

# El largo camino hacia la democracia: el neoliberalismo autoritario en la Constitución Económica chilena\*\*\*\*

## The Long Road to Democracy: Authoritarian Neoliberalism in the Chilean Economic Constitution

### RESUMEN

El artículo postula que la Constitución Económica chilena puede ser entendida como un proyecto “neoliberal autoritario”. Para ello, comienza elucidando, por medio de una delineación genealógica, los alcances de este concepto. Se afirma que, para su mejor comprensión, debe acudir al concepto de “liberalismo autoritario” acuñado por Heller para caracterizar el régimen político de la República de Weimar. Luego, el artículo ofrece una descripción del concepto de Constitución Económica, mostrando que, en su devenir, se ha alejado de su significado original, cuyo propósito nuclear era ejercer un control democrático sobre la economía. En tercer lugar, se escruta críticamente la estructura de la Constitución Económica chilena, argumentando que consagra un proyecto neoliberal, tanto por medio del reconocimiento constitucional de sus postulados fundamentales como mediante una serie de restricciones a la democracia, que la dotan así de un carácter autoritario. En cuarto y último lugar, se afirma que, con el fin de rescatar la intención original del concepto de Constitución Económica, Chile debe transitar hacia una

\* Abogado, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Magíster en Estudios Filosóficos, Universidad Alberto Hurtado. Doctor en Derecho, Universidad de Deusto, Chile. Profesor titular, Universidad de Valparaíso. Contacto: christian.viera@uv.cl. ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-8442-2491>

\*\* Abogado, Universidad de Chile, LL. M. London School of Economics and Political Science, Chile. Contacto: [ggarciacampo@gmail.com](mailto:ggarciacampo@gmail.com). ORCID ID: 0000-0002-5588-0987

\*\*\* Recibido el 19 de octubre de 2020, aprobado el 18 de septiembre de 2023.

\*\*\*\* Este trabajo forma parte del Proyecto Fondecyt de Iniciación n.º 11190492 titulado “La Constitución Económica chilena y algunos desafíos políticos y sociales” del cual Viera es investigador responsable y García-Campo es personal técnico.

Para citar el artículo: Viera Álvarez, C. y García-Campo Almendros, G. “El largo camino hacia la democracia: el neoliberalismo autoritario en la Constitución Económica chilena”, en *Revista Derecho del Estado*, Universidad Externado de Colombia, n.º 58, enero-abril de 2024, 389-422.

DOI: <https://doi.org/10.18601/01229893.n58.14>

arquitectura institucional, en este ámbito, de carácter social y democrático. Se ofrecen, para terminar, algunas características fundamentales de las que debería estar provista para cumplir tal objetivo.

#### PALABRAS CLAVE

Neoliberalismo autoritario, Constitución Económica, Constitución social y democrática.

#### ABSTRACT

The article argues that the Chilean Economic Constitution can be understood as an “authoritarian neoliberal” project. To do this, it begins by elucidating, through a genealogical delineation, the scope of this concept. It is asserted that, for a better understanding, one should turn to the concept of “authoritarian liberalism”, coined by Heller to characterize the political regime of the Weimar Republic. Then, the article provides a description of the concept of the Economic Constitution, showing that over time it has moved away from its original meaning, whose core purpose was to exercise democratic control over the economy. Thirdly, the structure of the Chilean Economic Constitution is critically examined, arguing that it enshrines a neoliberal project, both through the constitutional recognition of its fundamental tenets and through a series of restrictions on democracy, thus endowing it with an authoritarian character. In fourth and final place, it is asserted that, in order to reclaim the original intent of the concept of the Economic Constitution, Chile must transition towards an institutional architecture in this realm that is social and democratic in nature. To conclude, some fundamental characteristics that it should possess to achieve this goal are offered.

#### KEYWORDS

Authoritarian neoliberalism, Economic Constitution, Social and democratic Constitution.

#### SUMARIO

Introducción. 1. Liberalismo autoritario y neoliberalismo autoritario. 1.1. El liberalismo autoritario y la crisis de la República de Weimar. 1.2. Neoliberalismo autoritario. Un intento de caracterización. 1.2.1. Sobre el carácter autoritario. 1.2.2. Sobre el carácter neoliberal. 2. El concepto de Constitución Económica. 3. El proyecto neoliberal autoritario y la Constitución Económica chilena. 3.1. El principio de subsidiariedad: una interpretación parcial. 4. El

Estado empresario y el derecho de propiedad. 5. Comentarios finales: hacia una Constitución Económica social y democrática. 5.1. El rol de la interpretación constitucional. 5.2. Hacia una restitución de la política. 5.3. La recuperación del interés público y la justicia social. Referencias

## INTRODUCCIÓN

Parece difícil negar que nos encontramos inmersos en un contexto de crisis, tanto nacional como global. En el plano internacional, a la crisis financiera de 2008 se suma la crisis provocada por el cambio climático, las crisis de representación que han llevado a reordenamientos políticos significativos (piénsese, a modo ejemplar, en el Brexit) y, durante el año 2020, la crisis global provocada por la propagación del covid-19 (SARS-CoV-2, por sus siglas en inglés). Tres años después de la erupción del virus, son muchas las economías que adolecen de altas cifras de inflación y los ordenamientos políticos que ven crecer la desafección por la democracia. En Chile, a los duros efectos que ha provocado el contagio del virus se suman el cuestionamiento profundo de los cimientos del orden sociopolítico y económico desplegado con fuerza y extensión nacional a contar de octubre de 2019. Durante los años 2021 y 2022 se llevó a cabo un proceso deliberativo y con representación de diversas fuerzas sociales para dictar una nueva Constitución Política, que fue rechazada por una gran mayoría de la población<sup>1</sup>.

Los horizontes de crisis no solo permean la acción política, sino también la reflexión teórica. Ello explica el que, durante los últimos años, y en el ámbito internacional, “la crisis ha[ya] estado al centro de la reflexión teórica de las ciencias sociales y las humanidades”<sup>2</sup>. Una operación intelectual provechosa en circunstancias de crisis supone atender a las formas en que períodos anteriores de crisis han sido examinados por las y los intelectuales. El objetivo no es buscar en tales operaciones una respuesta a los problemas del presente, sino más bien examinar la forma en que las categorías conceptuales heredadas son puestas a prueba y tensionadas en dichos momentos.

El presente trabajo tiene como fin examinar críticamente la arquitectura institucional de la Constitución Económica chilena vigente. La hipótesis que queremos revisar es la siguiente: la Constitución Económica chilena se funda en una categoría conceptual que podemos llamar neoliberalismo autoritario,

1 El día 4 de septiembre de 2022, la ciudadanía votó a favor o en contra del texto propuesto. La opción que lo rechazaba obtuvo un 62% de las preferencias, frente a un 38% de la población que aprobó la nueva propuesta. La diferencia es especialmente significativa por tratarse de la primera elección con sufragio obligatorio en más de una década.

2 Tschorne, S., *Neoliberalism and the Crisis of the Public Law*, Londres, London School of Economics and Political Science, 2014, p. 10.

el cual, para ser comprendido, debe remitir al concepto de liberalismo autoritario. Estas categorías dificultan la apertura de la Constitución a soluciones constitucionales desde una perspectiva de justicia social y solidaridad.

Dado el contexto de crisis ya mencionado, la reflexión en torno a la Constitución Económica parece especialmente oportuna, en tanto se trata de la esfera que regula las relaciones entre el derecho y la economía o, en un nivel analítico distinto, entre el Estado y el (los) mercado(s).

Para lograr lo anterior, el presente trabajo comienza inquiriendo en el modo en que esta relación ha sido problematizada en otros momentos de crisis profunda, acudiendo, primero, a los intensos debates políticos e intelectuales que marcaron el final de la República de Weimar, y luego, a las maneras en que fue tematizada en Europa la crisis de los Estados de bienestar y el ascenso del neoliberalismo. Ambos períodos históricos nos permitirán acercarnos a los conceptos de “liberalismo autoritario” y “neoliberalismo autoritario”, respectivamente, los cuales, a su vez, nos proveen de un marco analítico sólido para analizar la Constitución Económica chilena. En segundo lugar, examina el significado del concepto de Constitución Económica. En tercer lugar, se describe la Constitución Económica chilena como una arquitectura “neoliberal autoritaria”, acudiendo a los conceptos vistos en la primera sección. En cuarto y último lugar, se sostiene que esta Constitución puede y debe ser superada por medio de una Constitución Económica social y democrática.

## 1. LIBERALISMO AUTORITARIO Y NEOLIBERALISMO AUTORITARIO

### 1.1. EL LIBERALISMO AUTORITARIO Y LA CRISIS DE LA REPÚBLICA DE WEIMAR

El concepto de “liberalismo autoritario” se acuñó en el contexto de una crisis social y política de magnitudes significativas. En 1933, Alemania se encontraba en un período de aguda inestabilidad política, el cual desembocaría, meses después, en la ascensión del nacionalsocialismo al poder. En las postrimerías de la llamada “República de Weimar” (el período de la historia alemana que va desde el fin de la Primera Guerra Mundial hasta la consolidación de nazismo en el poder), la inestabilidad del régimen político era notoria para quienes observaran con atención. Sucesivos episodios de agitación política y una extendida sensación de ingobernabilidad se sumaban a los devastadores efectos de la Gran Depresión ocurrida en 1929. Como en toda crisis profunda, eran hondos los desacuerdos respecto de sus causas. Fue en ese contexto donde un agudo debate intelectual tuvo lugar.

En una carta a los industriales alemanes suscrita en 1932, Carl Schmitt sugirió que la fórmula para superar la crisis que atravesaba la República de

Weimar era construir un “Estado fuerte y una economía sólida”<sup>3</sup>. La fórmula para superar la crisis, sostenía Schmitt, dependía de la construcción de una economía que tuviera una marcha constante y de un Estado que permitiera a aquélla funcionar sin las disrupciones de las fuerzas políticas en pugna. Las propuestas de Schmitt fueron objeto de una entusiasta acogida en la llamada escuela “ordoliberal”, la cual sostenía que el Estado debía cautelar el funcionamiento de la economía con el objeto de evitar tanto las distorsiones provenientes de las ideologías de carácter colectivista como aquellas del capitalismo monopólico<sup>4</sup>. Si bien el Estado podía, en este esquema, mantener sus credenciales formalmente democráticas, su acción debía ir destinada, fundamentalmente, a impedir que el devenir de los conflictos democráticos interfiriera en el funcionamiento de la economía.

Un año después de la mencionada carta, uno de los más importantes adversarios intelectuales de Schmitt, Hermann Heller, publicó un breve pero enjundioso artículo titulado “Liberalismo autoritario”, en el que cuestionaba tanto la propuesta de Schmitt como la deriva que había tomado la República de Weimar. Para sintetizar su crítica, Heller acuñó un concepto provisto de dos términos que en una primera lectura podrían parecer antinómicos. El adjetivo “autoritario”, después de todo, no pareciera encontrarse en su ambiente natural junto al sustantivo “liberalismo”. Heller, sin embargo, proponía una forma novedosa de leer ambos términos. Para él, lo que definía el carácter autoritario de la República de Weimar era la forma en que el Estado enfrentaba el “problema cardinal del presente, esto es, la pregunta por el ordenamiento económico”<sup>5</sup>. Debe recalcarse, para efectos de entender el rendimiento del argumento de Heller, que se trataba de un Estado que aún conservaba sus rasgos formalmente democráticos. Sin embargo, lo que Heller detectaba en la solución propuesta por Schmitt, y en el modo en que operaba la autoridad política de su tiempo, era que, frente al funcionamiento de la economía, se postulaba un Estado incapaz de alterar el funcionamiento de ésta, un Estado que debía “retirarse completamente de la economía”, a fin de que ambas esferas –esto es, el Estado y la economía– funcionaran de forma completamente separada<sup>6</sup>.

El carácter autoritario de la arquitectura institucional brevemente descrita residía, para Heller, en el hecho de que se privaba a la democracia de uno de

3 Schmitt, C., *Carta a la Asociación industrial de Langman*, citado en R. Cristi, *Carl Schmitt and Authoritarian Liberalism: Strong State, Free Economy*. Cardiff, University of Wales Press, 1998, pp. 213 y ss.

4 Sobre el ordoliberalismo y la influencia de Schmitt en aquél, véase Bonefeld, W., “Authoritarian Liberalism: From Schmitt via Ordoliberalism to the Euro”, *Critical Sociology*, 2017, vol. 43(4-5), 747-761.

5 Heller, H., “Authoritarian Liberalism?”, *European Law Journal*, 2015, vol. 21(3), (original 1933), p. 299.

6 *Ídem*.

sus elementos nucleares, cual es, precisamente, la posibilidad de modificar las condiciones de convivencia, dentro de las cuales la economía desempeñaba un papel preponderante. Heller destacaba que por medio de esta operación el Estado se presentaba a sí mismo como una entidad que, frente a la pluralidad de intereses en conflicto, era capaz de actuar de forma neutral, dotándose de un carácter, “justo y no partisano”, lo cual lo distinguía del Estado democrático existente en un sistema de partidos<sup>7</sup>. Sin embargo, advertía, esto era solo una fachada, pues el Estado favorecía una determinada configuración social y política, una en la cual la economía era abstraída de los resultados que podía tener el ejercicio de la actividad democrática. El carácter autoritario del ordenamiento jurídico-político residía, así, en la imposibilidad de la democracia para gobernar el desarrollo de la actividad económica.

Heller detectaba de esta manera, que entre la economía de carácter capitalista existente en la República de Weimar y la democracia que formalmente ésta suscribía como régimen político existía una tensión difícil de resolver. Mientras la variante propuesta por Schmitt y los ordoliberales postulaba una “separación excesiva entre el Estado y la economía”, que permitiera a ésta funcionar sin mayores interferencias, para Heller era prácticamente imposible de lograr para un Estado que quisiera mantener su legitimidad democrática frente al “90% de la población”<sup>8</sup> que vivía de un ingreso insuficiente para la época. Si, dicho a la inversa, se quería lograr la mentada separación entre Estado y economía, como sugerían Schmitt y más tarde los ordoliberales, la única posibilidad era acentuar el carácter autoritario del Estado. El provecho de las ideas de Heller requiere un examen más acucioso.

Heller sostenía que “la burguesía está sobresaturada, el pensamiento dominante se hace positivista y la ideología del Estado jurídico toma un matiz formalista. El Estado jurídico significa ahora un Estado en el que la esfera de acción de los gobernantes está limitada por las leyes. La libertad significa simplemente la seguridad económica de la burguesía contra las intromisiones del Estado en la ‘libertad y propiedad de los individuos’, no autorizadas por la representación del pueblo. La igualdad no es concretamente lo contrario de la injusticia y la arbitrariedad; no es, por tanto, justicia cualitativa, sino generalidad cuantitativa y lógica”<sup>9</sup>.

Por cierto, los postulados hellerianos están condicionados por su visión política –la socialdemocracia– pero también por la realidad de su tiempo. Exponiendo las ideas socialistas, no escatima en recurrir a datos e informes que favorezcan la encarnación de las ideas defendidas y propuestas, v. g., se preocupa de la jornada de trabajo para niños, las condiciones de la vivienda de obreros o la concentración de las explotaciones industriales (la irrupción

7 Ibid., p. 301.

8 *Ídem.*

9 Heller, H., *Escritos Políticos*, Madrid, Alianza Editorial, 1985, p. 30.

de los cárteles), todo para mostrar la inhumanidad que produce un sistema capitalista sin consideración de la economía humana<sup>10</sup>. Asimismo, se manifiesta crítico del sistema capitalista por la deshumanización que produce y por la pretensión de transformar los criterios económicos en los únicos válidos tanto para explicar el comportamiento humano en la sociedad, como para el diseño de las políticas públicas<sup>11</sup>.

A pesar del contexto histórico-político en el cual Heller se encontraba inmerso, creía que para renovar la cultura y civilización no sólo había que evitar la dictadura, sino que además se debía relativizar la importancia de la economía, que debía sumisión a las leyes de un Estado de Derecho, puesto que representaba el sometimiento de los medios a los fines de la vida. Para Heller, el futuro de la cultura occidental está amenazado por la dictadura y por el frenesí anárquico de la producción capitalista, que no deja tiempo a los trabajadores, ni ocio y oportunidad a los intelectuales para el desarrollo de una actividad cultural creadora. De ahí el dilema que se plantea para sus tiempos: dictadura fascista o Estado social de Derecho<sup>12</sup>.

El rendimiento de la interpretación que realiza Heller de la crisis de Weimar es múltiple y polifacético. Así, en los últimos años ha recibido una creciente atención por parte de teóricos del derecho constitucional y la economía política en Europa, para caracterizar, por ejemplo, el modo de funcionamiento de la Unión Europea, la cual estaría provista en su base, sostienen, de una separación entre la economía y la democracia que vuelve a esta última incapaz de modificar el devenir de la economía<sup>13</sup>.

Sin embargo, sin desconocer el aporte sustantivo que supone el concepto de “liberalismo autoritario” para elucidar las circunstancias del presente, conviene detenerse en otro concepto, de tintes similares y acuñado hacia finales de los años setenta en otro contexto de profunda crisis.

### *Del liberalismo autoritario al neoliberalismo autoritario*

Los acuerdos establecidos luego de la Segunda Guerra Mundial dieron lugar, en Europa y Estados Unidos, a lo que la historiografía ha llamado la “edad de oro” del capitalismo occidental, una época en la que los índices de crecimiento económico fueron constantemente altos, la repartición del producto económico alcanzó niveles de mayor equilibrio entre el capital y el trabajo y

10 Heller, H., *Las ideas políticas contemporáneas*, Granada, Editorial Comenares, 2004, pp. 135-138.

11 Heller, H., *Teoría del Estado*. Granada, Editorial Comenares, 2004, pp. 244-249.

12 Heller, H., *Escritos Políticos*. Madrid, Alianza Editorial, 1985, pp. 300-301.

13 Streeck, W. “Heller, Schmitt and the Euro”, *European Law Journal*, 2015, vol. 21(3), p. 366. Sobre la Unión Europea como institución liberal autoritaria, véanse los trabajos de Michael Wilkinson (2018, 2019) y Alexander Somek (2015).

los Estados comenzaron a garantizar a la ciudadanía prestaciones de carácter social, dando origen a los “Estados de bienestar”<sup>14</sup>.

El pacto social que permitió la construcción de esta arquitectura institucional sufrió un profundo quiebre con la crisis del petróleo en 1973, que produjo inflación y desempleo en gran parte de Europa y llevó a que, hacia fines de la década de los setenta e inicios de los ochenta, llegaran al poder en Europa y Estados Unidos gobiernos resueltos a recortar el gasto social y a expandir las áreas sujetas a las dinámicas del mercado. El triunfo de Margaret Thatcher en Inglaterra en 1979 y el de Ronald Reagan en Estados Unidos en 1980 marcaron en el Norte global el inicio del “neoliberalismo”, cuyo antecedente fundante tuvo lugar en Chile, con el golpe cívico-militar de 1973<sup>15</sup>. Tal como en los años treinta, proliferaron las interpretaciones respecto a las razones de la crisis, las cuales presentaban entre sí profundos disensos.

La interpretación triunfante, en la medida en que sus postulados fueron llevados a cabo por los gobiernos que asumieron el poder luego de la crisis, sostuvo que los Estados de bienestar habían colapsado debido a la ingente cantidad de demandas que las distintas fuerzas democráticas exigían del Estado. De esta forma, un aparato estatal sobrecargado habría sido incapaz de responder a lo que de él se esperaba, llevando así a una crisis de gobernabilidad<sup>16</sup>. En el marco de esta interpretación, la solución radicaba en liberar al Estado de tales demandas, lo cual implicaba, a su vez, restringir el ejercicio de la democracia. En este punto asoman ya las semejanzas con el modo en que Schmitt y los ordoliberales interpretaban la crisis de la República de Weimar y la solución para poder superarla. En un contexto en que la democracia parecía ser incompatible con la gobernabilidad política, había que poner coto a la democracia para poder garantizar tal gobernabilidad. Nuevamente, tal como en los años treinta, era la economía el área de la vida social cuyo funcionamiento había que inmunizar de la interferencia de la democracia para poner fin a la crisis. La semejanza entre ambas narrativas ha llevado a algunos autores y autoras a tildar esta propuesta de solución a la crisis de “neoliberal autoritaria”. Tal como en el caso del liberalismo autoritario, se trata de un carácter autoritario que se define por las restricciones a la democracia, más que por el despliegue del poder coercitivo del Estado<sup>17</sup>. Sin embargo, existen importantes diferencias entre uno y otro. A ellas, y a

14 Hobsbawm, E. *Historia del siglo xx*, Madrid, Crítica, 1994; T. Judt, *Postguerra*, Madrid, Taurus, 2006.

15 Por todos, véase D. Harvey, *Breve historia del neoliberalismo*. Buenos Aires, Akal, 2007.

16 Bonefeld, W. ob. cit., 752-754; W. Streeck, *Buying Time. The delayed crisis of Democratic Capitalism*. Londres, Verso Books, 2014.

17 En este sentido, Bruff muestra cómo, para el caso inglés, tanto Poulantzas como Hall advirtieron tempranamente el carácter autoritario del proyecto neoliberal de Thatcher, en cuanto suponía “aislar ciertas políticas y prácticas institucionales del disenso político y social”. I. Bruff, *The Rise of Authoritarian Neoliberalism*. Rethinking Marxism, Londres, vol. 26 (1), 2014, p. 115.

un examen más atento a las características del neoliberalismo autoritario, se aboca la siguiente sección.

## 1.2. NEOLIBERALISMO AUTORITARIO. UN INTENTO DE CARACTERIZACIÓN

### 1.2.1. Sobre el carácter autoritario

El uso del concepto de “neoliberalismo autoritario” se ha expandido durante los últimos años en las ciencias sociales, con el fin de dar cuenta de distintas realidades sociopolíticas marcadas por un nuevo equilibrio entre el Estado y el mercado, volviendo a éste cada vez más inmune a los efectos de la acción política<sup>18</sup>. No obstante su masificación durante los últimos años, el concepto comenzó a utilizarse en la década de los noventa, para describir las reformas llevadas a cabo por la dictadura chilena<sup>19</sup>. Conviene notar, por tanto, que si bien el concepto comenzó a ser utilizado en la descripción y análisis de un régimen cuyo autoritarismo comprendía la derogación de los derechos fundamentales y las garantías democráticas básicas, luego se extendió para abarcar la realidad de regímenes que mantenían su carácter formalmente democrático. Dicho de otra manera, lo propiamente autoritario de estos regímenes no es idéntico al carácter dictatorial de la experiencia chilena.

Una fórmula apropiada para rescatar el carácter autoritario de regímenes que mantienen formalmente los aspectos democráticos ha sido acuñada por Wilkinson, quien habla de un “autoritarismo pasivo”, en tanto no depende del despliegue de la coerción, sino de la construcción de un régimen que limita los efectos prácticos de la democracia, con el objeto de asegurar la integración internacional de los mercados, la expansión del libre comercio y la consolidación de la racionalidad económica en las distintas esferas de la vida<sup>20</sup>. En términos sustantivos, lo que se busca asegurar por medio de las restricciones a la democracia es el papel que desempeña el capital financiero en la economía contemporánea. Un ejemplo de esta operación se encuentra en las reglas que han adoptado varios países de la Unión Europea que dotan de estatus constitucional a la austeridad fiscal. Estas normas se enmarcan en una pluralidad de mecanismos que los Estados han implementado para dar operatividad a los equilibrios macroeconómicos. Al constitucionalizar la austeridad fiscal, los Estados imponen un constreñimiento sustantivo a la actividad democrática, por cuanto abstraen de la esfera de la deliberación

18 Fabry, A. y Sandbeck, S. *Introduction to special issue on 'authoritarian neoliberalism'*. *Competition & Change*, 2019, vol. 23(2), 109-115. Para una cartografía general de la expansión del concepto de neoliberalismo autoritario, véase I. Bruff y C. Burak Tansel (2019).

19 *Ibíd.*, p. 111.

20 Wilkinson, M. “Authoritarian Liberalism in Europe: A Common Critique of Neoliberalism and Ordoliberalism”. *Critical Sociology*, vol. 45(7-8), 2019, p. 1032.

política un asunto tan sensible para la vida en común como el manejo de la economía<sup>21</sup>. De esta forma, los imperativos del neoliberalismo adquieren una jerarquía superior a los resultados de la actividad democrática. Ésta es desprovista de una de sus promesas básicas, cual es la de ejercer el auto gobierno sobre la vida en común.

### *1.2.2. Sobre el carácter neoliberal*

El proyecto de describir o de arribar a una definición de neoliberalismo enfrenta el escollo de su propia ambición. Por una parte, existe una ingente e influyente literatura abocada al examen del neoliberalismo, desde distintas perspectivas<sup>22</sup>, lo cual obligaría a un trabajo mucho más extenso para poder hacerse cargo del conocimiento acumulado. Por otra parte, se trata de un concepto que responde a una pluralidad de experiencias históricas y socio-políticas, lo que dificulta la pretensión de síntesis. Tomando en cuenta dichos antecedentes, aquí se presentan algunos rasgos nucleares del neoliberalismo, en tanto se hallan presentes en la pluralidad de experiencias descritas bajo el concepto de “neoliberalismo”.

Una manera adecuada de comprender el neoliberalismo es conceptualizarlo, siguiendo a Nancy Fraser, como un “un modo de acumulación dentro de la secuencia de ‘trayectorias dependientes’ de los regímenes de acumulación”<sup>23</sup>. Esta perspectiva ofrece la ventaja heurística de situar al neoliberalismo como una fase de acumulación dentro de la historia del capitalismo, permitiendo así su apreciación en un marco temporal más amplio<sup>24</sup>. El neoliberalismo, en tanto etapa del capitalismo, corresponde a “la estructura material de reproducción social, económica y política sostenida en la ‘financiarización’”<sup>25</sup>. En este caso, el término “financiarización” resalta la importancia de las finanzas internacionales en una cantidad cada vez mayor de áreas de la vida económica y social<sup>26</sup>. Esto tiene como consecuencia, por una parte, una expansión creciente de los diversos mecanismos que permiten la movilidad internacional del capital, y, por otra, la extensión de los espacios que favorecen la acumulación de capital, por medio de la privatización de distintos

21 Prosser, T. “Constitutionalising Austerity in Europe”. *Public Law*, January 2016, pp. 111-129.

22 Véase, a modo de referencia, la obra de Harvey, ob. cit., O W. Brown (2015), entre otros trabajos de extendida influencia.

23 Fraser, N., “Legitimation Crisis? On the Political Contradictions of Financialized Capitalism”. *Critical Historical Studies*, vol. 2(2), 2015, p. 167.

24 En un sentido similar, Stuart Hall señala que el neoliberalismo habría sido la respuesta de un “capitalismo revivido” a la crisis de los Estados de Bienestar. Hall, S., *Selected Political Writings*. Duke University Press, 2011, p. 319

25 Fine, B. y Saad-Filho, A., “Thirteen Things You Need to Know about Neoliberalism”, *Critical Sociology*, vol. 43(4-5), 2017, p. 686.

26 *Ibid.*, p. 687.

activos, como, por ejemplo, empresas que eran de propiedad estatal y pasan a formar parte del patrimonio de privados<sup>27</sup>.

En segundo lugar, el neoliberalismo se caracteriza por una expansión del funcionamiento del mercado a distintas esferas de la vida social. Esto significa, por una parte, que funciones que habían sido tradicionalmente responsabilidad del Estado pasan a ser desplegadas por actores privados utilizando criterios mercantiles en ese despliegue. Por otra parte, esta expansión del mercado implica también una transformación de las lógicas bajo las cuales las prestaciones son entregadas, pues comienzan a estructurarse según criterios de intercambio de bienes y servicios en un marco de competencia. Ejemplos de esto encontramos en la forma en que la provisión de salud y educación se han estructurado durante las últimas décadas en diversos países de Occidente<sup>28</sup>.

En tercer lugar, el neoliberalismo modifica sustantivamente las relaciones entre el capital y el trabajo en el mercado de trabajo mismo, favoreciendo la “flexibilización” y debilitando los mecanismos que permitirían una redistribución del poder en favor de los trabajadores (*e. g.*, mecanismos de sindicalización), la cual se traduce, a su vez, en un derribo de barreras para la acumulación de capital y en una mayor precariedad y desprotección para las y los trabajadores<sup>29</sup>. El caso chileno es paradigmático en la materia con el llamado “plan laboral”. Como señala Ugarte, “el plan laboral es un plan sindical, su objetivo son las relaciones colectivas del trabajo”<sup>30</sup> y el mismo José Piñera lo expresa así: “El plan laboral no tiene nada que ver con el derecho individual del trabajo. El plan laboral en realidad es única y exclusivamente un plan sindical y si no lo bautizamos así fue porque nos pareció que las dos palabras no sonaban bien”<sup>31</sup>. Hecha la intervención vía legislativa, lo que provoca es la sustracción del poder político a los trabajadores al relativizar la importancia de la sindicalización, la negociación colectiva y la huelga.

A las características anteriores, y en un nivel de análisis más amplio, debe señalarse que el neoliberalismo es un proyecto de transformación más profundo, que permea todos los dominios de convivencia humana. De esta forma, bajo el neoliberalismo “toda conducta es una conducta económica; todas las esferas de la existencia son estructuradas y medidas según la métrica y los términos de la economía, aun cuando dichas esferas no sean directamente

27 Juego, B., “Authoritarian Neoliberalism: Its Ideological Antecedents and Policy Manifestations from Carl Schmitt’s Political Economy of Governance”, *Administrative Culture*, vol. 19(1), 2018.

28 Burak Tansel, C., *States of Discipline. Authoritarian Neoliberalism and the Contested Reproduction of the Capitalist Order*. Londres, Rowman & Littlefield, 2017, p. 9.

29 Juego, B., *ob. cit.*, p. 129.

30 Ugarte, J. L., “El trabajo en la Constitución chilena”. En: Bassa, J.; Ferrada, J. C. y C. Viera, C., *La Constitución chilena*. Santiago, Lom Ediciones, 2015, p. 136.

31 Piñera, J., *La revolución laboral en Chile*. Santiago, Editorial Zigzag, 1990, p. 23.

monetizadas”<sup>32</sup>. Existe, así, una razón neoliberal, que pretende imponerse en todas las áreas de la vida, y que concibe a los seres humanos bajo la figura del *homo oeconomicus*<sup>33</sup>.

Otro de los rasgos nucleares del neoliberalismo, enfáticamente resaltado por Hayek, es el axioma del orden espontáneo que se produce en la sociedad, orden que hace posible “la utilización del conocimiento y aptitud de todos los miembros de la sociedad en un grado mucho mayor del que sería posible en cualquier orden creado por una dirección central”<sup>34</sup>.

Al ordenarse la sociedad sobre un orden espontáneo, ésta, a diferencia de una organización, no tiene fin, ni precisa que haya acuerdo sobre los resultados concretos que ha de producir; al ser independiente de cualquier objetivo particular, permite la consecución de una gran cantidad de propósitos individuales, diferentes e incluso contrapuestos. Por eso el *orden del mercado*, en particular, se basa no sobre objetivos comunes sino sobre la reconciliación de propósitos diversos en beneficio mutuo de los participantes<sup>35</sup>, y este orden espontáneo de mercado, “basado en la reciprocidad o beneficios mutuos, se describe comúnmente como un orden económico”<sup>36</sup>.

Por lo mismo, es fácil conducir la argumentación hacia las bondades de la competencia, porque es el mejor método para favorecer tanto la eficiencia como la libertad de los individuos<sup>37</sup>. En este sentido, el neoliberalismo posiciona la competencia como el valor fundamental, lo cual lo diferencia de etapas anteriores del capitalismo, en que valores como el intercambio o la producción ocupaban dicho lugar protagónico<sup>38</sup>.

No extraña, entonces, la coincidencia con Friedman, quien postula que una sociedad capitalista es la que mejor garantiza la libertad económica y política, ya que “la organización económica es importante como medio para el fin de la libertad política, por sus efectos sobre la concentración o dispersión del poder [...] [por su parte] el capitalismo competitivo produce también libertad política porque separa el poder económico del poder político, y de esa forma permite que el uno contrarreste al otro”<sup>39</sup>, es decir, siendo el capitalismo un sistema de organización económico en que el poder se diluye entre los competidores, que son varios, favorece que el poder se atomice y evita la coacción que implica la imposición de opiniones y valores personales a los demás, posibilitando la libertad política.

32 Brown, W., *Undoing the Demos*. Nueva York, Zero Books, 2015, p. 10.

33 *Ídem*.

34 Von Hayek, F., *Los principios de un orden social liberal*. Estudios Públicos n.º 6, Santiago, 1982, p. 181.

35 *Ibíd.*, p. 183.

36 *Ibíd.*, p. 184.

37 Von Hayek, F., *Camino de servidumbre*, Alianza Editorial, Madrid, 2011, pp. 66-67.

38 Véase, en este sentido, Brown, ob. cit.

39 M. Friedman, *Capitalismo y libertad*. Síntesis, Madrid, 2012, p. 23.

Por tanto, como es el individuo y su libertad el núcleo de estos postulados y, habiéndose reducido lo más posible el rol del Estado, no cabe en esta concepción una apelación a la solidaridad como fundamento de acción o la búsqueda de una “justicia social” ya que, a pesar de ser una búsqueda muy antigua, no se ha logrado descubrir una sola regla que permita determinar qué es lo justo socialmente en el orden de mercado. Esta conclusión negativa en torno a la justicia ‘social’ o ‘distributiva’ es inevitable, porque una remuneración o distribución justa sólo tiene significado dentro de una organización cuyos miembros actúan sobre la base de mandatos, al servicio de un sistema común de fines, pero no tiene sentido en una *catalaxia* u orden espontáneo que no puede tener semejante sistema común de fines<sup>40</sup>.

Es decir, no hay más justicia social que asegurar la oportunidad de acceso a los goces del mercado, sobre la base de un poder de compra, en que las desigualdades que pueden darse entre las personas, sea respecto al poder de compra o consumo, son una situación natural, resultado de las capacidades individuales, en que ni el Estado ni la comunidad deben intervenir para asegurar un ‘absurdo’ promedio regulado<sup>41</sup>.

Por último, cabe destacar que aunque el neoliberalismo suele presentarse bajo una retórica en la que el rol del Estado sería mínimo, dando primacía a los mercados como esfera de reproducción social, el Estado es una categoría central en la economía política neoliberal<sup>42</sup>. El Estado no solo aparece como un agente activo cuando las condiciones de funcionamiento normal del mercado son amenazadas, asegurando la vigencia del Estado de Derecho y las condiciones de orden y estabilidad necesarias para su funcionamiento<sup>43</sup>, sino que también tiene un rol fundamental en dar forma y estructura a los mercados, y en asegurar su funcionamiento. Ejemplos como los rescates a la banca luego de la crisis *sub-prime* del 2008 muestran el rol protagónico del Estado para asegurar el funcionamiento de los mercados. Bajo el neoliberalismo, la temprana constatación de Polanyi, respecto del carácter ficticio de la ideología que sostiene la existencia de mercados autorregulados<sup>44</sup>, se actualiza,

40 Von Hayek, F. ob. cit. (n. 30), p. 192. La misma idea de imposibilidad de buscar la justicia social o fundar cualquier política en ella, la encontramos en Von Hayek, F. “Los fundamentos éticos de una sociedad libre”. *Estudios Públicos*, Santiago, n.º 3, 1981, pp. 72, 80-81. Como sostener la tesis sobre la inexistencia o imposibilidad de una justicia social es muy radical, algún autor se ha esforzado por explicar la moralidad en el funcionamiento del mercado. Al respecto, Novak, M., “Ocho argumentos sobre la moralidad del mercado”. *Estudios Públicos*, Santiago n.º 55, 1994, pp. 189-210.

41 Salazar, G. y Pinto, J., *Historia contemporánea de Chile*, vol. 3, Santiago, Lom Ediciones, 2002, p. 175.

42 Bonefeld, W., ob. cit., p. 755.

43 B. Juego, ob. cit.

44 Polanyi, K., *The great transformation*. Boston, Beacon Press, 1994, especialmente el capítulo 5.

ya que el Estado desempeña un rol fundamental en el aseguramiento de las condiciones básicas para el funcionamiento de los mercados<sup>45</sup>.

Como veremos en la sección siguiente, los rasgos nucleares del “neoliberalismo autoritario” contribuyen a esclarecer nuestra comprensión acerca de la Constitución Económica chilena. Se mostrará de qué manera los valores fundamentales del neoliberalismo son protegidos por la Constitución Económica y el modo en que ésta asigna al Estado un rol central, que pareciera colisionar con las narrativas asociadas al Estado subsidiario que pueblan el paisaje dogmático constitucional en Chile.

Podemos decir, a modo de síntesis de la presente sección, que el concepto de “neoliberalismo autoritario” intenta describir el estado de ordenamientos sociopolíticos en que el proceso de acumulación de capital, sostenido por las dinámicas de la “financiarización”, es inmunizado de los controles democráticos. Hay casos como el chileno, en que dicha inmunización requirió de una dictadura sistemática y sostenidamente violadora de los derechos humanos, pero hay también casos en que los procesos de acumulación no requieren la supresión de las garantías democráticas para quedar exentos del control democrático de la vida común, es decir, de la posibilidad de que los mecanismos de generación de voluntad colectiva intervengan sustantivamente su decurso. Es en esta última acepción en la que el vínculo genealógico con el liberalismo autoritario resulta más provechoso: ambos conceptos se cruzan allí donde argumentan que la democracia puede perder sus elementos constitutivos aun cuando formalmente no haya sido derogada<sup>46</sup>.

## 2. EL CONCEPTO DE CONSTITUCIÓN ECONÓMICA

La definición de la Constitución Económica no es una cuestión pacífica en la doctrina. Nuevamente, una delineación genealógica del concepto puede contribuir a esclarecer tanto su contenido como los escollos a que se enfrenta la precisión de su sentido.

El concepto de Constitución Económica no entra en el vocabulario jurídico y constitucional hasta las primeras décadas del siglo xx. Como señala Nörr, esto marca una diferencia conceptual relevante con el lenguaje jurídico habitual en el

45 Bonefeld, W., ob. cit.

46 El vínculo genealógico entre el liberalismo y el neoliberalismo autoritario permite apreciar al mismo tiempo sus semejanzas y diferencias, así como advertir la relevancia de distinguir los diferentes contextos sociales y políticos en que ambos tienen lugar. La República de Weimar representa un contexto donde la democracia no es solo formal, sino que permite el florecimiento de la cultura y la vida social. El régimen chileno, donde el neoliberalismo autoritario habría tenido su origen, representa, como es sabido por los lectores y lectoras, una dictadura cívico-militar que violó sistemáticamente los derechos humanos de miles de las y los habitantes del país. Agradecemos a uno de los arbitrajes anónimos por insistir en la necesidad de esta aclaración.

derecho continental, cuyos orígenes suelen encontrarse en el derecho romano o en el derecho canónico medieval<sup>47</sup>. El concepto de Constitución Económica, en agudo contraste, es acuñado después de la dictación de la Constitución de Weimar en 1919. Es, así, un concepto propio y original de la dogmática constitucional del siglo xx. La particularidad de la Constitución de Weimar a este respecto, que permite entender de mejor manera los alcances del concepto de Constitución Económica, es que, junto a la Constitución mexicana dictada en 1917<sup>48</sup>, representó el primer intento por consagrar constitucionalmente prestaciones de carácter social que garantizaran a la ciudadanía el acceso a bienes que el funcionamiento del mercado por sí solo no garantizaba - lo que con el tiempo sería conocido como “derechos sociales”.

La Constitución de Weimar es una constitución propia del siglo xx, en cuanto posee una arquitectura institucional que quiebra algunos de los consensos políticos fundamentales del siglo xix. Debido a su carácter económico hondamente liberal, fundado, por una parte, en la idea de que el mercado era capaz de autorregularse, y por otra, en el reconocimiento del mercado como una instancia capaz de expandir su lógica a todas las esferas de la vida social, el siglo xix vio nacer las “sociedades mercados”, que representan, en palabras de Polanyi, el rasgo distintivo de este siglo. Mientras que los mercados habían existido desde hace siglos, la centralidad que éstos (o, más bien, éste) adquirieron en el siglo xix es lo que marca la novedad de esta era frente al pasado.

La ruptura que representa la Constitución de Weimar en el campo constitucional europeo es mejor entendida teniendo en consideración el panorama histórico brevemente esbozado. Frente a la ideología liberal que marcó el devenir del siglo xix, la Constitución de Weimar representa el primer intento por permitir la intervención del Estado en el funcionamiento de los mercados, esfuerzo que tiene dos aristas principales. Por una parte, se busca asegurar a la ciudadanía ciertas garantías mínimas con independencia de los resultados generados por los intercambios de mercado, a través, lo hemos dicho, de los derechos sociales. Por otra parte, se busca someter el desenvolvimiento de la economía a principios fundamentales de justicia, objetivo que tornaba ineludible la actuación del Estado, pues éste es el único capaz de someter el despliegue de los mercados a una voluntad colectiva.

Es en este contexto que el concepto de Constitución Económica es utilizado por primera vez; su alcance está estrechamente relacionado con este

47 Nörr, K., ““Economic Constitution”: On the Roots of a Legal Concept”. *Journal of Law and Religion*, vol. 11(1) (1994-1995), p. 343.

48 Para un desarrollo más extenso de la Constitución mexicana de 1917, dictada luego del triunfo de la Revolución, y su influencia en el “constitucionalismo social” del siglo xx, véase, entre otros, Gargarella, R., *The Engine Room of the Constitution*. Oxford, Oxford University Press, 2013.

marco histórico. El concepto de Constitución Económica busca dar una formulación jurídica al intento del Estado por dirigir “la organización de la vida económica” –en los términos del artículo 151 de la Constitución de Weimar–, o, en otras palabras, por ejercer un control democrático sobre el desenvolvimiento de la economía. En efecto, para Franz Neuman, uno de los primeros intelectuales que intentó dar un trato riguroso a este concepto, el rasgo nuclear del concepto de Constitución Económica residía en el anhelo de controlar democráticamente la economía<sup>49</sup>.

Las décadas venideras, luego de la devastación que supuso el auge del nazismo y la Segunda Guerra Mundial, constituirían un campo fértil para la consolidación del concepto de Constitución Económica, pues la intervención estatal en la economía se extendería más allá de las fronteras de Alemania. Un hito al respecto lo representa el *New Deal* impulsado por Roosevelt en Estados Unidos, el cual tenía una insoslayable dimensión constitucional, pues, en su raíz se encontraba la pregunta por la medida en que “la Constitución permitía a un movimiento político nacional alterar la vida económica del país de formas fundamentales y duraderas”<sup>50</sup>. Dicho en los términos de este artículo, y así formulado por el mismo Roosevelt, el *New Deal* suponía la búsqueda de una “Constitución Económica”<sup>51</sup>.

Tanto en Europa como en Estados Unidos las décadas que siguieron a la Segunda Guerra Mundial representaron, como ya dijimos, un período excepcional. En términos dogmático-constitucionales, los desarrollos sociales y económicos que tuvieron lugar durante este período supusieron la consolidación y masificación del concepto de Constitución Económica, lo cual, a su vez, multiplicó los intentos por definirla.

Debe notarse que, hasta aquí, hemos dado cuenta de un consenso: el concepto de Constitución Económica adquiere inteligibilidad jurídico-constitucional solamente cuando la economía ha dejado de ser percibida como una esfera que se desenvuelve libre de toda intervención estatal, y comienza a expandirse la idea de que debe ser sometida al control del Estado. Al momento de consignar una definición de Constitución Económica, por contraste, lo que parece abundar son los disensos. Los intentos por definir el concepto de Constitución Económica son muchos y varían sustancialmente.

Prosser identifica cuatro acepciones del concepto de Constitución Económica. La primera es meramente descriptiva y refiere a los “principios constitucionales y arreglos institucionales que resultan más relevantes para

49 Neumann, F., “On the preconditions and the legal concept of an economic constitution”. En: Kirchheimer, O. y Neumann, F. (eds.), *Social Democracy and the Rule of Law*. Londres, Allen and Unwin, 1987 (1927), 44–66.

50 Kessler, J., “The Political Economy of Constitutional Political Economy”. *Texas Law Review*, vol. 94, 2016, p. 1528.

51 Viera, C., “Estado social como fórmula en la Constitución chilena”. *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, año 21, n.º 2, 2014, p. 458.

el manejo de la economía”, como las normas sobre impuestos y gasto público y el derecho de propiedad.

Un segundo significado puede ser asociado a la tradición ordoliberal, la cual concibe a la economía como una esfera constituida por decisiones políticas, las cuales compondrían la Constitución Económica. Así, ésta tendría una dimensión sustantiva, al proveer los principios por los cuales se rige la actividad económica, y una dimensión procedimental, al establecer límites a las posibilidades de intervención del poder público en la economía.

Un tercer sentido, desarrollado a contar de la segunda mitad del siglo xx, es de inspiración “hayekiana” y concibe a la Constitución Económica como la arquitectura institucional necesaria para que el mercado se desenvuelva libremente, permitiendo la menor intervención posible por parte de los poderes públicos. Ésta sería la manera, bajo dicha comprensión, para que la Constitución contribuya al despliegue de la libertad individual.

Una cuarta acepción dota al concepto de Constitución Económica de un carácter crítico, para cuestionar las formas en que a través de la arquitectura institucional que rige la actividad económica lo que se protegería, más que las libertades individuales, sería el despliegue de la economía sin ser interferida por el ejercicio de la democracia, suprimiendo “la contingencia de la esfera política”<sup>52</sup>.

En el ámbito del derecho continental, Viera ha mostrado los múltiples esfuerzos que han existido por dotar de contenido al concepto de Constitución Económica, consignando al menos nueve intentos por definirla. Todos éstos coinciden en señalar que la Constitución Económica es una invención propia del Estado social de Derecho, que surge, como hemos dicho, cuando, tras la Segunda Guerra Mundial, se extiende el consenso respecto de la necesidad de que el Estado intervenga en la economía. Sin embargo, a la par que este significativo consenso, existen importantes divergencias. Uno de los disensos más importantes para efectos de asentar una posible intelección del concepto es el que existe entre las comprensiones formalistas de la Constitución Económica y las comprensiones sustantivas de la misma.

En términos sintéticos, las primeras incluirían todas aquellas normas de carácter económico que se encuentran formalmente en la Constitución. A modo de ejemplo, Bidart Campos entiende que la Constitución Económica “es el conjunto de normas, principios y valores que, una vez incorporados a la Constitución formal, guardan relación con la economía y son aplicables a la actividad y a las relaciones económico-financieras”<sup>53</sup>. En contraste, los acercamientos sustantivos al concepto de Constitución Económica resaltan que

52 Prosser, T., *The Economic Constitution*. Oxford, Oxford University Press, 2014.

53 Bidart Campos, G., “La Constitución económica (un esbozo desde el derecho constitucional argentino)”. *Cuestiones Constitucionales*, n.º 6, Universidad Nacional Autónoma de México, 2002, p. 4.

lo más significativo no es que las normas se hallen explícitamente contenidas en la Constitución, sino que regulen el desenvolvimiento de la economía. Font Galán, por ejemplo, incluye dentro de la Constitución Económica todas aquellas normas de contenido específicamente socioeconómico, “mediante las cuales se establecen los principios que rigen la actividad económica desarrollada por los individuos y por el Estado”<sup>54</sup>.

Un intento de sintetizar ambos acercamientos ha sido elaborado por García Pelayo, quien atribuye el origen del concepto de Constitución Económica al economista alemán ordoliberal William Eucken, y para quien la Constitución Económica contiene

[...] las normas básicas destinadas a proporcionar el marco jurídico fundamental para la estructura y funcionamiento de la actividad económica o, dicho de otro modo, para el orden y proceso económico. Tales normas sirven de parámetros jurídicos básicos para la acción de los actores económicos públicos y privados, y pueden ser enunciación de principios y valores directivos orientadores de la acción, o pueden tener formulación y garantías más rigurosas<sup>55</sup>.

Sin pretensión de agotar un debate de larga data y amplio espectro, es importante resaltar las virtudes de las definiciones que intentan trascender los aspectos meramente formales, e intentan dar cuenta de que, más que un conjunto de normas cuya característica definitoria sea la posibilidad de encontrarlas en el mismo documento (la Constitución), de lo que se trata es de todas aquellas disposiciones que “conectan a la economía con el derecho”<sup>56</sup>, o, dicho de otra manera, de que la Constitución Económica representa la “correspondencia de las estructuras del orden económico con los derechos en la Constitución”<sup>57</sup>.

Una forma de aprehender lo esencial de esta correspondencia se encuentra en la síntesis realizada por García Pelayo, para quien, si bien la Constitución Económica puede estar constituida por un abanico heterogéneo de normas, al menos tres aspectos de la regulación son constitutivos de toda Constitución Económica: “[E]l derecho de propiedad, la forma de relación entre los actores económicos y la distribución de las atribuciones entre el Estado y los actores y entidades económicos de la sociedad”<sup>58</sup>. De esta manera, es posible observar que los aspectos resaltados por García Pelayo guardan cierta correlación

54 Font Galán, J. I., *Constitución económica y derecho de la competencia*, Madrid, Tecnos, 1987, pp. 131-132.

55 García-Pelayo, M., *Consideraciones sobre las cláusulas económicas de la Constitución. Obras completas*, vol. III. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 2957.

56 Viera, C., “Consideraciones acerca de una Constitución Económica. Hacia una reinterpretación de la Constitución Económica chilena”. *Revista de Derecho Público*, n.º 71, 2009, p. 89.

57 Bassa, J.; Ferrada, J. C. y Viera, C., “Una aproximación a la idea de Constitución Económica y sus alcances en la Constitución chilena”. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 2016, p. 12.

58 García-Pelayo, M., ob. cit.

con lo que Prosser llama un “acercamiento descriptivo” a la Constitución Económica, el cual permitiría relevar todos aquellos arreglos institucionales que resultan relevantes para el manejo de la economía.

Esta aproximación sustantiva resulta fértil para acercarnos, en la sección siguiente, a los rasgos centrales de la Constitución Económica chilena y sus contenidos. Más que analizar un conjunto de normas cuyo criterio de identificación sea la pertenencia formal a un documento escrito, lo que nos interesa es analizar críticamente aquellos arreglos institucionales que encarnan un determinado modelo económico, y, al hacerlo, suponen también un tipo de democracia.

### 3. EL PROYECTO NEOLIBERAL AUTORITARIO Y LA CONSTITUCIÓN ECONÓMICA CHILENA

Como hemos visto hacia el final de la sección anterior, el nombre Constitución Económica se utiliza en un sentido amplio, comprendiendo todas aquellas normas que “configuran y ordenan la actividad económica pública y privada en su conjunto”<sup>59</sup>. Nos distanciamos, así, de las definiciones exclusivamente formalistas del concepto, y de otros conceptos presentes en nuestra doctrina, como el de orden público económico, que, habiendo dominado el paisaje dogmático nacional durante las últimas décadas, ha comenzado a ser cuestionado por su carácter restrictivo<sup>60</sup>. Para el logro del objetivo anterior, en esta parte analizaremos brevemente algunas instituciones fundamentales de la Constitución Económica chilena, mostrando cómo ésta ha sido funcional para la consolidación de un modelo neoliberal autoritario.

#### 3.1. EL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD: UNA INTERPRETACIÓN PARCIAL

Una paradoja envuelve al principio de subsidiariedad. Al tiempo que aparece como el concepto explicativo fundamental de la Constitución Económica chilena, al punto de “conformar el imaginario con que convencionalmente se comprende y explica nuestro ordenamiento constitucional económico”<sup>61</sup>, es posible detectar que la Constitución no se refiere a él de forma explícita, y que su construcción ha sido obra de la doctrina y la jurisprudencia constitucional<sup>62</sup>. La existencia del principio de subsidiariedad en la Constitución chilena, así, se sustenta en una tríada de disposiciones: la autonomía de los

59 Bassa, Ferrada y Viera, ob. cit.

60 Ídem.

61 Vallejo, R., “La Constitución Económica chilena. Un ensayo en (de)construcción”. *Estudios Constitucionales*, año 14, n.º 1, 2016, p. 248.

62 Faúndez-Sánchez, E., “Propuesta de reinterpretación y extensión del principio de subsidiariedad económica hacia la cooperación público-privada en Chile”. *Revista Digital de Derecho Administrativo* n.º 15, primer semestre, Universidad Externado de Colombia, 2016, pp. 207-231.

grupos intermedios contenida en el inciso primero del artículo 1.º; el principio de servicialidad del Estado, comprendido en el inciso cuarto del mismo artículo; y la regulación de la actividad empresarial del Estado, establecida en el inciso segundo del artículo 19 num. 21<sup>63</sup>. Al interpretar conjuntamente estas disposiciones, la doctrina ha sostenido que nuestra Constitución recoge un principio de subsidiariedad que tendría dos facetas, una negativa y otra positiva. Entendida en un sentido negativo, la subsidiariedad tendría dos consecuencias. En primer lugar, el Estado estaría impedido de actuar en todos aquellos ámbitos en que los privados estén desempeñándose adecuadamente. En segundo lugar, todo mandato para que el Estado actúe debe ser interpretado de forma restrictiva<sup>64</sup>. Bajo una comprensión positiva, el principio de subsidiariedad fundamentaría la actuación del Estado en los casos en que el desempeño de los privados sea deficitario<sup>65</sup>.

No es éste el lugar para mostrar que la interpretación reseñada se asienta en una comprensión parcial del principio de subsidiariedad, que desconoce las múltiples fuentes de las que éste bebe. Creemos que se trata de una interpretación que, aunque discursivamente sostiene basarse en el magisterio de la Iglesia Católica, adopta solo algunas formas en que éste lo trata, y omite que en la tradición canónica el principio de subsidiariedad es tan importante como el principio de solidaridad<sup>66</sup>. Adicionalmente, es una interpretación que adolece de un excesivo originalismo, esto es, que adopta acríticamente las opiniones de los miembros de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución (CENC, en lo sucesivo), desconociendo, por una parte, la evolución sociohistórica del país y, por otra, que la CENC estaba compuesta por un grupo particular de constitucionalistas cuyo mandante era una dictadura, sin legitimidad para auto atribuirse el poder constituyente. Más allá de las razones por las que esta interpretación de la subsidiariedad se ha afianzado y ha llegado a adquirir un estatuto, al menos en términos discursivos, hegemónico en nuestro ordenamiento, resulta importante detenerse en las consecuencias que ha tenido<sup>67</sup>.

La subsidiariedad, así interpretada, ha configurado el modo de operación de las instituciones que conforman la Constitución Económica. Un área en que esto ha tenido impacto es el desarrollo de prestaciones sociales tradicio-

63 Vallejo, ob. cit., p. 251.

64 Vallejo, ob. cit., p. 252.

65 Ídem.

66 Viera, ob. cit. (n. 55), ob. cit. (n. 49), ob. cit. (n. 59).

67 El originalismo es un método otros para interpretar la Constitución. Apelar a la *original intent*, en principio, puede ser adecuado para comprender el fundamento de las instituciones. El problema del originalismo chileno, es que apela canónicamente a la historia contenida en las actas del CENC. Sin embargo, ahí no radica el poder constituyente sino que en la Junta militar. Pero lo más importante, en ese grupo no había el pluralismo necesario que reclama la discusión constitucional y aún menos, legitimación democrática. He ahí el problema del excesivo originalismo, como lo hemos llamado.

nalmente asociadas al Estado, como lo son, en el caso chileno, la educación, la salud, la seguridad social y la vivienda, entre otras<sup>68</sup>. Esta transformación en la forma en que las prestaciones son entregadas ha implicado no solamente que sea el prestador el que cambie (que, en vez de ser otorgadas directamente por el Estado, sean ofrecidas por agentes privados), sino, y más importante, que se modifique la lógica y criterios en virtud del cual estas prestaciones son ofrecidas. De esta forma, las esferas antes señaladas son tratadas según criterios de mercado, lo cual tiene impacto tanto en la forma de distribución como en las funciones que pasan a desempeñar sus participantes. En cuanto a la distribución, al ser provistas según criterios de mercado, la calidad de la prestación queda asociada, en términos generales, a la capacidad de pago de las personas beneficiarias. Solamente cuando esta capacidad de pago es baja (o inexistente) el Estado ofrece directamente la prestación, lo cual supone, como consecuencia lógica, que las prestaciones estatales tienden a ser de calidad inferior a aquellas a las que se puede acceder por medio del pago<sup>69</sup>. El acceso a los derechos sociales de calidad es, así, mediado por el dinero.

En lo referente al rol que los proveedores de estas prestaciones pasan a desempeñar en la economía nacional, éstos adquieren una relevancia muy significativa. Debe considerarse que la prestación de servicios de carácter esencial, como la salud o la seguridad social, les asegura a dichos agentes privados la existencia de un mercado, lo cual ha dado lugar a lo que se ha llamado un “capitalismo de servicio público”<sup>70</sup>, y demuestra que, como hemos dicho más arriba, el Estado es un actor central en el neoliberalismo, asegurando, aquí, la existencia de los mercados. Los casos ya mencionados, de la salud y la seguridad social, ilustran de forma elocuente cómo bajo este capitalismo de servicio público los actores privados adquieren un altísimo poder. Los conglomerados económicos que son dueños tanto de Isapres<sup>71</sup> y clínicas como de AFP<sup>72</sup> ejercen un significativo poder, convirtiéndose en actores

68 Bassa, J. y Viera, C., *Elementos de teoría e interpretación constitucional para el proceso constituyente*. Santiago, Thomson Reuters, 2017, p. 195.

69 A modo de referencia, en el ámbito de la educación esto ha sido trabajado profusamente por Fernando Atria (2007, 2011, 2014).

70 Ruiz, C. (2015, 2016).

71 Las Instituciones de Salud Previsional (Isapre) fueron creadas en 1981 mediante el D. F. L. n.º 3/1981, del Ministerio de Salud. Operan como seguros de salud privado, cuya cobertura se extiende a aproximadamente el 15% de la población nacional, concentrándose especialmente en los sectores de altos ingresos, lo que abulta a su vez los ingresos y haberes de estas instituciones. Los chilenos pueden cotizar obligatoriamente en el seguro estatal (FONASA) o Isapre. Hace más de diez años que el sistema privado está en crisis, principalmente a partir de las resoluciones de la Corte Suprema chilena que han puesto freno a la ausencia de prestaciones sanitarias por parte de estas instituciones ya que, como todo seguro, ante el riesgo alto, no sólo sube la prima sino que se impide la prestación de salud.

72 Las Administradoras de Fondos Previsionales (AFP), creadas por el DL 3.500 de 1980, administran los fondos previsionales de todas y todos los chilenos, que deben contribuir a ellos bajo un esquema de contribuciones obligatorias que se depositan en cuentas individuales de

relevantes del mercado de capitales, necesario para mantener la economía nacional (como sucede con las AFP) o sosteniendo prácticas que a pesar de su ilegalidad cuentan con la anuencia de la élite política<sup>73</sup>. No cabe duda de que el poder que estos actores pueden acumular obedece a una serie de arreglos institucionales que desbordan el alcance de este artículo. No obstante, es importante no perder de vista que una de las causas importantes es el rol que desempeñan en la prestación de los así llamados derechos sociales, el cual, a su vez, se explica en gran parte por la forma en que ha sido entendido el principio de subsidiariedad.

#### 4. EL ESTADO EMPRESARIO Y EL DERECHO DE PROPIEDAD

El artículo 19 de la Constitución recoge los así llamados “derechos fundamentales”, un listado que ha sido calificado como “espartano y conservador”, criticado por su escuálido reconocimiento de derechos de carácter social y económico, y por recordar, más bien, a un catálogo de derechos propios del liberalismo del siglo XIX<sup>74</sup>. En sus numerales 21 (específicamente, su inciso segundo) y 24 este artículo regula dos instituciones que constituyen otro de los aspectos fundamentales de la Constitución Económica chilena. Se trata de la reglamentación del “Estado empresario”, es decir, de las condiciones bajo las cuales el Estado puede participar directamente en la actividad económica; y de la consagración y protección del derecho de propiedad, respectivamente. En efecto, se ha argumentado que en la regulación de estos aspectos se encuentra la base de la “constitucionalización de la economía de mercado” que ha existido en nuestro país<sup>75</sup>.

las cuales cada afiliada/o, al jubilar, hace exigible su pensión. La lógica de su regulación y la forma en que las AFP participan del mercado de capitales ha llevado a cuestionar su carácter de entidades de previsión social y a sostener que se trata de entidades financieras. Para una crítica aguda y fundada, véase Gambardella (2021). Es un modelo de capitalización individual, en que el fondo de jubilación se nutre de los ahorros del cotizante. No es sistema de contribución mixta (trabajador, empleador y/ Estado) y en ningún caso modelo de reparto. También se trata de un modelo que está en crisis y, actualmente se está discutiendo un proyecto de ley para corregir el problema de las pensiones en Chile.

73 El caso más evidente aquí es el de las Isapre y la práctica de reajustar anualmente de los precios de sus planes, cuestión que siguen haciendo a pesar de que ha sido declarado ilegal una y otra vez por los tribunales de justicia. El año 2020, y en medio de la crisis sanitaria provocada por la expansión del Covid-19, el mismo presidente de la República presentó al país como un logro de su gestión el que las Isapres hubieran “aceptado” diferir en algunos meses el reajuste anual. Véase, a modo de referencia, <https://www.24horas.cl/nacional/presidente-pinera-anuncia-postergacion-de-alza-en-planes-de-las-isapres-comenzara-a-regir-en-noviembre-4066371>

74 Gargarella, R., “Diez puntos sobre el cambio constitucional en Chile”. *Revista Nueva Sociedad*, n.º 285, enero-febrero 2020. Disponible en <https://nuso.org/articulo/diez-puntos-sobre-el-cambio-constitucional-en-chile/>

75 Bassa, Ferrada y Viera, ob. cit., n. 56.

El inciso segundo del artículo 19 num. 21 dispone las condiciones bajo las cuales el Estado puede desarrollar una actividad empresarial, lo cual solo puede ocurrir cuando existe una autorización legal expresa, contenida en una ley de quórum calificado<sup>76</sup>. Autorizado para desarrollar la actividad empresarial, el Estado ha de someterse a las mismas condiciones que los particulares. Esto significa, por una parte, que la actividad económica del Estado tiene un carácter excepcional, sujeto a exigentes requisitos de ingreso. Por otra parte, que el modo de comprensión de la actividad empresarial estatal, una vez que la autorización legal existe, no reconoce que el Estado puede tener fines distintos a los privados, haciéndolo competir con éstos en igualdad de condiciones. Ya al interior del campo empresarial, el Estado es tratado como un competidor más.

La doctrina dominante ha interpretado esta disposición como una muestra de que la Constitución reconoce la primacía de la actividad empresarial privada y la importancia de la libre competencia, que se verían afectadas si el Estado interviniera en el mercado y, al hacerlo, recibiera un trato preferente<sup>77</sup>. A pesar de que esta interpretación tuvo por muchos años un estatuto prácticamente indisputado<sup>78</sup>, una atención más cercana a la estructura de la regla muestra que ésta solo establece un procedimiento que debe ser rigurosamente cumplido si el Estado desea desarrollar una actividad empresarial.

La norma no contiene ninguna afirmación sustantiva respecto del rol empresarial del Estado; se trata, por el contrario, de una regla meramente procedimental y de asignación de competencias. Ha sido la doctrina la que la ha dotado del particular carácter sustantivo recién reseñado, que confiere prioridad a los privados y restringe las posibilidades de actuación empresarial del Estado. Tal como hemos visto para el caso del principio de subsidiariedad, ha sido un tipo particular de hermenéutica constitucional la que ha establecido la comprensión que la comunidad jurídico-política nacional sostiene sobre ciertas normas de la Constitución, permeando así la percepción académica y la de los operadores del sistema jurídico. Como resultado, se da por sentada una concepción respecto, por una parte, de la primacía de los privados en el desarrollo de la economía (como hemos visto, la posibilidad de que el Estado desarrolle una actividad empresarial es excepcional), y, por otra, acerca

76 Las leyes de quórum calificado se encuentran reguladas en el inciso tercero del artículo 66 de la Constitución, el cual las define como aquellas que se establecen, modifican o derogan por la mayoría absoluta de los senadores y diputados en ejercicio.

77 Ferandois, A., *Derecho Constitucional Económico*. Santiago, Pontificia Universidad Católica de Chile, 2001; Ribera, T. "El orden público económico en la Constitución chilena: fundamentos de un exitoso modelo de desarrollo". En: García, J. F. (ed.) *¿Nueva Constitución o Reforma? Nuestra propuesta: evolución constitucional*. Santiago, Thompson Reuters, 2015, pp. 189-212.

78 Como veremos en la siguiente sección, durante los últimos años han existido severos cuestionamientos a los fundamentos normativos de esta hermenéutica particular.

de los fines que ha de tener el Estado una vez que desarrolla una actividad empresarial, pues la Constitución dispone que el Estado debe ser tratado de la misma manera que todos los agentes privados, esto es, como si se tratara de otro agente de mercado<sup>79</sup>.

A su turno, el derecho de propiedad se encuentra regulado en el artículo 19 num. 24. Una primera lectura del numeral opera, si se quiere, como síntoma de la importancia que a éste se le da en la Constitución, al tratarse del derecho fundamental cuya consagración es, con distancia, la más extensa. Se ha argüido que esto tiene un carácter esencialmente reactivo: los miembros de la CENC y las autoridades de la junta militar querían evitar a toda costa que el derecho de propiedad fuera sometido a los vaivenes de la actividad política, como había ocurrido durante los años que antecedieron a la violenta interrupción de la democracia en 1973<sup>80</sup>. De esta forma, en la Constitución de 1980 el derecho de propiedad recibe una consagración extremadamente detallada, que tiene múltiples consecuencias, entre las cuales cabe destacar las siguientes: (1) se trata de un derecho que se extiende a toda clase de bienes, tanto corporales como incorporales, lo cual ha llevado a una “propietarización” de los derechos fundamentales, esto es, a que la titularidad de los derechos fundamentales sea comprendida en términos de propiedad<sup>81</sup>; (2) una constitucionalización de aspectos propios de la actividad política, como el proceso de expropiación, que el artículo 19 num. 24 regula paso a paso; (3) la protección de derechos sobre recursos naturales como el agua, el cual, a pesar de ser declarado como bien nacional de uso público en la ley (tanto en el artículo 582 del Código Civil como en el artículo 5° del Código de Aguas), es tratado como un derecho susceptible de apropiación privada en la Constitución, al asegurar ésta la propiedad sobre los derechos de aprovechamiento de aguas<sup>82</sup>.

Por medio de estos rasgos, la regulación constitucional del derecho de propiedad tiene efectos sobre aspectos esenciales de la democracia. Así, en primer lugar, instala una cierta concepción de los derechos fundamentales

79 Esta interpretación ha sido sostenida, fundamentalmente, por Ferandois (2001) y, en una versión más reciente, por Ribera (2014), ambas en n. 73. Para una impugnación de ella, puede verse Pardow y Vallejo (2008) y Vallejo (2016, en n. 61).

80 Para un excelente recuento del modo en que el derecho de propiedad fue objeto de modificaciones, y la dificultad de llevar éstas a cabo durante el período de vigencia de la Constitución de 1925, véase Gómez Leyton, J. C. *Las fronteras de la democracia. El derecho de propiedad en Chile, 1925-1973*. Santiago, LOM Ediciones, 2004.

81 Por todos, y a modo de síntesis, véase Ramírez, S. “Constitución chilena y gubernamentalidad neoliberal”, en *Derecho y Crítica Social* 5(1-2), 2019 83-122.

82 Para una aguda propuesta de compatibilización entre la titularidad de los derechos de aprovechamiento y la calidad de bien nacional de uso público del agua, véase Atria, F. y Salgado, C., *La propiedad, el dominio público y el régimen de aprovechamiento de aguas en Chile*. Santiago, Legal Publishing, 2015, quienes reconocen, siguiendo a Bauer, que “el régimen chileno de las aguas está claramente entre los más liberalizados del mundo” (p. 79).

de corte individualista, pues, al ser concebidos en términos de propiedad, éstos son tratados como instrumentos oponibles a otros, tanto al Estado como a terceros, dificultando una comprensión alternativa acerca del rol que los derechos fundamentales pueden tener en una sociedad democrática. En segundo lugar, se trata de un derecho cuya modificación por medio de los cauces políticos ordinarios resulta difícil, pues la sobrerregulación constitucional de sus aspectos opera como un coto a los resultados de la deliberación democrática. En tercer lugar, e íntimamente relacionado con lo anterior, al establecer una protección reforzada sobre el uso de ciertos recursos naturales que resultan claves para el desarrollo del país, como sucede con los derechos de aprovechamiento de aguas, la regulación del derecho de propiedad da estatus constitucional a un determinado modelo de desarrollo, que confía el devenir de dichos recursos al desempeño de agentes privados.

Hay otros aspectos de la Constitución Económica que desbordan los lindes de este trabajo, pero que también son útiles para dar cuenta de la intención de dar rango constitucional al neoliberalismo. En particular, vale la pena referirse brevemente a las normas que regulan la política fiscal, esto es, aquellas que se refieren a los ingresos (fundamentalmente las reglas impositivas) y gastos del Estado. La forma en que éstas se encuentran diseñadas pareciera restringir el ámbito de acción de los órganos democráticos representativos. Por una parte, se trata de reglas que entregan un poder muy alto al presidente de la República, en desmedro del Congreso. Por otra parte, hay aspectos que reciben una regulación excesiva en la Constitución, poniendo cotos al devenir de la política ordinaria. Así, en lo que refiere a los tributos, solo el presidente tiene la iniciativa para “imponer, suprimir, reducir o condonar tributos de cualquier clase o naturaleza”, según dispone el artículo 65 num. 1. En efecto, aquí se advierte una facultad del presidente de la República que permite calificar el presidencialismo chileno del tipo autoritario. Sólo el jefe de Estado cuenta con la iniciativa para presentar proyectos de ley cuando signifiquen gasto público. Aunque se trata de una facultad más antigua en el tiempo que la implementación operativa de los postulados neoliberales en Chile, ésta dialoga bien con un modelo de férreo control institucional de la marcha de la economía<sup>83</sup>.

Adicionalmente, la regulación de la ley de presupuesto establece que solo el presidente puede estimar los ingresos que percibirá el erario. En lo referente a los gastos fijados en la misma ley, el Congreso solo puede reducirlos, pero no se le permite aumentarlos. Podría argumentarse que estas reglas más

83 La concentración de facultades en el Ejecutivo como un modo de restringir los efectos de las instituciones democráticas ha sido una característica común del constitucionalismo latinoamericano, como ha argumentado extensamente Roberto Gargarella (a modo de síntesis, véase Gargarella, R., 2015). Agradecemos a uno de los arbitrajes anónimos por llamar nuestra atención sobre este punto.

que constitucionalizar un determinado modelo económico lo que hacen es generar un desequilibrio de poderes entre el ejecutivo y el legislativo, y que, así, el problema tiene relación con el régimen político (presidencialismo), y no con el modelo económico. Si bien este argumento es del todo plausible, lo que nos interesa subrayar, para efectos de este artículo, es que se trata de reglas que limitan la posibilidad de que las instancias de política democrática normal, como el parlamento, alteren la estructura del Estado, en el marco de una Constitución que consagra un modelo de corte neoliberal, que, como hemos visto en las instituciones ya descritas, restringe la actuación del Estado. Se trata, así, de reglas que petrifican un modo determinado de concebir la configuración económica del país.

Por último, en lo que refiere a las reglas impositivas, cabe mencionar el artículo 19 num. 20, que prohíbe que los “tributos que se recauden” estén “afectos a un fin determinado”. A diferencia de las reglas recién examinadas, esta norma no distribuye desigualmente las competencias entre los poderes del Estado, sino que constitucionaliza una materia que perfectamente podría ser objeto de la deliberación política. El legislador bien podría determinar la procedencia de establecer un impuesto cuya recaudación se destine a fines específicos, pero la Constitución impide de antemano esta posibilidad, limitando así las posibilidades de definir democráticamente un aspecto relevante de la política fiscal.

Como señalamos, el neoliberalismo es un proyecto de sociedad, que no solo atañe al modelo de desarrollo económico, sino que impacta, entre otros, en el modo en que se configuran las relaciones de poder. Atender, por tanto, a todos los dispositivos institucionales que han permitido su consolidación requeriría un espacio mucho más amplio que el que aquí disponemos. Es importante mencionar, sin embargo, que junto a las instituciones propias de la Constitución Económica ya examinadas, la Constitución chilena posee una serie de “cerrojos” que neutralizan los efectos transformadores de la política. Dichos “cerrojos” alcanzan a la Constitución Económica, en cuanto vuelven más difícil su modificación, pero la exceden largamente, teniendo un efecto sobre muchas otras instituciones. Tales cerrojos<sup>84</sup> comprenden, protagónicamente, al Tribunal Constitucional y a los quórum contra mayoritarios que la Constitución dispone para poder reformar una serie de materias<sup>85</sup>. Así, una mirada holística a la Constitución permite afirmar que ésta constitucionaliza un determinado modelo, de corte neoliberal, y que contiene una serie de instrumentos que obstaculizan la modificación de algunos aspectos esen-

84 En Chile estos “cerrojos” han sido conocidos durante los últimos años como “trampas” constitucionales, término que popularizó Fernando Atria (2013a y 2013b).

85 Hasta el año 2015, un tercer cerrojo lo constituía el sistema electoral binominal, el cual fue sustituido por un sistema de representación proporcional por medio de la entrada en vigencia de la ley n.º 20.840.

ciales de este modelo, haciéndolos inmunes a los efectos de la democracia, y respondiendo adecuadamente, así, a la descripción del autoritarismo que hemos realizado en este trabajo.

## 5. COMENTARIOS FINALES: HACIA UNA CONSTITUCIÓN ECONÓMICA SOCIAL Y DEMOCRÁTICA

Esta sección final busca entregar algunas luces respecto de la fisonomía que debiese tener una Constitución Económica capaz de superar el neoliberalismo autoritario consagrado en la arquitectura institucional vigente. Conviene advertir, de todas formas, que el intento de describir acabadamente una nueva Constitución Económica supera con creces la pretensión de este artículo y sería, en algún sentido, contraproducente con su objetivo fundamental, puesto que de lo que se trata es de restituir el potencial del ejercicio de la democracia para decidir sobre los aspectos fundamentales de nuestra vida en común. De lo que se trata aquí, entonces, es de ofrecer algunos bosquejos acerca de ciertos rasgos fundamentales. Nos concentraremos, a modo de reflexión final, en dos aspectos de la Constitución y su dogmática. En primer lugar, en el modo en que ha de ser construida la hermenéutica constitucional, a fin de permitir el desarrollo de un modelo económico distinto. En segundo lugar, en la necesidad de restituir el rol central que debe tener la actividad política como la esfera en que se delibera y decide acerca del devenir de la comunidad, algo que la Constitución actual obstaculiza.

### 5.1. EL ROL DE LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL

El neoliberalismo se ha asentado en nuestra Constitución Económica no solo por medio del texto de las reglas constitucionales, sino también mediante el rol que ha desempeñado la hermenéutica constitucional. Como hemos visto en la sección anterior, no es solamente el modo en que ciertas instituciones se encuentran reguladas en la Constitución, sino también la forma en que aquéllas han sido interpretadas, lo que ha facilitado la expansión y consolidación del neoliberalismo en nuestro país. Por ello, para efectos de superar el régimen neoliberal, una nueva hermenéutica constitucional es necesaria. El caso del principio de subsidiariedad ilustra adecuadamente el protagonismo que la interpretación ha tenido en nuestro país para efectos de dar estatuto constitucional a un determinado modelo de desarrollo. Aun cuando este principio no recibe mención expresa en la Constitución, se ha utilizado como base de la argumentación que sustenta la forma en que los derechos sociales son ofrecidos, dando una centralidad a los agentes privados, y extendiendo así las lógicas de mercado a una pluralidad de esferas.

Una Constitución Económica social y democrática debe comenzar por superar el originalismo que ha caracterizado a la interpretación vigente, el

cual, al otorgar un rol central e indisputado a la voluntad de la CENC, conduce a una petrificación del derecho, esto es, a una comprensión de las normas incapaz de dar cuenta de la evolución de la sociedad, produciendo así un divorcio entre la realidad social que circunda a la Constitución y el texto de ella<sup>86</sup>. Si bien el debate en torno a las técnicas de interpretación constitucional –y, consiguientemente, la crítica al originalismo como dispositivo hermenéutico– supera con creces las fronteras de nuestro país, aquí resulta especialmente atingente pues, como hemos mencionado, la voluntad de los miembros de la CENC –que se adopta acríticamente como manifestación de la voluntad del poder constituyente– representa la voluntad de los miembros de un grupo designado por un gobierno dictatorial, cuyo auto atribución del poder constituyente es espuria. Hasta hace algunos años, la interpretación constitucional desarrollada en Chile estaba marcada por una versión radical del originalismo, la cual servía, por una parte, para defender el legado político de la dictadura, y, por otra, para “zanjar complejas discusiones en torno a la interpretación de la Constitución vigente y a su desarrollo legislativo”<sup>87</sup>.

Una nueva hermenéutica constitucional resulta imprescindible para que sea posible imaginar otras formas posibles de convivencia democrática y, en ese marco, un modelo distinto de desarrollo, capaz de ofrecer alternativas al neoliberalismo. La interpretación constitucional, así, debe estar dotada de tres cualidades. En primer lugar, ha de ser capaz de responder al pluralismo propio de nuestra sociedad, en que conviven diferentes cosmovisiones e ideología. Si el originalismo tiende a ofrecer un lugar hegemónico a un determinado proyecto de sociedad, una interpretación constitucional alternativa debe dar cabida a las diferencias sociales y políticas inherentes a toda democracia. En segundo lugar, la hermenéutica constitucional debe estar atenta a la evolución de la sociedad, a fin de “favorecer la comprensión armónica entre norma y sociedad”<sup>88</sup>. De esta forma, la interpretación constitucional ha de evitar la petrificación del derecho y favorecer, por el contrario, que el texto de las normas constitucionales ofrezca respuestas a las condiciones sociales vigentes.

En tercer lugar, y en íntima relación con lo anterior, la interpretación constitucional ha de prestar atención a las condiciones materiales en que la Carta fundamental despliega su vigencia. Como bien han advertido Goldoni y Wilkinson, la “Constitución depende del orden material”<sup>89</sup>, por lo cual la interpretación de la Carta Fundamental no puede ser ciega a dichas condiciones. Por orden material debe entenderse, para estos efectos, y en términos generales,

86 Sobre la petrificación del derecho constitucional y sus problemáticas consecuencias, véase Viera, ob. cit. (n. 58).

87 Bassa, J., “La pretensión de objetividad en la Constitución chilena”. En: Bassa, J., Ferrada, J. C. y Viera, C., *La Constitución chilena*. Santiago, Lom Ediciones, pp. 13-14.

88 Viera, ob. cit. (n. 58)

89 Goldoni, M. y Wilkinson, M., “The Material Constitution”. *Modern Law Review*, vol. 81(4), 2018, pp. 567-597, 571.

el desarrollo de la economía y el modo como ésta permea la totalidad de la estructura social (Gambardella & García-Campo, 2020). Como hemos visto, una de las características centrales del neoliberalismo es el rol protagónico que tiene la economía, no solo como un ámbito de la vida social, sino como un modo de articular la sociedad entera, irradiando sus lógicas hacia otras esferas. En términos constitucionales, esto implica que la economía y las lógicas que la sostienen permea todas las áreas reguladas en la Constitución. La interpretación constitucional ha de estar especialmente atenta a estos efectos, a fin de poder actualizar una de las promesas básicas del constitucionalismo moderno: el auto gobierno de la comunidad política. Dicho de otro modo, en un contexto en que la economía ha devenido el elemento más significativo en la configuración de la convivencia política, la interpretación constitucional ha de prestar especial atención a ésta, incorporándola en sus conceptos básicos, y dando operatividad, así, a la posibilidad de que exista un control democrático sobre el desarrollo de la economía.

Estas tres características de la hermenéutica constitucional deben operar en conjunto. Una interpretación receptiva a las fuerzas sociales vivas, así como consciente del orden material a la base de la estructura constitucional, debe ser capaz de permitir que la acción política democrática que ocurre al alero de la normativa constitucional vigente sea capaz de generar transformaciones sustantivas en el orden socio económico. No se trata de una interpretación que a priori asuma un contenido determinado, sino que sea capaz de dar cabida al modo en que los principios constitucionales son vividos y materializados.

## 5.2. HACIA UNA RESTITUCIÓN DE LA POLÍTICA

Otra de las formas en que la Constitución chilena favorece la reproducción del neoliberalismo es la constitucionalización de algunas de las materias más relevantes para su desarrollo. La regulación del derecho de propiedad aparece como el ejemplo paradigmático al respecto. Por medio de un diseño congruente con las ideas básicas del modelo de desarrollo neoliberal (como, por ejemplo, la propiedad privada de recursos naturales), y de una regulación que protege dicho diseño hasta el detalle, la Constitución obstaculiza la construcción de un modelo de desarrollo alternativo, pues tiende a volver estéril el ejercicio de la política democrática. Lo que hace la Constitución, de esta manera, es consagrar como indisputable lo que es, en realidad, un modelo económico entre otros posibles. El pluralismo democrático se ve así truncado por la imposición de un modelo cuya modificación se vuelve, al menos, difícil<sup>90</sup>. En Chile, en particular, esto supone dos obstáculos serios a la salud de la democracia. En primer lugar, se trata de la consagración de

90 Sobre los problemas de legitimidad que supone la constitucionalización determinadas opciones económicas, véase Prosser, T., ob. cit. (n. 20).

un modelo económico impuesto por un gobierno dictatorial, lo cual permite cuestionar la así llamada “legitimidad de origen” de este modelo. En segundo lugar, la Constitución abstrae de la deliberación pública materias que son fundamentales para la forma en que se estructura la convivencia política.

Solo a modo referencial, en un país cuya economía depende de la exportación de recursos naturales, el modo en que se estructure la propiedad sobre éstos desempeña un papel clave en el modelo de desarrollo del país. Es usual y esperable que existan distintas concepciones acerca de cuál es la configuración más adecuada respecto de la propiedad y gestión de estos recursos. El ejercicio de la política, los cauces institucionales de deliberación deben ser capaces de dar cuenta de esas diferencias y adoptar decisiones de conformidad a ellas. De eso se trata, después de todo, la libertad política<sup>91</sup>. Sin embargo, es eso precisamente lo que la Constitución impide. Al consagrar con tal fuerza un modelo económico determinado, impide que la política pueda modificar dicho modelo. Una nueva Constitución Económica, que se tome en serio el adjetivo democrático, debe devolver a la política la capacidad de decidir sobre los asuntos comunes, permitiéndonos, así, actualizar constantemente el modo en que decidimos vivir juntas y juntos.

### 5.3. LA RECUPERACIÓN DEL INTERÉS PÚBLICO Y LA JUSTICIA SOCIAL

El neoliberalismo, al descansar en la noción de interés individual como articulador de las interacciones sociales, y como mecanismo que lleva a producir tanto los mayores grados de libertad como de eficiencia individual, desvanece las nociones de interés público y de justicia social. Esto se traduce en que las instituciones son diseñadas con la finalidad de maximizar el interés individual. Con base en la racionalidad económica que permea la lectura de la sociedad propia del neoliberalismo, dicha maximización asume los criterios propios del mercado, es decir los de un(a) agente racional que persigue su propio beneficio. Lo que más arriba hemos llamado “proprietarización” de los derechos fundamentales puede ser entendido como una consecuencia de esta lógica. Los derechos son comprendidos como un instrumento que cada individuo puede oponer a terceros y, sobre todo, al Estado. Bajo esta comprensión, una lógica alternativa, basada en la solidaridad y la cooperación es dificultada. Una Constitución Económica de corte social y democrático requiere restablecer la centralidad de las nociones de justicia social e interés público, capaz de trascender los intereses individuales y de concebir el bienestar general como una entidad distinta a la mera agregación de preferencias individuales. De esta forma, es posible pensar en diseños institucionales capaces de priorizar los intereses colectivos y de introducir

91 Esta es la ya clásica formulación de la libertad política que ofreciera H. Arendt en *Sobre la Revolución*. Madrid, Alianza Editorial, 2013.66.

lógicas de solidaridad que corrijan las injusticias del mercado. El contexto de crisis en que nos encontramos inmersos vuelve dichas tareas más urgentes que nunca. Este artículo ha querido ofrecer algunas pistas que nos permitan caminar en esa dirección.

#### REFERENCIAS

- Arendt, H. *Sobre la Revolución*. Madrid, Alianza Editorial, 2013.
- Atria, F. *Mercado y ciudadanía en la Educación*. Santiago, Editorial Flandes Indiano, 2007.
- Atria, F. *La mala educación*. Santiago, Editorial Catalonia, 2011.
- Atria, F. *Veinte años después: neoliberalismo con rostro humano*. Santiago, Editorial Catalonia, 2013.
- Atria, F. *La Constitución tramposa*. Santiago, Lom Ediciones, 2013.
- Atria, F. *Derechos sociales y educación. Un nuevo paradigma de lo público*. Santiago, Lom Ediciones, 2014.
- Atria, F. y Salgado, C. *La propiedad, el dominio público y el régimen de aprovechamiento de aguas en Chile*. Santiago, Legal Publishing, 2015.
- Bassa, J. y Viera, C. *Elementos de teoría e interpretación constitucional para el proceso constituyente*. Santiago, Thomson Reuters, 2017.
- Bassa, J., Ferrada, J. C. y Viera, C. (eds.), *La Constitución chilena*. Santiago, Lom Ediciones, 2015.
- Bidart Campos, “La Constitución económica (un esbozo desde el derecho constitucional argentino)”. *Cuestiones Constitucionales*, n.º 6, Universidad Nacional Autónoma de México, 2002.
- Bonefeld, W. “Authoritarian Liberalism: From Schmitt via Ordoliberalism to the Euro”, *Critical Sociology*, vol. 43(4-5), 2017.
- Brown, W. *Undoing the Demos. Neoliberalism’s Stealth Revolution*. Nueva York, Zone Books, 2015.
- Bruff, I. *The Rise of Authoritarian Neoliberalism*. Rethinking Marxism, Londres, vol. 26(1), 2014.
- Bruff, I. y Burak Tansel, C. *Authoritarian neoliberalism: trajectories of knowledge production and praxis*, *Globalizations*, vol. 16(3), 2019.
- Burak Tansel, C. *States of Discipline. Authoritarian Neoliberalism and the contested reproduction of Capitalist Order*. Londres, Rowman & Littlefield, 2017.
- Cristi, C. *Carl Schmitt and Authoritarian Liberalism: Strong State, Free Economy*. Cardiff, University of Wales Press, 1998.

- Fabry, A. y Sandbeck, S. *Introduction to special issue on 'authoritarian neoliberalism'*. *Competition & Change*, vol. 23(2), 2019.
- Faúndez-Sánchez, E. "Propuesta de reinterpretación y extensión del principio de subsidiariedad económica hacia la cooperación público-privada en Chile". *Revista Digital de Derecho Administrativo* n.º 15, primer semestre, Universidad Externado de Colombia, 2016.
- Fernandois, A. *Derecho Constitucional Económico*. Santiago, Pontificia Universidad Católica de Chile, 2001.
- Fine, B. y Saad-Filho, A. "Thirteen Things You Need to Know about Neoliberalism". *Critical Sociology*, vol. 43(4-5), 2017.
- Font Galán, *Constitución económica y derecho de la competencia*, Madrid, Tecnos, 1987.
- fraser n. "Legitimation Crisis? On the Political Contradictions of Financialized Capitalism". *Critical Historical Studies*, vol. 2(2), 2015.
- Friedman, M. *Capitalismo y libertad*. Síntesis, Madrid, 2012.
- Gambardella, M. *¿Regulación financiera o de seguridad social? una aproximación a la supervisión de las pensiones en Chile y su relación con la regulación financiera*, tesis para optar al grado de magíster en Derecho, Universidad de Chile. Santiago, 2019.
- Gambardella, M. y García-Campo, G. (2020) "Poder constituyente, capitalismo financiero y la (im)posibilidad de la libertad", en *Derecho y Crítica Social* 6(2) 249-277.
- García-Pelayo, *Consideraciones sobre las cláusulas económicas de la Constitución. Obras completas*, vol. III. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991.
- Gargarella, R. *The Engine Room of the Constitution*. Oxford, Oxford University Press, 2013
- Gargarella, R. "Diez puntos sobre el cambio constitucional en Chile". *Revista Nueva Sociedad*, n.º 285, enero-febrero 2020.
- García, J. F. (ed.) *¿Nueva Constitución o Reforma? Nuestra propuesta: evolución constitucional*. Santiago, Thompson Reuters, 2015.
- Goldoni, M. y Wilkinson, M. "The Material Constitution". *Modern Law Review*, vol. 81(4), 2018.
- Gómez Leyton, J. C. *Las fronteras de la democracia. El derecho de propiedad en Chile, 1925-1973*. Santiago, LOM Ediciones, 2004.
- Hall, S. *Selected Political Writings*. Carolina del Norte, Duke University Press, 2011.
- Harvey, D. *Breve historia del neoliberalismo*. Buenos Aires, Akal, 2007.
- Heller, H. "Authoritarian Liberalism?" *European Law Journal*, vol. 21(3), 2015.
- Heller, H. *Escritos políticos*. Madrid, Alianza Editorial, 1985.
- Heller, H. *Las ideas políticas contemporáneas*. Granada, Editorial Comenares, 2004.
- Heller, H. *Teoría del Estado*. Granada, Editorial Comenares, 2004.

- Hobsbawm, E. *Historia del siglo xx*, Madrid, Crítica, 1994.
- Judt, T. *Postguerra*, Madrid, Taurus, 2006.
- Juego, B. "Authoritarian Neoliberalism: Its Ideological Antecedents and Policy Manifestations from Carl Schmitt's Political Economy of Governance". *Administrative Culture*, vol. 19(1), 2018
- Kessler, J. "The Political Economy of Constitutional Political Economy". *Texas Law Review*, vol. 94, 2016.
- Kirchheimer, O y Neumann, F. (eds.), *Social Democracy and the Rule of Law*. Londres, Allen and Unwin, 1987 (1927), 44-66.
- Neumann, F. "On the preconditions and the legal concept of an economic constitution". En: O. Kirchheimer y F. Neumann (eds.), *Social Democracy and the Rule of Law*. Londres, Allen and Unwin, 1987 (1927).
- Nörr, K. "Economic Constitution": On the Roots of a Legal Concept". *Journal of Law and Religion*, vol. 11(1), 1994 - 1995
- Novak, M. "Ocho argumentos sobre la moralidad del mercado". *Estudios Públicos*, Santiago n.º 55, 1994
- Pardow, D. y Vallejo, R. "Derribando mitos sobre el Estado empresario". *Revista Chilena de Derecho*, vol. 35(1), 2008.
- Piketty, T. *El capital en el siglo xxi*. Ciudad de México, Fondo de Cultura Económica, 2015.
- Piñera, J. *La revolución laboral en Chile*. Santiago, Editorial Zigzag, 1990, p. 23.
- Polanyi, K. *The great transformation*. Boston, Beacon Press, 1994.
- Prosser, T. *The Economic Constitution*. Oxford, Oxford University Press, 2014.
- Prosser, T. "Constitutionalising Austerity in Europe". *Public Law*, January, 2016.
- Ramírez, S. "Constitución chilena y gubernamentalidad neoliberal". *Derecho y Crítica Social* 5(1-2), 2019
- Ruiz, C. y Boccardo, G. *Los chilenos bajo el neoliberalismo. Clases y conflicto social*. Santiago, Editorial Eldesconcierto, 2015.
- Ruiz, C. *De nuevo la sociedad*. Santiago, Lom Ediciones, 2016.
- Salazar, G. y Pinto, J. *Historia contemporánea de Chile*, vol. 3. Santiago, LOM Ediciones, 2002.
- Somek, A. *Delegation and Authority: Authoritarian Liberalism Today*. *European Law Journal*, vol. 21(3), 2015.
- Streeck, W. *Buying Time. The delayed crisis of Democratic Capitalism*. Londres, Verso Books, 2014.
- Streeck, W. "Heller, Schmitt and the Euro", *European Law Journal*, vol. 21(3), 2015.

- Tschorne, S. *Neoliberalism and the Crisis of the Public Law*, Londres, London School of Economics and Political Science, 2014.
- Ugarte, J. L. “El trabajo en la Constitución chilena”. En: J. Bassa, J. C. Ferrada y C. Viera, *La Constitución chilena*. Santiago, Lom Ediciones, 2015.
- Vallejo, R. “La Constitución Económica chilena. Un ensayo en (de)construcción”. *Estudios Constitucionales*, año 14, n.º 1, 2016.
- Viera, C. “Consideraciones acerca de una Constitución Económica. Hacia una reinterpretación de la Constitución Económica chilena”. *Revista de Derecho Público*, n.º 71, 2009.
- Viera, C. “Estado social como fórmula en la Constitución chilena”. *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, año 21, n.º 2, 2014.
- Viera, C., Bassa, J. y Ferrada, J. C. “Una aproximación a la idea de Constitución Económica y sus alcances en la Constitución chilena”. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 2016.
- Von Hayek, F. “Los fundamentos éticos de una sociedad libre”. *Estudios Públicos*, Santiago, n.º 3, 1981.
- Von Hayek, F. *Los principios de un orden social liberal*. *Estudios Públicos* n.º 6, Santiago, 1982.
- Von Hayek, F. *Camino de servidumbre*, Alianza Editorial, Madrid, 2011.
- Wilkinson, M. *Authoritarian Liberalism: The Conjunction behind the Crisis*. Londres, London School of Economics and Political Science, 2018.
- Wilkinson, M. “Authoritarian Liberalism in Europe: A Common Critique of Neoliberalism and Ordoliberalism”. *Critical Sociology*, vol. 45 (7-8), 2019.