.

KEY WORDS: Right to live in an unpolluted environment – restrictions to fundamental rights – economic constitution – specificity – law reserve.

No es muy común que dentro de la misma regulación de un derecho fundamental, las Constituciones dispongan de una regla que establezca directrices para el desarrollo legislativo de ese derecho. Lo que sí suele suceder es que contemplen reglas que distribuyen competencias normativas entre el Legislador y la Administración para la regulación del mismo. La Constitución Política de 1980 hace ambas cosas. Lo llamativo es que, cuando lo realiza, lo hace no solo para la protección del mismo derecho, sino que de otros.

Esto ocurre en la regulación del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. En efecto, en una clara regla orientada al Legislador el artículo 19 N° 8 inciso segundo dispone: “La ley podrá establecer restricciones específicas al ejercicio de determinados derechos o libertades para proteger el medio ambiente”. ¿Qué explica semejante disposición? ¿Cuáles son sus fundamentos? El presente artículo argumentará que la regulación del medio ambiente en la Constitución de 1980 no escapó del influjo de la ideología neoliberal que inspiró la regulación de actividades económicas en la carta fundamental.

Como más adelante se verá en detalle, la escasa doctrina existente en la materia –dejando de lado toda aquella que considera esta disposición redundante, dado el tenor de la cláusula general de limitaciones establecida en el artículo 19 N° 26– ha visto aquí una norma cuyo objeto es la protección del medio ambiente. Esta investigación arguye que la situación, si bien no es la contraria, es distinta: el objetivo de esta disposición es proteger el medio ambiente, haciendo de este un título que justifique el establecimiento de restricciones a otros derechos, pero no hasta el punto de dejar de dar protección a los derechos contenidos en la denominada Constitución Económica de las restricciones que el Legislador establezca para la protección del medio ambiente, cuestión que en definitiva, según se argumentará, incide en la efectividad de este Derecho. Este resultado no es casual; es perfectamente consistente con la ideología que subyace a la Constitución en materia de intervención del Estado sobre la economía.

Naturalmente, esta disposición no incide solamente en el proceso legislativo, en cuanto además de un estándar sustantivo con que el proceso legislativo debe cumplir, establece una reserva. De ahí que también incida decisivamente sobre la regulación administrativa, excluyendo que esta establezca por sí misma limitaciones para la protección del medio ambiente,

quedándole solo la posibilidad de colaborar en la ejecución de aquella decisión legislativa. Esto, claro está, siempre y cuando la disposición legislativa a ejecutar supere un exigente escrutinio de constitucionalidad, cuyo parámetro justamente vendrá dado por los estándares de determinación y especificidad.

De esta forma, la tesis de la presente de investigación es que, desde el momento que la disposición también vela por la protección de los derechos de contenido económico, el artículo 19 N° 8 inciso 2, si bien busca proteger el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, no lo hace con la fuerza necesaria para garantizar su efectiva protección. Esto no solo trae consecuencias para la dictación de leyes que desarrollen el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, sino que también para la de regulaciones administrativas que tengan el mismo objetivo. De esta manera, la Constitución sujeta la protección del medio ambiente a un fuerte amarre, para con ello lograr la mayor protección de los derechos contenidos en la Constitución Económica.

Para fundar dicha tesis, esta investigación parte ahondando en el marco ideológico de la Constitución Económica y sus implicancias. Establecido ese marco, realiza un análisis dogmático del sentido y alcance de la disposición contenida en el artículo 19 N° 8 inciso 2 de la Constitución. A la luz de la constatación que la técnica ahí utilizada es la de una reserva, que además exige al Legislador el cumplimiento de una determinada densidad normativa (determinación y especificidad), se dedican unas páginas, para efectos de reforzar la tesis, a la historia de la reserva de ley y de cómo esta es –y ha sido– útil para proteger el patrimonio privado de intervenciones administrativas, objetivo cuya consecución se garantiza de mejor manera cuando, como en este caso, se establecen exigencias de densidad normativa a la legislación. A partir del análisis anterior, se esbozan una serie de conclusiones.

1) LA CONSTITUCIÓN ECONÓMICA Y SUS IMPLICANCIAS

Tradicionalmente se alude a las Constituciones como códigos políticos, cuyo objeto es someter el ejercicio del poder del Estado a determinadas reglas y procedimientos. La Constitución de 1980, sin embargo, fuertemente influenciada por la ideología económica de la Escuela de Chicago, va mucho más allá de eso, siendo una buena muestra de ello lo que ocurre con la regulación de las actividades económicas. La explicación viene dada por una concepción existente al momento de su redacción, aquella de la “Constitución plena”.

Esta concepción fue originalmente formulada en un artículo en 1979 por José Luis Cea. Dicho artículo, denominado justamente “La Constitución plena”, arguyó que una de las causas principales del golpe militar de

1973 fue la inexistencia de disposiciones constitucionales, que regularan con claridad el ámbito económico y social¹. Este aspecto se ilustraba en toda su magnitud en la ausencia de una norma que delimitara lo que es una regulación de la propiedad privada en conformidad a su función pública, de aquello que constituye una limitación de carácter expropiatorio establecida por el Legislador². Lo anterior mostraba, a juicio del citado autor, lo poco sensato que parecía reducir el estudio de la nueva institucionalidad solo a los asuntos políticos.

La adopción de esta concepción se cristaliza en el texto constitucional a través del establecimiento de diversos mecanismos, entre los cuales se pueden mencionar derechos fundamentales ligados a la realización de actividades económicas, acciones judiciales para la protección de estos e incluso reglas de distribución de potestades normativas sobre este ámbito, las cuales también pueden ser exigibles mediante acciones judiciales³. Dentro de esta última categoría se sitúan una serie de asuntos de orden económico cuya regulación el constituyente entrega a la Ley, impidiendo de esta manera su regulación por la vía reglamentaria.

Analizando el punto desde la óptica del diseño institucional, Carl Bauer ha señalado que Chile es un ejemplo de texto, no solo en aquello que concierne a la adopción de un sistema económico neoliberal, sino que además en la utilización del “enfoque Chicago” en materia de diseño legal e institucional⁴. Esto se materializa en la fuerte protección que la Constitución le otorga a los derechos y libertades de índole económico-privada, la que en último resorte queda entregada al Poder Judicial. Especialmente influyente en la consagración de este diseño institucional parece ser el ideario de Friedrich Hayek, en materia de intervención gubernamental sobre la economía.

Asumiendo que el libre mercado es el único sistema económico que garantiza la libertad política, este enfoque, si bien reconoce que en principio debiese ser el Gobierno el que establezca e implemente las reglas básicas atinentes al comportamiento económico, arguye que la intervención de este es injusta o ineficiente⁵. ¿Por qué? Debido a la diferencia que existiría entre las reglas que rigen a los mercados y aquellas que regulan la

¹ CEA, José Luis (1988). “La Constitución plena”. En él mismo: *Tratado de la Constitución de 1980*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, p. 3.

² CEA (1988) 3.

³ Siguiendo a BAUER, puede afirmarse que existen otros mecanismos a través de los cuales se regula la economía. Uno de ellos es la reducción de las facultades del gobierno sobre la economía, lo cual se realiza asignándole este tipo de atribuciones a organismos técnicos, dotados por la Constitución de autonomía frente al gobierno, como el Banco Central. Ver, BAUER, Carl (2002). *Contra la corriente. Privatización, mercados de agua y el estado en Chile*. Santiago: Lom Ediciones/Fundación Terram, pp. 33 y 34.

⁴ BAUER (2002) 30.

⁵ BAUER (2002) 38.

intervención del gobierno sobre estos⁶. Las primeras serían generales, esto es –de acuerdo al pensamiento neoliberal– reglas cuyo cumplimiento es obligatorio para todos, por lo que podrían ser calificadas como objetivas y neutrales. En tanto, aquellas dictadas por el gobierno serían específicas y de acuerdo a la misma línea de pensamiento, inherentemente viciadas, debido a que la discrecionalidad política y administrativa tiende a favorecer intereses particulares.

Este ideario, en relación a la protección del medio ambiente, se aplicaría en la regulación de actividades económicas en la Constitución de 1980 mediante el establecimiento de dos instituciones: reservas legales y el sometimiento del establecimiento de restricciones a los derechos de contenido económico a estándares de especificidad. El objetivo de las primeras es hacer imposible que la Administración, en ausencia de determinación soberana del Legislador, pueda establecer restricciones a otros derechos para proteger el medio ambiente. El de las segundas, en tanto, es restringir el marco de la discrecionalidad administrativa en el establecimiento de estas restricciones, evitando que una habilitación genérica sea título suficiente para el establecimiento de las mismas.

De esta manera, si bien la Constitución habilita al Legislador a establecer restricciones a los derechos de contenido económico para proteger el medio ambiente, condiciona esa habilitación a la satisfacción de un determinado parámetro, que es el de la especificidad. Dicho de otro modo, no resulta constitucionalmente tolerable que el Legislador establezca una restricción con esta finalidad, en tanto no lo haga de la manera precisa, con la especificidad, que la Constitución le ordena. Fluye de lo anterior que la decisión legislativa relativa al establecimiento de una restricción para proteger el medio ambiente, desde el momento que tiene que cumplir con la exigencia de especificidad, debe satisfacer un estándar más alto que lo corriente. Esta consecuencia ilustra nítidamente la influencia de la ideología neoliberal sobre la regulación constitucional del medio ambiente.

Así, como ya lo había sugerido Bordalí, se puede concluir que la regulación del medio ambiente en la Constitución de 1980 tiene relación con la Constitución Económica⁷. Con todo, se discrepa con el citado autor respecto a su conclusión que el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación forma parte de la Constitución Económica, a la cual arriba partiendo de la base que este derecho tiene un claro contenido económico⁸. Aun cuando se comparte que uno de los posibles contenidos

⁶ BAUER (2002) 38.

⁷ Ver BORDALÍ, Andrés (1998). “Constitución Económica y Protección del Medio Ambiente”. *Revista de Derecho*. Vol. 9, pp.43-54. Disponible en <http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09501998000100006&lng=es&nrm=iso>. ISSN 0718-0950. [fecha de visita 18 de enero de 2010]

⁸ BORDALÍ (1998) 43 – RDA.

que es posible adscribir al medio ambiente es de carácter económico, se estima, no obstante ello, que este derecho no forma parte de la Constitución Económica.

Lo que, por el contrario, no se puede desconocer es que su regulación en el texto constitucional es consistente con aquella de la Constitución Económica; es una de las pocas hipótesis en donde la regulación de un derecho se hace cargo explícitamente de su probable colisión con otros derechos fundamentales, los que en su gran mayoría justamente corresponden a los de la Constitución Económica, como el derecho a desarrollar actividades económicas y el derecho de propiedad, sin perjuicio de otros derechos que caben dentro del supuesto planteado en el inciso segundo del artículo 19 N° 8, como la libertad de movimiento, el derecho de reunión y la libertad de trabajo⁹.

Lo anterior puede quedar más claro si regresamos, por algunos instantes, al ideario Hayekiano en materia de intervención del Estado en la economía. Recordemos la dicotomía reglas generales-reglas específicas y usémosla como parámetro de análisis de la disposición contenida en el inciso segundo del artículo 19 N° 8. Así analizadas las cosas, vemos que, al hacer imposible el establecimiento de regulaciones administrativas que innoven sobre la materia, y al sujetar las disposiciones legales que establezcan restricciones a otros derechos (típicamente de la Constitución Económica) al estándar de la especificidad, la Constitución busca hacer extremadamente difícil la existencia de reglas específicas en materia de la protección del medio ambiente. En efecto, independientemente de cuál sea el mejor medio en una determinada circunstancia para proteger el medio ambiente, a la Administración no le queda otra opción que determinar ese que previamente ha sido establecido por el Legislador.

Nótese que al exigir esto, además de poner en riesgo, como se acaba de señalar, una adecuada protección en los hechos de este derecho fundamental, se hace bastante más improbable el establecimiento de restricciones en la legislación ambiental, ya que al grado de dificultad habitual en lograr un acuerdo, se agrega ahora que este, en cuanto a su lenguaje, deba ser lo más específico posible. Todo lo anterior, como se ha explicado, es plenamente consistente con la ideología neoliberal que inspira al constituyente en materia de regulación económica.

⁹ Ver LAVÍN, Julio (1993). "Constitución y Ley General del Medio Ambiente". En *Ambiente y Desarrollo*, marzo, p 15. Disponible en http://www.cipma.cl/Revista_Ambiente_y_Developmento.asp. [fecha de visita 22 de enero de 2010].

2) EL INCISO SEGUNDO DEL ARTÍCULO 19 N° 8 Y SU SENTIDO

Al disponer que “[l]a ley podrá establecer restricciones específicas al ejercicio de determinados derechos o libertades para proteger el medio ambiente”, el artículo 19 N° 8 inciso 2 de la Constitución Política es el único de los ubicados dentro del catálogo de derechos fundamentales, que regula de manera expresa la jerarquía de la norma que, velando por la protección de ese derecho, establece restricciones específicas a otros. En otras palabras, es un caso de una reserva legal establecida en la regulación de un derecho distinto a aquel que se está resguardando mediante la reserva.

¿Implica esto que la Constitución nada dice respecto a las limitaciones que, con motivo del desarrollo y protección de un derecho fundamental, puedan establecerse a otros de estos derechos? La respuesta es, por cierto, negativa, debido a la existencia de la disposición contenida en el artículo 19 N° 26. De acuerdo a esta última, “La Constitución asegura a todas las personas: la seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que esta establece o que las limiten en los casos en que ella lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio.”

Parte relevante de la doctrina ha interpretado esta norma en el sentido de establecer una cláusula general de reserva legal en materia de derechos fundamentales. El Profesor José Luis Cea Egaña ve en la disposición contenida en el 19 N° 26 una consagración del derecho a la seguridad jurídica en la Constitución Política¹⁰. Entrando a las características fundamentales de la reserva del artículo 19 N° 26, señala que la regulación de derechos fundamentales es materia reservada “solo y exclusivamente a la ley”¹¹. Dicha interpretación –señala Cea– se ve corroborada por el artículo 64 inciso 2 de la Carta Fundamental, de acuerdo al cual, se “prohíbe que una autoridad distinta del Legislador regule el ejercicio de derechos constitucionales”¹²⁻¹³. Con todo, de ser esto así, es válido preguntarse: ¿qué sentido tiene haber establecido una disposición específica en materia de limitaciones a determinados derechos fundamentales en el 19 N° 8?

¹⁰ CEA, José Luis (2004). *Derecho Constitucional Chileno*, Tomo II, Santiago: Ediciones Universidad Católica de Chile, p. 607. No está de más señalar, que esto lo ve en el declarado propósito de hacer “realidad la certeza (jurídica) en el derecho (constitucional) mediante una interpretación adaptadora, creativa o imaginativa y finalista del Código Político”.

¹¹ CEA (2004) 611.

¹² CEA (2004) 611. En el mismo sentido, ver, CORREA, Rodrigo (2004). “Tribunal Constitucional”. En *Revista de Derecho*, Universidad Adolfo Ibañez, pp. 485-486.

¹³ En contra de esta interpretación, ver ALDUNATE, Eduardo (2008). *Derechos Fundamentales*, Santiago: LexisNexis, p. 258.

De acuerdo a Bermúdez, puede sostenerse que la inclusión de esa disposición no es redundante, sino que, por el contrario, tiene por objeto reforzar la protección de este derecho. La afirmación anterior se funda en que, a diferencia del 19 N° 26, que establece de manera genérica que los derechos fundamentales solo pueden ser limitados por Ley, el 19 N° 8 inciso 2 –a propósito de la regulación del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación– autoriza a limitar otros derechos y libertades para garantizar la protección del medio ambiente. Puesto de otro modo, en vez de disponer la Constitución en la regulación de un determinado derecho una autorización a la Ley para limitarlo, lo que hace en el 19 N° 8 es autorizar al Legislador a establecer limitaciones a otros derechos para protegerlo. De lo anterior Bermúdez colige que la Constitución no es neutra en lo que a protección del medio ambiente se refiere.

El resto de la doctrina, aun cuando dicen ver en esta disposición –al igual que Bermúdez– una protección del medio ambiente, al fundamentar su postura dan indicios que su postura es la contraria. Lavín, por ejemplo, señala que el propósito de la citada disposición es el de favorecer una efectiva vigencia del mismo, lo que explica que sea más explícita que las que se pueden encontrar en otros derechos¹⁴. Sin perjuicio de ello, reconociendo la rigidez a la cual queda sometida por la Constitución la protección del medio ambiente, afirma que en comparación con los procesos de tomas de decisiones en otros países –en los cuáles se puede apreciar un gran dinamismo en la toma de decisiones en materia ambiental–, las atribuciones del regulador ambiental chileno jamás pueden ser restrictivas de derechos fundamentales¹⁵.

En similar sentido, Pérez señala que la aludida disposición es el complemento indispensable de la garantía establecida en el 19 N° 8, aunque solo debe entrar en operación cuando no quede otra alternativa para la protección del medio ambiente¹⁶. De esta manera, aun cuando se conciba el inciso 2 del artículo 19 N° 8 como una norma cuyo propósito es hacer efectivo el derecho consagrado en este numeral, la doctrina resalta el establecimiento de una serie de exigencias, que no tienen parangón con las que se establecen para la regulación de los demás derechos dentro del artículo 19.

Prueba de lo anterior es que, de acuerdo al inciso segundo, no es suficiente que la restricción la establezca la Ley, será necesario además que la Ley que haga esto cumpla con dos estándares: determinar los derechos

¹⁴ LAVÍN, Julio (1998). “Legislación restrictiva de derechos y libertades para proteger el medio ambiente”. En *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 25, N° 1, pp. 175-203, p. 190.

¹⁵ LAVÍN (1998) 184-185.

¹⁶ PÉREZ, María de los Ángeles (1993). “Normas de calidad ambiental. Algunas consideraciones constitucionales y legales”. En del Fávero, Gabriel / Katz, Ricardo (eds.): *Medio Ambiente en Desarrollo*. Santiago: Centro de Estudios Públicos, p. 325.

fundamentales sujetos a esa limitación y especificar cómo –de qué manera– se verán limitados. Al primero de estos requisitos no se le ha prestado mayor atención en doctrina¹⁷, por cuanto, “la propia naturaleza de la restricción determinará el derecho al que afecta”¹⁸. Al segundo, en cambio, sí y bastante.

Bermúdez, por ejemplo, dice que se refiere a la intensidad de la regulación legal que establece la restricción y no, como podría pensarse, al ámbito de aplicación, esto es, al número de casos abarcados por ella¹⁹. En otras palabras, lo que exige la disposición constitucional es que sea la propia Ley la que establezca la restricción a aplicar (por ejemplo, restricción a la circulación de vehículos), sin que sea necesario señalar además el preciso supuesto de hecho que en concreto gatillará su aplicación.

Lavín, por el contrario, lee en este requisito un estándar más exigente, en cuanto señala que dichas restricciones deben permitir identificar con toda claridad cuál es la conducta restrictiva que se impone, de lo cual se sigue que el rol de la Administración se limita a constatar el cumplimiento de los supuestos de la norma, que hacen procedente la restricción²⁰; dicho de otro modo, no solo es necesario que la Ley establezca la restricción, sino que además debe establecer con toda claridad los supuestos ante los cuales se puede aplicar.

El punto es crucial, por cuanto lo que está en juego es la utilidad de la disposición constitucional, la que de interpretarse como señala Lavín, protegería vigorosamente a los derechos susceptibles de sufrir restricciones, pero al costo de reducir en demasía la del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Independientemente de la discusión en torno al alcance del segundo requisito, es importante remarcar que la exigencia de legislar con especificidad a la hora de establecer restricciones a derechos y libertades de orden económico, es de por sí un estándar altamente exigente, ya que para satisfacerlo no bastará con aprobar en el proceso legislativo una cláusula que habilite en términos generales a la administración a establecer restricciones para la protección del medio ambiente.

¹⁷ Lo que más bien remarca es que las restricciones específicas no pueden referirse a todo el elenco de derechos protegidos por el artículo 19, sino a aquellos que dicen relación con el orden público económico, además del derecho de trasladarse de un lugar a otro, comprendido en aquel a la libertad personal y seguridad individual y al derecho de reunión. Ver LAVÍN (1998) 192.

¹⁸ BERMÚDEZ, Jorge (2007). *Fundamentos de Derecho Ambiental*. Valparaíso: Ediciones Universitarias de Valparaíso, p. 116.

¹⁹ BERMÚDEZ (2007) 115.

²⁰ LAVÍN (1998) 192. En similar sentido, Pérez, siguiendo a EVANS, señala que son las propias normas legales las que deben establecer las restricciones específicas. Ver PÉREZ (1993) 126, citando a EVANS, Enrique (1986). *Los Derechos Constitucionales*. Tomo II, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, pp. 158-159.

Analizando lo anterior desde una lógica de colisión de derechos fundamentales, resulta llamativa la fórmula empleada por el constituyente. Varios son los derechos contenidos en el catálogo de derechos fundamentales que pueden entrar en colisión unos con otros, al momento de discutirse un proyecto de ley que desarrolle alguno de ellos. Así, por ejemplo, el derecho a la libertad de expresión con el derecho a la honra o el derecho a la vida con el derecho a la igualdad ante la Ley. Dándose esa colisión, lo que el Legislador normalmente debe hacer es ponderar cuál de ellos, en el supuesto fáctico al que se refiere la norma en cuestión, pesa más que el otro.

El inciso segundo del artículo 19 N°8, en cambio, exige bastante más que eso, ya que para satisfacerlo no solo se deberá arribar a un acuerdo en torno a cuál derecho pesa más que el otro, sino que adicionalmente, en el evento que se estime que este es el medio ambiente y en razón de ello se decida establecer una restricción a aquel que se encuentra en colisión, deberá haber acuerdo también en torno a especificar bien la restricción que al otro derecho se establecerá.

Considerando que de conformidad a la Constitución Política el medio ambiente descontaminado no es un mero objetivo de política pública ni un simple interés legítimo, sino que –por el contrario– es un derecho fundamental, resulta llamativo que su regulación en el texto constitucional establezca exigencias especiales para efectos de su ponderación con otros derechos en el proceso legislativo. De acuerdo a lo expresado en la primera parte de este trabajo, es razonable encontrar una explicación en la ideología neoliberal que subyace a la regulación de las actividades económicas en la Constitución. Específicamente, en la intención de resguardar, aun más, en supuestos de colisión con el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, los derechos contenidos en la Constitución Económica. Lo anterior, por cuanto la exigencia de legislar con especificidad se suma al menú de mecanismos constitucionales establecidos para la protección de las actividades económicas; menú que incluye la consagración con carácter fundamental de varios derechos relacionados con estas y el establecimiento de reservas legales para su regulación. Así, como se puede apreciar, es tanta la influencia de la ideología neoliberal en la Constitución, que la hace exagerar a la hora de establecer mecanismos de protección de las actividades económicas.

En razón del análisis anterior, se discrepa con Bermúdez acerca del sentido último de esta disposición. Su argumento es que este es prohibir, de manera implícita, que frente a la tensión entre medio ambiente y derechos de contenido económico, la decisión que finalmente se adopte vulnere este derecho fundamental²¹; dicho de otro modo, sin perjuicio que

²¹ BERMÚDEZ (2007) 113.

la opción política del momento sea la de privilegiar el crecimiento económico, esto jamás podrá ser hecho hasta el punto de llegar a afectar el medio ambiente. Se discrepa, en primer lugar, porque como lo demuestra el tenor de la disposición en análisis, esta no *obliga* al Legislador a establecer restricciones, tan solo lo *faculta* para hacerlo, quedando a su juicio soberano cuál derecho debe privilegiarse por sobre otro. Además, de ser esto así, no se entiende cuál es el sentido de establecer la exigencia adicional consiste en que la restricción satisfaga el estándar de especificidad. Dado que para poder legislar con especificidad se requiere acuerdo, no solo en torno a aceptar el establecimiento de una restricción a otro derecho, sino que además en la restricción misma que finalmente se establezca, se hace bastante más difícil lograr los consensos necesarios para aprobar legislación ambiental y eso, como se ha argumentado, es justamente el efecto de la disposición en análisis²².

De esta forma, la exigencia de especificidad sujeta a la Administración un fuerte amarre, desde el momento que independientemente de cual sea la amenaza sobre el medio ambiente, esta solo puede determinar la medida que ha sido previamente establecida por el Legislador, quedando privada de esta forma de adoptar aquella que, de acuerdo a su juicio soberano, sea la mejor para resguardar los intereses públicos frente a ese fenómeno.

Así, a la luz de los planteamientos anteriormente afirmados, puede señalarse que, aun cuando la Constitución busca proteger el medio ambiente, no lo hace de una manera muy decidida, sino que, por el contrario, toma un resguardo: exigir que las restricciones que se establezcan para la protección del medio ambiente sean específicas. Así, puede concluirse que el artículo 19 N° 8 inciso 2 protege el medio ambiente, aunque tomando todos los resguardos necesarios para que su protección no afecte la de los derechos de contenido económico, cuestión que como se ha demostrado en la anterior sección puede llegar a afectar la efectividad del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación.

Hasta ahora se ha analizado el estándar que la Constitución le impone al establecimiento de restricciones en el proceso legislativo en materia del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Se ha discrepado en torno al sentido que a la disposición pertinente le ha atribuido la doctrina. La conclusión ha sido que la Constitución establece un estándar particularmente exigente al Legislador en materia ambiental, que reduce el margen de apreciación de la Administración para determinar medidas que puedan proteger este derecho, resguardando, de esta manera, a los derechos fundamentales de contenido económico.

²² Nótese que en aquellas ocasiones en que el desarrollo legislativo de la protección del medio ambiente requiera de la limitación de otros derechos fundamentales, será el propio desarrollo del medio ambiente el que quedará por este hecho sujeto a una reserva, la cual deberá cumplir con los estándares de determinación y especificidad.

Para ello la Constitución ha utilizado la técnica de una reserva material²³, con ocasión de la regulación de un derecho distinto a aquel sujeto a reserva y con exigencias que exceden a esta, desde el momento que se trata de una reserva calificada, que exige especificidad al Legislador. En la próxima sección se analizarán con algún detalle los ya aludidos elementos del diseño constitucional, argumentándose que desde sus inicios las reservas (materiales) han tenido por objeto hacer improbable intervenciones administrativas sobre derechos y libertades, y que la exigencia de legislar con especificidad, desde el momento que limita el elenco de posibles medidas que pueden ser adoptadas por la Administración en caso de afectación del medio ambiente, puede ser concebida como un mecanismo de protección de los derechos de orden económico respecto de las restricciones que se establezcan para proteger el medio ambiente.

3) LOS ELEMENTOS DEL DISEÑO CONSTITUCIONAL QUE RESGUARDAN LOS DERECHOS DE CONTENIDO ECONÓMICO Y RESTAN EFECTIVIDAD A LA PROTECCIÓN DEL DERECHO A VIVIR EN UN MEDIO AMBIENTE LIBRE DE CONTAMINACIÓN

(3.1) LA RESERVA DE LEY

La doctrina ha señalado que “la reserva de ley es una técnica que, al atribuir al Poder Legislativo la regulación de determinadas materias, impide que los reglamentos administrativos puedan decidir sobre las mismas y, especialmente, regular o intervenir sobre la propiedad y libertad de los ciudadanos”²⁴. De esta manera, resulta posible afirmar que esta orienta el comportamiento de los poderes Legislativo y Ejecutivo. En la medida que la reserva de ley orienta comportamientos, resulta posible argüir que cumple un rol propio de una institución, argumento que se puede corroborar revisando lo que se entiende por una institución.

²³ La idea de reserva material se usa en el sentido clásico que le asignan García de Enterría y Fernández, como materias reservadas a la Ley por la Constitución. Ver GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo / FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón (1992). *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I, Madrid: Civitas, p. 269. Siguiendo a García se puede señalar que lo relevante de estas reservas vendrá dado por los asuntos a los que se aboquen, distinguiendo entre aquellas referidas a derechos fundamentales y las que dicen relación con normas organizadoras de la Constitución, distinción que resulta ineludible en virtud de la herencia e incidencia del binario libertad/propiedad. Ver GARCÍA, Gonzalo (2004) “La reserva legal de Derechos Constitucionales: ¿Poder legislativo contra la administración?” *Colección de investigaciones jurídicas*, Universidad Alberto Hurtado, p. 130.

²⁴ Ver CORDERO, Luis (2006). “Efectos de la reforma constitucional en materia de acceso a la información pública”, p 10. Disponible en <http://www.derecho.uchile.cl/jornadasdp/archivos/Luis%20Cordero%20V.pdf> [fecha de visita: 17 de diciembre de 2010]

En relación a la orientación de comportamientos, asumiendo: (1) que la conducta de los individuos dentro de la sociedad es sensible a las oportunidades e incentivos disponibles por efecto de su situación social, (2) que estas oportunidades e incentivos pueden perfectamente ser modificados para producir una variación en la conducta agregada de los individuos y (3) que también es posible evaluar cuáles patrones agregados de conducta resultan más deseables que otros, Pettit afirma que puede resultar atractivo promover a través del diseño institucional aquellos que se estimen más deseables, modificando las oportunidades e incentivos para los agentes pertinentes²⁵. De esta manera, puede apreciarse como lo propio de las instituciones es orientar comportamientos.

Con todo, pueden aun quedar dudas acerca de cómo se inserta una técnica como la reserva legal en el diseño institucional. Al respecto, puede afirmarse que tradicionalmente el diseñador institucional va a valerse de dos mecanismos para su objetivo de orientar el comportamiento: sanciones o filtros²⁶. Son los segundos los que interesan para los propósitos de este trabajo, en cuanto ellos, a diferencia de las sanciones –que intentan influir sobre la elección afectando los incentivos para los agentes–, están diseñados para influir sobre las oportunidades, procurando asegurar que determinados agentes puedan realizar determinadas elecciones, y no otras, o que en una determinada elección estén disponibles algunas opciones y no otras²⁷. Así, volviendo a la reserva de ley, es evidente que su efecto, en tanto filtro, es privar al Ejecutivo de la opción de establecer discrecionalmente regulaciones en la materia determinada sujeta a reserva. De esta manera, puede apreciarse cómo la reserva de ley puede ser concebida como una herramienta de diseño institucional que, al dejar únicamente a la Ley la regulación de una determinada materia, hace altamente improbable que la discrecionalidad de la Administración pueda intervenir en su regulación.

La idea desarrollada en el párrafo anterior la corroboran los orígenes de la reserva de ley en materia de derechos fundamentales. Ellos se retrotraen al derecho alemán del siglo XIX, en donde el Kaiser detenta un ámbito reservado de atribuciones que justamente abarca todas aquellas que no han sido entregadas a la Ley²⁸. Ante esta situación, Otto Mayer intenta hacer frente a la inexistencia, en la Constitución entonces vigente, de una cláusula general que proteja la libertad y propiedad de los ciuda-

²⁵ PETTIT, Philip (2003). “El diseño institucional y la elección racional”. En Goodin, Robert (comp): *Teoría del diseño institucional*. Barcelona: Gedisa, p. 77.

²⁶ PETTIT (2003) 78-81.

²⁷ PETTIT (2003) 80.

²⁸ Ver BAÑO LEÓN, José María (1991). *Los límites constitucionales de la potestad reglamentaria*. Madrid: Civitas, p. 43.

danos²⁹. Para estos propósitos, muy influido por el intento de aplicación ortodoxa de la separación de poderes en la revolución francesa, utiliza las competencias que la Constitución le atribuye al Bundesrat –el órgano clave de la federación– para que ellas guarden correspondencia con las que aseguren los bienes fundamentales de los ciudadanos, entendiendo por estos la libertad y la propiedad³⁰.

La relevancia de esta función que se le asigna a la reserva (material) de ley puede comprenderse de mejor manera, volviendo al contexto histórico en donde se gesta. Como se señaló en el párrafo anterior, al momento que Mayer idea la reserva de Ley como norma de distribución de competencias entre el Kaiser y el Bundesrat, la Constitución vigente no contiene una cláusula general de protección de la libertad y propiedad de los ciudadanos. Ideada entonces la reserva de ley, ella viene a suplir dicha carencia de la Carta Fundamental, como señala Baño León, ella garantiza la misma función que la declaración de derechos asegura en la Constitución francesa. En razón de lo anterior, para que el poder público pueda intervenir en la vida y patrimonio de los particulares sea necesaria la existencia de una Ley. Fluye de este párrafo el sentido de garantía de la reserva de ley³¹, el que, como veremos, se incorpora en las Constituciones modernas aun cuando ellas (como la nuestra), contengan declaración de derechos.

Ahora bien, una consecuencia necesaria de esta idea es la redefinición del concepto de Ley. Para que sea posible afirmar que el Legislador tiene asignado de manera exclusiva un ámbito de materias, se hace necesario la formulación de un concepto material de Ley³². De acuerdo a este, la Ley es la única norma jurídica que puede constituir derechos e imponer obligaciones³³. Dos son las consecuencias de esto en el derecho público alemán: (1) que los ciudadanos solo pueden ser afectados en sus situaciones o posiciones jurídicas mediante una Ley³⁴ y (2) que los Reglamentos Independientes –aquellos dictados motu proprio, sin que su objeto sea ejecutar una norma anteriormente dictada por el Legislador– solo pueden tener efectos vinculantes al interior de la Administración, sin poder jamás imponer obligaciones o modificar las situaciones activas de los particulares³⁵.

²⁹ BAÑO LEÓN (1991) 43.

³⁰ BAÑO LEÓN (1991) 43.

³¹ El punto también ha sido formulado en nuestra doctrina, ver CORREA (2004), p. 484. [arguyendo que la reserva de ley se vincula, aunque de manera diferente, a las funciones de expresión de voluntad soberana y de garantía para el individuo de la Ley] y FERNANDOIS, Arturo (2001) “La reserva legal: una garantía sustantiva que desaparece”. En *Revista Chilena de Derecho* (Vol. 28 N° 2), pp. 287-298, p. 287 [estableciendo que la reserva de ley es una garantía sustantiva para la persona humana].

³² BAÑO LEÓN (1991) 45.

³³ BAÑO LEÓN (1991) 45.

³⁴ BAÑO LEÓN (1991) 46.

³⁵ BAÑO LEÓN (1991) 46. En contra de la aplicabilidad de esta tesis en el derecho español ver DE OTTO, Ignacio (1991). *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*. Barcelona: Ariel,

Con todo, la reserva de ley para algunos no opera como filtro sobre el elenco de opciones de la Administración solamente, sino que también lo hace respecto del Legislador. Esto, como señala De Otto, lo hace “limitando (al Legislador democrático) su poder para atribuir a la Administración la tarea de regular por sí misma materias determinadas”³⁶. De ahí que con el transcurso del tiempo, la reserva de ley se ha interpretado como una garantía que articula el Legislador democrático con la protección de los derechos fundamentales³⁷. ¿Cómo es esto posible? Entendiendo que, de alguna manera, ella obliga también al Legislador.

Conectando esta cuestión con la disposición constitucional en análisis, podemos señalar que esta, además de hacer imposible que la Administración, en ausencia de autorización legislativa específica previa, intervenga sobre los derechos y libertades de la Constitución Económica, tiene otra consecuencia que dice relación con la distribución de competencias normativas en materia ambiental: impedir que el Legislador democrático, de acuerdo a su mejor juicio y con los conocimientos que pueda recabar durante el propio proceso legislativo, determine dejar a la discrecionalidad de la Administración la determinación de la medida precisa que en consideración a los hechos resulte la más idónea para la protección del medio ambiente. El efecto de esta consecuencia es, lamentablemente, hacer que la regulación constitucional no se condiga con la naturaleza del objeto regulado, en cuanto los fenómenos ambientales son altamente técnicos y dinámicos; razón por la cual se requiere que la administración cuente con el grado de discrecionalidad suficiente como para poder actuar oportunamente en la protección de este bien jurídico.

Hecho este breve repaso por la historia de la reserva de ley, fluye con claridad que la técnica utilizada por el constituyente al regular el establecimiento de restricciones para la protección del medio ambiente, es justamente aquella que desde hace dos siglos se ha utilizado para resguardar la libertad y propiedad de los ciudadanos frente a intervenciones de la Administración. De esta manera, es nítido en el diseño constitucional la intención de reforzar la protección de los derechos de la Constitución Económica, los que, no solo se establecen expresamente dentro del catálogo de derechos fundamentales, sino que además fundamentan el establecimiento de reservas para el desarrollo de aquellos otros derechos que puedan entrar en colisión con ellos, reservas que, además, quedan sujetas

pp. 233-234 [arguyendo que esta teoría se basa en la afirmación que todo lo que excede al ámbito interno de la Administración está reservado por la Constitución a la Ley, por cuanto incide en la libertad y propiedad de los ciudadanos, doctrina que es un claro exponente de interpretación constitucional “basada en una previa toma de postura que no encuentra justificación alguna en el derecho positivo”.

³⁶ DE OTTO (1991) 154.

³⁷ CAZOR, Kamel / PFEFFER, Emilio (2009). “La búsqueda de criterios orientadores en la configuración de potestades normativas en Chile”, en Revista *Ius et Praxis*, Vol. 15, N° 1, p. 207.

a calificaciones, como en este caso lo es la exigencia de legislar con especificidad.

(3.2) LA EXIGENCIA DE LEGISLAR CON ESPECIFICIDAD

Se ha señalado, además, que la del artículo 19 N° 8 inciso 2 es una reserva bastante particular, por cuanto no exige solamente que la materia sea regulada por el Legislador, sino que, además, esto sea hecho satisfaciendo un cierto estándar, el de la determinación y especificidad. De esta manera, vemos que lo que busca el inciso segundo de la citada disposición es hacer improbable lo probable: que el Legislador establezca restricciones no suficientemente específicas a otros derechos, a la hora de dictar legislación para la protección del medio ambiente³⁸.

El efecto que este diseño busca producir es dificultar, por las razones ideológicas analizadas con anterioridad, la aprobación de restricciones a otros derechos por parte de la legislación que desarrolle el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Al respecto, y solo para los efectos de reforzar dicha afirmación, resulta atingente referirse a una doctrina del derecho constitucional comparado, cuyo objetivo –al igual que el de la disposición constitucional en análisis– es establecer que ciertas materias solo pueden ser reguladas, y de una determinada manera, además, por el Legislador.

Se trata de la doctrina *non-delegation*³⁹, la cual solo fue utilizada en dos ocasiones y hace bastante tiempo por la Corte Suprema de Estados Unidos⁴⁰. Ambas ocasiones fueron en el año 1935, cuando en su intento de plasmar el New Deal, el Presidente Franklin Delano Roosevelt y el Congreso dictaron leyes que delegaban en comisiones de carácter público-privado (integradas tanto por personal de los Ministerios sectoriales, como por representantes del sector gremial regulado y sus trabajadores), el establecimiento de reglas, entre las cuales destacaban el de Códigos de Competencia Leal, y sus sanciones. Sin perjuicio de esto, su espíritu aún ronda en la doctrina⁴¹ y en fallos de las Cortes, especialmente en materias

³⁸ Agradezco a Domingo Lovera por hacerme ver este punto. La idea que las instituciones buscan hacer probable lo improbable ha sido esbozada por Atria. Ver, ATRIA, Fernando (2007). “La improbabilidad de la jurisdicción”. En *Foco* N° 091, Expansiva.

³⁹ Esta doctrina no ha sido objeto de mayor atención por parte de nuestra dogmática constitucional. Existen, con todo, excepciones. Ver FERNANDOIS (2001) 288 y GARCÍA, José Francisco / SOTO, Sebastián (2009). “Una mirada económica al diseño constitucional chileno: impacto sobre el proceso legislativo y la acción de los grupos de interés”, en *Ius et Praxis*, Vol.15, N°.1, p. 368.

⁴⁰ Ver, *Panama Refining Co. v. Ryan*, 293 U.S. 388 (1935) y *A.L.A. Schechter Poultry Corp. v. United States*, 295 U.S. 495 (1935).

⁴¹ Ver en general, SCHOENBROD, David (1995). *Power Without Responsibility: How Congress Abuses the People Through Delegation*, New Haven: Yale University Press y ELY, John (1980). *Democracy and Distrust*. Boston: Harvard University Press, pp. 131-134.

relacionadas con el medio ambiente y la regulación de riesgos, aunque solo en votos de minoría de la Corte Suprema de EE.UU.⁴² o en decisiones de las Cortes de Apelaciones⁴³, que no han sido confirmadas.

Esta doctrina, en resumidas cuentas, impone límites sobre la autoridad del Congreso de delegar el Poder Legislativo, en consideración a que la Constitución lo ha reservado al Congreso⁴⁴. Esto lo hace permitiendo la delegación del mencionado poder en agencias regulatorias, solo para aquellos casos en donde la delegación legislativa contiene un estándar o principio inteligible que oriente el ejercicio de la discrecionalidad administrativa de la respectiva agencia⁴⁵.

Como se ha señalado, esta doctrina no ha logrado persuadir a una mayoría de la Corte Suprema desde hace 75 años, ha recibido desde el punto de vista de su aplicabilidad práctica –con razón– varias críticas. Entre estas destacan: que ni la doctrina en si misma⁴⁶ ni su aplicación judicial han sido capaces de establecer la línea divisoria entre una disposición específica y otra vaga⁴⁷ y, desde la lógica del *public choice*, se ha observado que la legislación específica provoca problemas de suyo, a saber, que las facciones son más influyentes precisamente en escenarios en donde se legisla con especificidad⁴⁸.

⁴² Ver voto de minoría del Juez Rehnquist en *Industrial Union Department v. American Petroleum Institute*, 448 U.S. 607 (1980).

⁴³ Ver, *Whitman v. American Trucking Associations, Inc.*, 531 U.S. 457 (2001).

⁴⁴ Ver STONE / SEIDMAN / SUNSTEIN / TUSHNET / KARLAN (2005). *Constitutional Law*. Aspen Publishers, p. 418.

⁴⁵ De acuerdo a la literatura, una de las justificaciones de esta doctrina viene dada por la necesidad de resguardar permanentemente la rendición de cuentas dentro del proceso legislativo. La premisa que se asume, desde una lógica que justifica la revisión judicial de las leyes en el refuerzo de la representatividad dentro del proceso legislativo, es que, en la medida que el Legislador delega completamente una decisión de política pública en una agencia regulatoria o la regula en términos vagos, produciendo el mismo efecto, atenta en contra de la representación que le han conferido sus electores. Ver ELY (1980) 132. En contra de lo anterior, se ha señalado que aun cuando se asuma que nuestros representantes en el Congreso voten por leyes en donde se establecen amplias delegaciones a la discrecionalidad de las agencias regulatorias competentes, estarían presumiblemente rindiéndonos cuentas en las elecciones, por lo que no se entiende de qué manera no estaríamos siendo representados. Ver, MASHAW, Jerry (1985). "Prodelegation: Why Administrators Should Make Political Decisions". *Journal of Law, Economics, & Organization*, Vol. 1, No. 1, pp. 81-100, p. 87.

⁴⁶ Ver, MASHAW (1985) 86.

⁴⁷ El influyente y conservador Juez de la Corte Suprema de Estados Unidos, Antonin Scalia, ha señalado que esta doctrina, dados sus difusos contornos, es imposible de aplicar por las Cortes. Ver, SUNSTEIN, Cass (1999) "Nondelegation Canons". University of Chicago Law School, *John M. Olin Law & Economics Working Paper* N° 82. Disponible en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=179651> or doi:10.2139/ssrn.179651, p 11. [fecha de visita 25 de enero del 2010].

⁴⁸ SUNSTEIN (1999) 13 y en general, ACKERMAN, Bruce / HASSLER, William (1981). *Clean Coal/Dirty Air: or How the Clean Air Act Became a Multibillion-Dollar Bail-Out for High-Sulfur Coal Producers*. New Haven: Yale University Press.

Como se puede observar, de manera similar a como lo hace el artículo 19 N° 8 inciso 2 de la Constitución, la doctrina *non-delegation* también exige algo del Legislador: que, si va a delegar decisiones de política pública en las agencias regulatorias de la Administración, lo haga estableciendo un estándar o principio inteligible que oriente la discrecionalidad del delegado. Ahora bien, existen matices entre una y otra, no es lo mismo exigirle al Legislador la articulación de un principio inteligible que legislar derechamente con especificidad. Aun cuando ambos estándares buscan especificidad en la legislación, el primero tolera más indeterminación que el segundo, desde el momento que el primero no exige que sea la Ley, por sí misma, la que determine las medidas posibles de adoptar por la Administración, más bien su exigencia es que en la Ley se establezca un estándar o principio que acote el contorno de las decisiones susceptibles de adoptar por la Administración.

En suma, sin perjuicio del matiz introducido en el párrafo anterior, puede afirmarse que respecto de la disposición contenida en el inciso segundo del artículo 19 N° 8 son del todo aplicables las críticas que se formulan a la doctrina *non-delegation* y con más fuerza, por cuanto el estándar de la especificidad es aun más exigente que esta doctrina. En efecto y no obstante su literalidad, resulta extremadamente difícil para la doctrina y la jurisprudencia determinar la línea divisoria entre lo que es específico y lo que no lo es. Resolver este dilema mediante la exigencia que todas las atribuciones que se le entreguen a la Administración en la materia no solo sean expresas, sino que, más aun, explícitas; que abarquen todo el elenco de situaciones susceptibles de ser reguladas, parece complicar todavía más las cosas. En lo que a la jurisprudencia concierne, como paradigmáticamente lo ilustran las sentencias Rol 185 y 325, esta exigencia ha generado un problema que, hasta el momento, el Tribunal Constitucional no ha sabido resolver⁴⁹.

Es también plenamente aplicable, a su vez, la crítica relativa al aumento de la influencia de las facciones en aquellos supuestos en donde se exige legislar con mayor especificidad; en la medida que el propio Legislador resuelve cuáles restricciones precisas va a establecer para la protección

⁴⁹ Ambos fallos dicen relación con la restricción vehicular. El primero, declaró, en control preventivo, inconstitucional una disposición en el proyecto de Ley sobre Bases Generales de Medio Ambiente que facultaba a la Administración a decretar la restricción vehicular, por considerar el Tribunal que no era la Ley la que establecía específicamente la restricción. El segundo, en tanto, se pronunció respecto de un requerimiento en contra de un Decreto Supremo que amplió la restricción vehicular para autos con convertidor catalítico, y declaró la constitucionalidad de la regulación, fundando su pronunciamiento en la ponderación del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación por sobre el de propiedad para este –y solo para este– caso concreto. Ver TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE, sentencia de 28 de febrero de 1994, Rol 185 y TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE, sentencia de 26 de junio de 2001, Rol 325.

del medio ambiente, también resuelve, al mismo tiempo, cuáles serán las actividades económicas precisas que deberán soportar esas restricciones. Qué mejor ejemplo para esto que el artículo 10 de la Ley 19.300, sobre Bases Generales de Medio Ambiente. Dicha disposición enumera taxativamente, aunque con mayor o menor determinación, aquellas actividades que deben someterse al sistema de evaluación de impacto ambiental. La obligación de someterse a dicho sistema, sea a través de una Declaración de Impacto Ambiental y sobre todo a través de un Estudio de Impacto Ambiental, acarrea costos económicos para el desarrollo de todas las actividades enumeradas en esa disposición. De forma tal que, en la medida que una determinada actividad económica queda fuera de esa enumeración, menores son los costos que irroga su realización.

De esta forma y analizado desde la óptica de la protección del medio ambiente, podría afirmarse, a primera vista, que parece bueno que se establezcan taxativamente, de manera específica, las actividades que deberán asumir el costo económico de someterse al sistema de evaluación de impacto ambiental. Sin embargo, no debe perderse de vista que la exigencia de especificidad establecida en la regla constitucional, potencia un incentivo de los agentes económicos potencialmente sujetos a restricciones para la protección del medio ambiente: el de tratar de quedar fuera o exentos de las exigencias que para este propósito se formulan en la Ley. Es mucho más probable que exista dicho incentivo cuando, como en este caso, la decisión legislativa debe ser específica; si pudiese ser genérica, todos los agentes económicos podrían potencialmente ser alcanzados a futuro por la regulación administrativa que concretara la restricción establecida por el Legislador. Así, debiendo las restricciones ser específicas, aquellos agentes económicos que logren durante el proceso legislativo quedar fuera de la enumeración taxativa que se establezca en la Ley, se aseguran que no podrán, en ningún supuesto, ser alcanzados por la restricción.

El recientemente descrito incentivo de los agentes económicos se refuerza además por otro elemento. Desde el momento que es la Ley y no la potestad reglamentaria la que debe establecer las limitaciones, entran a tallar las características de una y otra norma. Dentro de estas, la que resulta pertinente analizar es la relativa a su mutabilidad. Vistas las cosas desde este último prisma, puede evidenciarse que mientras que para dejar sin efecto una potencial limitación establecida en una norma reglamentaria solo se requiere que la propia Administración derogue o modifique el respectivo Acto Administrativo, aquella limitación establecida en un artículo de una Ley va a requerir, en cambio, que esa Ley sea modificada o derogada, lo que evidentemente es más difícil que la primera hipótesis.

En suma, la exigencia de legislar con especificidad somete al control judicial de las determinaciones legislativas, que establecen restricciones a otros derechos, a un estándar sumamente difícil de manejar. Además, como se ha visto, aumenta la influencia de las facciones en el proceso

legislativo, por cuanto genera fuertes incentivos para finalmente quedar excluido o exento de la regla que establece la limitación; incentivos que para una efectiva protección del medio ambiente son absolutamente perversos. De esta manera, puede afirmarse que, no obstante el hecho que el inciso 2 del artículo 19 N° 8 otorga a la protección del medio ambiente el carácter de título justificante para el establecimiento de restricciones a otros derechos, esa determinación en principio abiertamente protectora del medio ambiente, se relativiza bastante, lamentablemente, por la consiguiente exigencia de especificidad, en consideración a todos los efectos de esta que acaban de ser analizados.

CONCLUSIONES

A lo largo de esta investigación se ha intentando demostrar que en el diseño constitucional, la protección del medio ambiente, a través del establecimiento de restricciones a otros derechos queda subordinada al aseguramiento de la protección de los derechos de orden económico. Esto no es casual, sino que por el contrario, es perfectamente coherente con la vigorosa protección que en el propio texto constitucional reciben los derechos de este orden. Así, analizado en concordancia con la ideología que inspira a la Constitución en materia de regulación económica, el objetivo del diseño constitucional, contrariamente a lo que la doctrina al respecto ha señalado, es dificultar una efectiva protección del medio ambiente o, puesto en términos más precisos, que una efectiva protección del medio ambiente pueda afectar la de los derechos de orden económico.

Para ello, haciendo eco del ideario Hayekiano en torno a la regulación estatal, no solo reserva a la ley el establecimiento de restricciones para la protección del medio ambiente, sino que además exige de esta que sea específica en torno a aquellas. De esta manera, se evita que las regulaciones a las actividades económicas necesarias para la protección del medio ambiente se hagan mediante reglas específicas –en términos de Hayek– y, por tanto, susceptibles a la discrecionalidad administrativa del regulador de turno.

De ahí que, en el entendido que no es muy probable que pronto vayamos a tener una reforma constitucional en la materia, resulte fundamental no pedirle al artículo 19 N° 8 inciso 2 más de lo que ya dispone. Como se ha visto, la citada disposición impide que el Legislador reenvíe a la Administración la determinación de la medida precisa a aplicar para preservar el medio ambiente. Eso, desde el momento que le resta efectividad a la protección del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, constituye un resguardo para los derechos de contenido económico de las restricciones que el Legislador establezca para la protección del medio ambiente.

Es por ello que si lo que se pretende es que el derecho contenido en el artículo 19 N° 8 tenga alguna utilidad, no puede interpretarse su inciso segundo en el sentido que la especificidad no solo exige el establecimiento de la restricción precisa, sino que además la determinación de todos los eventuales casos en los que esa restricción se podrá aplicar. De entenderse que la aludida disposición demanda también la exigencia recientemente formulada, su sentido únicamente sería proteger los derechos de la constitución económica de las restricciones que a estos se establezcan para proteger el medio ambiente, perdiendo así toda relevancia práctica para efectos de proteger el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación.

BIBLIOGRAFÍA

- ACKERMAN, Bruce / HASSLER, William (1981). *Clean Coal/Dirty Air: or How the Clean Air Act Became a Multibillion-Dollar Bail-Out for High-Sulfur Coal Producers*. New Haven: *Yale University Press*.
- ALDUNATE, Eduardo (2008). *Derechos Fundamentales*, Santiago: LexisNexis.
- ATRIA, Fernando (2007). “La improbabilidad de la jurisdicción”. En *Foco* N° 091, Expansiva.
- BAUER, Carl (2002). *Contra la corriente. Privatización, mercados de agua y el estado en Chile*. Santiago: Lom Ediciones/Fundación Terram.
- BAÑO LEÓN, José María (1991). *Los límites constitucionales de la potestad reglamentaria*. Madrid: Civitas.
- BERMÚDEZ, Jorge (2007). *Fundamentos de Derecho Ambiental*. Valparaíso: Ediciones Universitarias de Valparaíso.
- BORDALÍ, Andrés (1998). “Constitución Económica y Protección del Medio Ambiente”. *Revista de Derecho*. Vol. 9, pp. 43-54. Disponible en: <http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09501998000100006&lng=es&nrm=iso>. ISSN 0718-0950. [fecha de visita 18 de enero de 2010]
- CAZOR, Kamel / PFEFFER, Emilio (2009). “La búsqueda de criterios orientadores en la configuración de potestades normativas en Chile”, en *Revista Ius et Praxis*, Vol. 15, N° 1.
- CEA, José Luis (1988). “La Constitución plena”. En él mismo: *Tratado de la Constitución de 1980*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- CEA, José Luis (2004). *Derecho Constitucional Chileno*, Tomo II, Ediciones Universidad Católica de Chile.
- CORDERO, Luis (2006). “Efectos de la reforma constitucional en materia de acceso a la información pública”. Disponible

- en <http://www.derecho.uchile.cl/jornadasdp/archivos/Luis%20Cordero%20V.pdf> [fecha de visita: 17 de diciembre de 2010]
- CORREA, Rodrigo (2004). "Tribunal Constitucional". En *Revista de Derecho, Universidad Adolfo Ibáñez*, pp. 485-486.
 - DE OTTO, Ignacio (1991). *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*. Barcelona: Ariel.
 - ELY, John (1980). *Democracy and Distrust*. Boston: Harvard University Press.
 - EVANS, Enrique (1986). *Los Derechos Constitucionales*. Tomo II, Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
 - FERNANDOIS, Arturo (2001). "La reserva legal: una garantía sustantiva que desaparece". En *Revista Chilena de Derecho*, vol. 28, N° 2, pp. 287-298.
 - GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo / FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón (1992). *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I, Madrid: Civitas.
 - GARCÍA, Gonzalo (2004) "La reserva legal de Derechos Constitucionales: ¿Poder legislativo contra la administración?". *Colección de investigaciones jurídicas*, Universidad Alberto Hurtado.
 - GARCÍA, José Francisco / SOTO, Sebastián (2009). "Una mirada económica al diseño constitucional chileno: impacto sobre el proceso legislativo y la acción de los grupos de interés", en *Ius et Praxis*, vol. 15, n°1.
 - LAVÍN, Julio (1993). "Constitución y Ley General del Medio Ambiente". En *Ambiente y Desarrollo*, marzo 1993, p 15. Disponible en http://www.cipma.cl/Revista_Ambiente_y_Desarrollo.asp. [fecha de visita 22 de enero de 2010]
 - LAVÍN, Julio (1998) "Legislación restrictiva de derechos y libertades para proteger el medio ambiente". En *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 25, N° 1, pp. 175- 203.
 - MASHAW, Jerry (1985). "Prodelegation: Why Administrators Should Make Political Decisions". *Journal of Law, Economics, & Organization*, Vol. 1, N° 1, pp. 81-100.
 - PÉREZ, María de los Ángeles (1993). "Normas de calidad ambiental. Algunas consideraciones constitucionales y legales". En del Fávero, Gabriel / Katz, Ricardo (Eds): *Medio Ambiente en Desarrollo*. Santiago: Centro de Estudios Públicos.
 - PETTIT, Philip (2003). "El diseño institucional y la elección racional". En GOODIN, Robert (comp): *Teoría del diseño institucional*. Barcelona: Gedisa.
 - SCHOENBROD, David (1995). *Power Without Responsibility: How Congress Abuses the People Through Delegation*, New Haven: Yale University Press.
 - STONE / SEIDMAN / SUNSTEIN / TUSHNET / KARLAN (2005). *Constitutional Law*. Aspen Publishers, p. 418.

- SUNSTEIN, Cass (1999). “Nondelegation Canons”. University of Chicago Law School, *John M. Olin Law & Economics Working Paper*, No. 82. Disponible <http://ssrn.com/abstract=179651> or doi:10.2139/ssrn.179651, p 11. [fecha de visita 25 de enero del 2010]