

Tomás Menchaca O.

Presidente del H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

Chile

## La Constitución Económica

*María Pía Silva Gallinato y Miriam Henríquez.*

*Editorial Legal Publishing, 2015, Santiago, 342 páginas.*

Fui invitado a participar en la presentación de este libro, que reúne los trabajos de un grupo de profesoras de Derecho Público sobre temas de la mayor relevancia, en materias que dicen relación con las garantías constitucionales referidas al orden público económico, y que trata asimismo de la relación entre las garantías propiamente económicas y otras que tienen también un importante contenido económico, las que por lo mismo deben analizarse considerando también sus efectos en la economía.

En un año en que soplan vientos de cambio en materia constitucional, es de extraordinaria relevancia para nuestro medio jurídico recordar la importancia de resguardar las garantías constitucionales relativas al Orden Público Económico.

Es un hecho, a mi juicio evidente, que la garantía constitucional de estos derechos, y su permanente protección por nuestros tribunales, han sido fundamentales para lograr el enorme desarrollo económico que ha tenido nuestro país en las últimas décadas. También lo es que la incertidumbre respecto al hecho de si se seguirán protegiendo con igual vigor en el contexto de una eventual reforma constitucional es un factor que puede ayudar a detener tal desarrollo.

El libro que comento comienza con un interesante trabajo de doña Nicole Nehme, que parte reconociendo la gran importancia que tuvo para nuestro desarrollo económico la protección de las garantías económicas de propiedad, libertad económica, acceso a bienes y no discriminación, y las acciones cautelares que contribuyeron a su protección.

Pero luego reconoce también los desafíos que implica para los operadores del derecho aquello que algunos han venido en denominar “activismo judicial”, unido a la mayor exigencia –por la sociedad civil– de calidad en la cobertura de lo básico, de una mayor transparencia, una mayor equidad y una más efectiva represión de los abusos y otras distorsiones del mercado.

Luego de hacer este diagnóstico, la autora da varios ejemplos que muestran cómo la dictación –o reinterpretación– de normas de contenido económico ha cambiado en la última década.

Parte con los complejos y muy conocidos casos medioambientales, en que, señala la autora: *“la judicatura ha evolucionado en su análisis de las normas medioambientales y la forma como se da cumplimiento a ellas. De una mirada formal, ha pasado a tener una mirada sustantiva”*.

Nos recuerda casos en que, de hecho, la decisión acerca de la aprobación de proyectos de inversión en actividades mineras o de generación eléctrica –en todas sus fuentes– ha salido de las manos de la autoridad

técnica y en los hechos ha pasado a las de la Excm. Corte Suprema que, desde una mirada formal, ha pasado a tener una mirada sustantiva, con un rol activo en la aplicación e interpretación de las normas, que son, en muchos casos, de textura abierta.

Lo anterior importa serios riesgos desde el punto de vista de la certeza jurídica y ha pasado a las de la Corte Suprema. la autoridad tde la certeza jurídica. De una mirada formal, ha pasado a tener una mirada jurídica, pero al mismo tiempo muestra una nueva realidad que debe ser considerada por los agentes económicos y por los operadores del derecho al momento de desarrollar proyectos de inversión.

Continúa la autora recordando diversos ejemplos de esta nueva realidad en un importante número de casos medioambientales, en que los tribunales, cuando han estimado que las empresas no han estado a la altura de lo que les exige la comunidad o de la protección del derecho fundamental de las personas a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, buscan la forma jurídica de sancionarlas.

Luego analiza lo que ha ocurrido en el mercado financiero, en la protección de la libre competencia y en el derecho del consumidor, llamando a los operadores del derecho a reconocer la existencia de nuevas necesidades y de controversias más complejas, que han requerido la creación de organismos nuevos, como el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia y la Superintendencia de Medio Ambiente, o de dotar de nuevas atribuciones a los ya existentes, como la Fiscalía Nacional Económica.

Nos recuerda las nuevas exigencias que tiene la empresa y el Estado en el Chile del Siglo XXI, avanzando ambos en lograr una mayor legitimidad, inyectando –dice la autora– una mayor sensibilidad al sistema, a la política, a los mercados y a la regulación. Es decir, nos recuerda que es necesario ir más allá de los límites formales de la ley y que debemos preocuparnos de cumplirla de modo sustantivo y de acuerdo a su espíritu, y más aún, agregó yo, de cumplir la exigencia moral, que es muy superior al mínimo ético que exige el Derecho.

Continúa el libro que comentamos con el profundo análisis que efectúa la Ministra del Tribunal Constitucional, doña Marisol Peña, acerca de la ineludible necesidad de regular los principios fundamentales de la economía en la Constitución del Siglo XXI. La autora nos recuerda la evolución de las constituciones que, desde un origen en que tuvieron el claro propósito de limitar el poder excesivo del Estado y garantizar los denominados “*derechos de primera generación*”, han pasado a ser constituciones que establecen principios fundamentales, entre otras materias en la económica, siendo esta una de las dimensiones importantes de las constituciones modernas, debiendo establecerse en ellas, al menos, una cierta definición del sistema económico, del ámbito de actuación del Estado en la vida empresarial y de las garantías constitucionales en el ámbito económico.

Nos recuerda, asimismo, que las constituciones modernas, que suelen estar asociadas al estado social y democrático de derecho, hoy son concebidas como normas jurídicas directamente vinculantes y de textura abierta, explicando diversos ejemplos jurisprudenciales al efecto.

Luego nos encontramos con el interesante trabajo de la profesora Henríquez Viñas, que nos recuerda los diversos problemas y dilemas que plantea la potestad normativa de ciertos entes públicos autónomos, que exceden de una mera delegación de facultades de la Potestad Reglamentaria del Presidente de la República, y que no tiene un claro fundamento constitucional, salvo en cuanto a la referencia indirecta que hace nuestra carta fundamental a los acuerdos del Banco Central.

Dicha potestad reglamentaria es una realidad y también lo es que las circulares y acuerdos establecen obligaciones y derechos sin estar sujetos al control previo de legalidad de la Contraloría General de la República. Por ello, pone en duda su constitucionalidad cuando se emplea para regular materias económicas en contravención a la reserva legal.

A continuación pasaré a referirme a dos principios que son tratados desde distintos puntos de vista en diversos trabajos; los de subsidiariedad y de solidaridad.

Las autoras Zuñiga-Fajuri y Ovalle reconocen que el principio de subsidiariedad debe ser entendido tanto en un sentido negativo –la prohibición al Estado de entrometerse en actividades propias de los particulares cuando estos quieren y pueden desarrollarlas– como en su sentido positivo, que implica que el Estado, en virtud de ese mismo rol subsidiario, debe actuar en subsidio en aquellas actividades que, siendo necesarias para el bien común, no son desarrolladas adecuadamente por los particulares.

Este principio tiene por lo tanto una dimensión en virtud de la cual el Estado, en cuanto garante del bien común, debe actuar para garantizar –en la mayor medida posible, dados los recursos escasos de que se dispone–, que se vean satisfechas las necesidades fundamentales de las personas, por ejemplo en materia de educación, salud o vivienda, cuando estas no pueden satisfacerlas por sí solas, pero solo en ese caso y respecto de dichas personas. Por eso se dice que, en estos casos, actúa en subsidio.

Por su parte, la autora Katerine Becerra se refiere al principio de solidaridad, sus orígenes y bases teóricas y conceptuales.

A lo largo de las páginas de este libro se ve un interesante debate sobre la aplicación en Chile de los principios de subsidiariedad y de solidaridad. No cabe la menor duda que ambos son principios rectores de la ética social y económica y que no son contradictorios sino complementarios, y así lo ha reconocido muy claramente la doctrina social de la iglesia.

Sin embargo, nos queda preguntarnos cómo deben reconocerse estos principios y que es lo que debe protegerse a nivel constitucional y legal.

¿Cuál es el rol del Estado en cuanto garante del bien común en el logro de estos importantes principios?  
¿Cuál el rol de los particulares?

A mi juicio muy sabiamente, nuestra Constitución Política reconoce el principio de subsidiariedad en materia económica (aunque hay autores que discuten que lo haga). A través de la aplicación adecuada de dicho principio, el Estado, actuando en subsidio, debe preocuparse de crear una auténtica igualdad de oportunidades, dando acceso a todas las personas a aquellos bienes económicos, sociales y culturales necesarios para su desarrollo y el cumplimiento de sus fines existenciales. Esa es la forma como el Estado es solidario.

Nos queda preguntarnos acerca de cuál es la forma en que los particulares nos vemos jurídicamente obligados a ser solidarios, más allá de nuestra obligación moral.

La respuesta nos la recuerda la autora María Pía Silva; a través del establecimiento, incluso a nivel constitucional, de nuestra obligación al pago de impuestos, que gravan de mayor manera a los que tienen mayores ingresos y se utilizan principalmente para fines de gasto social, es decir se destinan principalmente a los que menos impuestos pagan, y eso es justo precisamente porque es solidario.

También se garantiza la solidaridad, por ejemplo, entre las regiones más ricas y más pobres, a través del establecimiento, también a nivel constitucional, del principio de no afectación de los tributos, que deben ir a fondos generales de la nación. El Estado debe repartirlos no considerando su origen, sino las necesidades a ser cubiertas para el logro del bien común, las que, igual que en el caso de los impuestos, serán mayores en las regiones que menos aportan.

Pero también hay que recordar que la exigencia de solidaridad es esencialmente una exigencia moral, tanto para el Estado como para los particulares; obligación moral para el logro de la justicia social que debe ir mucho más allá de la obligación legal y es por ello que, junto al Estado, existen numerosas obras de beneficencia privadas y existen cada vez más claras exigencias de responsabilidad social empresarial. El Estado puede incentivar tal solidaridad, también en virtud de su rol subsidiario, de diversas formas, por ejemplo con educación y con incentivos que la premien.

La profesora Becerra nos recuerda el carácter esencialmente moral de la solidaridad citando a Durkheim, quien señala que *“la solidaridad es la esencia misma de la moralidad, el ideal moral, puesto que conjugaría la autonomía personal con la integración social”* y, citando a Pérez Moreno, que indica que solidaridad *“significa asumir como propio el interés de un tercero, identificarse con él, hacerse cómplice de los intereses, desvelos e inquietudes de ese otro ser humano”*.

Parece evidente que hay que garantizar el acceso a niveles de salud y previsión adecuados, y que el Estado debe hacerlo en virtud de su rol subsidiario. También lo es que todos debemos ayudar a financiar esa labor en la medida de nuestras posibilidades. Sin embargo, a mi juicio, establecer la obligación de un aporte denominado solidario respecto de las cotizaciones de salud o previsión, convertiría tal aporte en un verdadero impuesto.

Es por todo ello que una interpretación sistemática del principio de subsidiariedad, acorde al conjunto de principios, valores y disposiciones constitucionales, integra en nuestro ordenamiento jurídico a la solidaridad como principio rector del orden social.

Relacionado con lo anterior, nos encontramos también con un excelente trabajo sobre *“Proporcionalidad y Justicia: Parámetros a los que debe ajustarse el legislador al establecer los tributos”*, de doña María Pía Silva, quien intenta analizar la forma cómo debería protegerse la prohibición al legislador de establecer tributos manifiestamente desproporcionados e injustos.

El trabajo analiza, luego de reconocer el principio de legalidad en materia tributaria y la exigencia de igualdad en la repartición de los tributos que exige el inciso primero del artículo 19 N° 20 de la Constitución, el límite que nuestra Carta Fundamental impone al legislador al establecer tributos: la razonabilidad y proporcionalidad, al impedir al legislador establecer tributos manifiestamente desproporcionados o injustos, efectuando un completo análisis del significado y alcances de tal prohibición y de la posibilidad de que ella sea controlada por el Tribunal Constitucional.

Luego, al referirse a ejemplos jurisprudenciales de manifestaciones de esta desproporción e injusticia, nos recuerda la sentencia rol 1951, de 2012, en que el Tribunal Constitucional declaró inconstitucional la norma del artículo 53 inciso tercero del Código Tributario, que establece el interés penal tributario, en la que, sin entrar a calificar la naturaleza jurídica de tal interés, sostuvo que su aplicación al caso concreto violaba el artículo 19 N° 2 de la Carta Fundamental, sobre igualdad ante la ley, por ser desproporcionado,

injusto y abusivo, sin señalar que se trataba de un tributo ni que se estuviera aplicando el artículo 19 N° 20 inciso 2° de dicha Carta.

Posteriormente, en una sentencia posterior, a mi juicio poco clara, el mismo Tribunal declaró que el referido interés penal debe ser considerado un tributo, estimando que el estándar para determinar la igualdad en materia tributaria se encuentra en la norma del artículo 19 N° 20 inciso 2° de la Constitución, que no fue invocada por los recurrentes, y rechazó el requerimiento porque el referido interés no se trataría de una cláusula penal enorme y porque tendría razonabilidad económica, al estar configurado sobre la regla del mercado.

Es, a mi juicio, claro que, en general, el interés no es un tributo; es, en sentido económico, el precio del crédito. Por ello, cuando un interés penal moratorio excede de una razonable remuneración por el hecho de que la suma adeudada no haya estado en poder de su legítimo dueño por un tiempo, como ocurre con los créditos privados cuando están en mora, el legislador le quiso poner un límite al cobro de tal interés si es abusivo o usurario, y consideró ilegal e incluso susceptible de sanción penal el interés que exceda del interés corriente –que es el de mercado– más un 50%.

Si de lo que estamos hablando es de un interés moratorio, a mi juicio debiera aplicarse la misma regla al Estado, por lo que estimo acertada la decisión del año 2012 antes citada, pues la norma que permite al Estado cobrar un interés moratorio –no un tributo– que si fuera cobrado por un particular sería ilegal y delito, podría afectar la garantía constitucional de igualdad ante la ley.

Pero en el caso de un interés penal tributario que excede enormemente el interés máximo convencional, también en los hechos puede verse afectado el derecho del contribuyente a defenderse judicialmente de las decisiones de la autoridad, pues la demora de un juicio, que en buena medida no es responsabilidad del contribuyente, lleva a aumentar en varias veces su deuda tributaria original, lo que puede obligarlo a pagar la deuda tributaria establecida por el Servicio de Impuestos Internos, aunque esté convencido que legalmente no corresponde hacerlo. Lo anterior, implica una frustración a la tutela judicial efectiva y, por cierto, no se conforma con un procedimiento racional y justo, derechos ambos, garantizados por el artículo 19 N° 3 de nuestra Carta Fundamental.

Nos encontramos luego con interesantes artículos que hacen referencia a un problema candente a nivel mundial; el que dice relación con el moderno concepto del desarrollo sustentable, que surge principalmente en la Convención de Río de 1992, y que consiste en tener un desarrollo económico que no olvide la necesidad de resguardar nuestros recursos limitados para las necesidades de las generaciones futuras.

El logro de este objetivo y de detener el actual deterioro del planeta es una preocupación que debe ser de todos, y que no es monopolizada por los denominados ecologistas, sino que ocupa a toda persona sensata y bien informada al respecto, como a economistas de la talla de Jeffrey Sachs, o al mismo papa Francisco, quien se refiere a este tema en su última encíclica *Laudato Si*, *Sobre el Cuidado de la Casa Común*, en la que indica que la tierra “*clama por el daño que le provocamos a causa del uso irresponsable de los bienes que Dios ha puesto en ella*”. En lo que puede haber diferencias de opinión es en la mejor forma de proteger nuestros recursos naturales cada vez más escasos.

Los economistas nos señalan que el establecimiento de derechos de propiedad puede ser una buena solución a la denominada tragedia de los comunes, que nos recuerda el hecho de que los recursos comunes, precisamente porque no tienen un dueño que se ocupe de cuidarlos, suelen ser rápidamente destruidos; eso es lo que ha pasado con los recursos pesqueros a nivel mundial, y especialmente en aguas internacionales, en que, como nos recuerda la autora, es necesaria una mayor solidaridad entre los Estados para el cuidado de los recursos naturales; es lo que ha pasado también con muchas especies de biodiversidad y animales salvajes. También nos lo recuerda Santo Tomás cuando señala, entre las diversas justificaciones para la existencia de la propiedad privada, que las personas ponen más cuidado en las cosas propias; que las que no son de nadie, nadie las cuida. De hecho, en África hay países que prohíben la caza de animales salvajes y otros que la permiten, pero estrictamente regulada, estableciendo derechos de propiedad sobre los animales; adivinen en cuáles el peligro de extinción es menor; adivinen por qué las vacas no tienen tal peligro.

Pero también existen recursos que, cuando se han entregado en propiedad sin una adecuada regulación y especialmente sin una fiscalización efectiva de dicha regulación, han sido depredados, como ha ocurrido con millones de hectáreas de bosque nativo.

Por eso el problema del cuidado del planeta requiere de soluciones técnicamente eficientes, que logren el objetivo imperioso y cada vez más urgente de cuidar nuestra casa, a fin de que nuestros hijos puedan gozar de las maravillas de la naturaleza que nosotros hemos alcanzado a conocer, pero más aún, para que tengan un mundo que les permita vivir; el problema del calentamiento global es mucho más grave de lo que suele creerse y requiere soluciones urgentes que permitan compatibilizar la necesidad del desarrollo económico con la posibilidad de que ese desarrollo económico se mantenga sustentablemente en el tiempo, y alcance a toda la sociedad.

Al respecto, nos encontramos con el artículo de doña Carolina Salas: *“Constitución económica y recursos naturales: de la función social a la función ecológica de la propiedad”*; por su parte doña Andrea Lucas se refiere a *“Los recursos naturales y el Estado: Reconciliando derechos y deberes bajo el prisma del desarrollo sustentable”* y doña Amaya Álvez a *“El agua como parte de nuestro catálogo de derechos fundamentales: La compatibilidad del modelo de mercado con los derechos indígenas”*.

Nos encontramos luego con un artículo sobre el importante tema de la descentralización en nuestro país y los problemas que ha tenido, de doña Cecilia Rosales; dos muy interesantes artículos respecto al derecho de propiedad y sus limitaciones, y la necesidad o no de indemnizarlas, de las profesoras Viviana y Sandra Ponce de León, y por último un análisis crítico, efectuado por doña Ana María García, de la jurisprudencia del recurso de amparo económico, que en los últimos años ha sido oscilante, especialmente en la definición sobre si ampara lo dispuesto en ambos incisos del artículo 19 N° 21 de la Constitución Política o solo la libertad frente al Estado Empresario, por lo que propone la urgente modificación de la ley que regula esta acción constitucional.

Luego de esta breve reseña, puedo señalarles que he disfrutado leyendo este interesantísimo libro. Si bien no estuve siempre de acuerdo con las autoras, las que también disienten entre sí en algunas materias, todos los artículos me llevaron a reflexionar en materias de suyo interesantes y de gran actualidad, analizadas desde diversas perspectivas, con gran profundidad y en un estilo ágil y fácil de seguir.

Espero que ustedes puedan también disfrutar de su lectura y esta les permita pensar sobre las diversas e importantes materias que en él son tratadas.