

BANCO CENTRAL DE
CHILE



MIL PESOS

2009

A handwritten signature in black ink, appearing to read "Jeff".

PRESIDENTE

A handwritten signature in black ink, appearing to read "A.G.".

GERENTE GENERAL

Política económica y derechos humanos

Francisca Moya¹⁵⁰

& Constanza Salgado¹⁵¹

DOI: 10.53110/HORF6492

A. Introducción: La noción de constitución económica es generalmente usada para referirnos al marco social y político que configura la economía en un país. Este marco se puede encontrar consagrado en normas establecidas en la constitución o bien por su interpretación doctrinaria o jurisprudencial. El presente trabajo busca analizar la Constitución de 1980 para identificar y entender su contenido económico, y cómo éste ha configurado la política económica chilena en las últimas cuatro décadas. Con este objetivo, este trabajo está dividido en tres secciones, además de esta introducción. En la sección b nos referimos al concepto de constitución económica buscando aclarar los distintos usos que éste ha recibido. Sobre esta base, revisamos los elementos más característicos de la noción de constitución económica en el derecho comparado y proponemos una clasificación en base a estos elementos. Luego, en la sección c, describimos los elementos económicos que pueden encontrarse en el texto constitucional de 1980 y explicamos cómo la doctrina hegemónica fue mucho más allá del texto constitucional generando una cultura interpretativa que veía en ella una constitución neoliberal. Esta cultura interpretativa a su vez contribuyó a proteger el modelo económico impuesto por la dictadura durante la década de los 80'. Finalmente, en la sección d, proponemos para la nueva Constitución chilena una constitución económica abierta, que, a diferencia de la Constitución de 1980, permita a la deliberación pública democrática elegir la política económica a aplicar.

¹⁵⁰ Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales por la Universidad de Chile, LLM en Derecho Público por la London School of Economics and Political Science (LSE), y doctoranda en derecho por la Universidad de Glasgow.

¹⁵¹ Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales por la Universidad de Chile, LLM por la Universidad Católica y doctora en derecho por la Universidad de Edimburgo. Profesora Asistente de la Universidad Adolfo Ibáñez.

B.

Constitución Económica

I. El concepto de constitución económica

• Los usos normativo y descriptivo del concepto

Al revisar el concepto de constitución económica, lo primero que es relevante considerar su utilización por la doctrina en diferentes sentidos a lo largo del tiempo. En muchos casos, la noción de constitución económica se usa de manera normativa para referirse a desarrollos teóricos que plantean cómo debe ser la relación entre la constitución y el orden económico. En general, se relaciona también con las primeras nociones del concepto, desarrolladas a comienzos de la década del 20 durante la discusión de la constitución de Weimar, proceso en el cual fue fundamental la colaboración de HUGO SINZHEIMER y su propuesta de incorporar un órgano destinado a promover la democracia económica, que representara consejos locales de producción.¹⁵² Con el tiempo, esta perspectiva de constitución económica -como democracia económica- se desvaneció, dando paso a una forma de entender la constitución económica desde los postulados de la escuela Ordoliberal.

En efecto, después del término de la segunda guerra mundial, la idea de constitución económica se convirtió en un elemento crítico del pensamiento económico y jurídico ordoliberal y fue muy influyente en el desarrollo de Alemania durante los años siguientes. El pensamiento ordoliberal era contrario a la idea de que los problemas de la economía se resuelven espontáneamente o mediante la evolución de la historia. Por el contrario, el derecho tenía un rol protagónico que cumplir.¹⁵³ Por lo mismo, la constitución era un instrumento de política económica que debía crear las condiciones en las que los agentes económicos pudieran desarrollar sus intereses y promover el interés común.

Adicionalmente, la noción de constitución económica también se usa de manera descriptiva, para dar cuenta de cómo efectivamente se ha dado la relación entre la constitución y el orden económico, y cómo se ha construido el marco social y político que configura la economía en un país. En su uso descriptivo, la constitución económica de un país se refiere a las instituciones, normas y desarrollos interpretativos de un determinado contexto constitucional. Al respecto, es bueno tener en mente que si bien gran parte de este contenido se puede encontrar en el texto de la constitución y en la legislación que la complementa, otras veces, este es producto de las inter-

¹⁵² Dukes, 2014 y Nörr, 1996. Recientemente y en nuestro país, véase: Muñoz, borrador no publicado.

¹⁵⁵ Vanberg, 2001.

¹⁵⁴ Gerber, 1994.

pretaciones propuestas por la doctrina o la jurisprudencia.¹⁵⁵ El presente trabajo usa la noción de constitución económica principalmente en un sentido descriptivo.

• La constitución económica es un fenómeno reciente

La constitución económica es un fenómeno relativamente reciente, tanto en su faz normativa como descriptiva, y se relaciona con la expansión del constitucionalismo durante el siglo XX. El crecimiento del constitucionalismo, señala LOUGHLIN, ha implicado la expansión del alcance de la constitucionalización,¹⁵⁶ expresándose en el orden económico en nuevos derechos, y también en la regulación constitucional de nuevas instituciones y reglas que veremos en la siguiente sección.

En una reciente publicación, GERAPETRITIS¹⁵⁷ ha explicado la evolución de la relación entre las constituciones y el orden económico distinguiendo tres períodos: el Constitucionalismo “puro”, que comenzó durante el siglo XVII y se extendió hasta el periodo entreguerras propio del siglo XX;¹⁵⁸ el Constitucionalismo Económico, que se manifestó durante el siglo XX, principalmente después de la segunda guerra mundial, y un tercer periodo de Nuevo Constitucionalismo Económico producido luego de la irrupción de la crisis económica de 2008. Respecto de la primera etapa, GERAPETRITIS plantea que la constitución fue relativamente indiferente a la economía y “no se comprometió con una visión económica específica del Estado” y que, por Es durante la segunda fase denominada Constitucionalismo Económico, plantea el autor, cuando la gran mayoría de los textos constitucionales a nivel comparado comenzaron a incorporar diversos elementos relativos a la regulación del orden económico.¹⁵⁹



La constitución económica es un fenómeno relativamente reciente, tanto en su faz normativa como descriptiva, y se relaciona con la expansión del constitucionalismo durante el siglo XX.

¹⁵⁵ Como explicaremos más adelante (3.3), algunos autores en nuestro país parecieran voluntariamente confundir ambas formas de usar el concepto, pretendiendo describir un contenido supuestamente consagrado en la constitución cuando más bien están planteado su particular opinión sobre como debiera regularse una determinada materia.

¹⁵⁶ Loughlin, 2010.

¹⁵⁷ Gerapetritis, 2019.

¹⁵⁸ Esta fecha de comienzo del constitucionalismo parece temprana en comparación con lo propuesto por Loughlin: “[e]sta concepción llegó a delinearse sólo a finales del siglo XVIII y principalmente como consecuencia de las Revoluciones Americana y Francesa” (Op. Cit., Loughlin, p. 47. La traducción es nuestra).

¹⁵⁹ Prosser, 2014.

“ ”

hay quienes sostienen que las constituciones y el propio constitucionalismo desde su origen tuvo un contenido económico. Ello, en la medida en que a través de él se protegió la noción de legalidad, la defensa de la estabilidad del sistema jurídico y, especialmente, la protección de la propiedad privada.

Por ejemplo, durante las últimas décadas, más de 90 naciones han regulado constitucionalmente la existencia de los bancos centrales y su función como instituciones de política monetaria. También se han incorporado reglas referidas a la economía de mercado, las empresas públicas, la libre competencia y la política fiscal. Finalmente, la tercera fase de Nuevo Constitucionalismo Económico, se inició con la crisis financiera de 2008 y se caracteriza por una radicalización de la importancia de la protección del funcionamiento de la economía, tanto en la redacción e interpretación de las constituciones nacionales en desmedro de la soberanía de las comunidades políticas, o países miembros si se trata de la Unión Europea.

Con todo, la supuesta indiferencia de la primera etapa del constitucionalismo en relación a la economía es una idea controvertida. Al respecto, COUSO¹⁶⁰ plantea que la carencia u omisión de regulación de la estructura económica exhibida por las primeras constituciones de Europa y América se debe a la hegemonía social, cultural y política de la economía de mercado durante el siglo XIX, y que a las élites políticas no sintieron la necesidad de atrincherar en la constitución el modelo capitalista de libre mercado. Por otra parte, hay quienes sostienen que las constituciones y el propio constitucionalismo desde su origen tuvo un contenido económico. Ello, en la medida en que a través de él se protegió la noción de legalidad, la defensa de la estabilidad del sistema jurídico y, especialmente, la protección de la propiedad privada. Estas ideas, propias del constitucionalismo, tuvieron desde siempre una orientación liberal, cimentando la distribución del poder y funcionando como la base del nuevo orden económico y político en el que vivimos. Refiriéndose específicamente a la idea de los derechos, MENKE Y TURNER señalan que “sin la forma jurídica del derecho subjetivo el capitalismo no existiría”,¹⁶¹ como tampoco existiría sin su consagración en la constitución y protección frente al poder estatal.¹⁶²

Así, la novedad del contenido económico en las constituciones no es tal si se considera la regulación constitucional del derecho de propiedad desde esta perspectiva. Por lo mismo conviene incorporar una distinción respecto del sentido en que se entiende la idea de constitución económica. En sentido amplio, es posible plantear que la gran mayoría de las constituciones

¹⁶⁰ Dukes, 2014 y Nörr, 1996. Recientemente y en nuestro país, véase: Muñoz, borrador no publicado.

¹⁶¹ Menke y Turner, 2020 (La traducción es nuestra).

¹⁶² Pistor, 2020.

han tenido (o tienen) un cierto contenido económico, en la medida en que contemplan la protección de la propiedad privada y con ello adscriben a una determinada forma de entender el funcionamiento de la economía. Por otro lado, en un sentido estricto, y más útil como categoría para los fines de este trabajo, la noción de constitución económica puede servir para identificar la forma en que la economía de un país es configurada por el nivel constitucional, y los principios, reglas e instituciones relevantes que están involucradas en ello.

II. Elementos de contenido económico en las constituciones

Si bien la forma en que las constituciones aportan a configurar el orden económico de las naciones es extraordinariamente diverso, **es posible enlistar de manera general un número de elementos que se pueden encontrar en los textos constitucionales en el derecho comparado**. Estos son: la forma que adopta regulación de la propiedad privada; la configuración y justiciabilidad de los derechos sociales; la regulación constitucional de la relación entre el Estado y los privados, a través de la competencia y el libre mercado; la regulación constitucional de la política monetaria y de la política fiscal, entre otros. Por cierto, es bueno señalar que estos elementos generalmente no concurren conjuntamente, sino que sólo algunos de estos temas están expresados. Según la forma y contenido de estos elementos es posible clasificar el contenido económico de las constituciones, como veremos a continuación.

La regulación constitucional de la propiedad privada es un elemento presente en casi todas las constituciones, y con estructuras relativamente comunes. La constitucionalización de la propiedad, en tanto declaración de compromiso con la propiedad privada y la economía de mercado, influye sobre muchos de los elementos que se consideran más adelante. Con todo, la relevancia y valor que cada texto constitucional da al derecho de propiedad privada no es siempre el mismo: se juega en su consagración y forma, y en la extensión del poder de la propietaria y los límites que ésta debe respetar. Límites como el bien común, la protección del medio ambiente, la propiedad de otros, o nuestra criolla limitación impuesta por la “función social” son ejemplos de ello. La protección constitucional del derecho de propiedad no es, en todo caso, un fenómeno espontáneo. Como ha señalado ALLEN,¹⁶³ la inclusión de cláusulas relativas a la propiedad privada ha sido promovida, muchas veces, mediante algo más que consejos, por diversas organizaciones financieras internacionales.

¹⁶³ Allen, 2000.

Un segundo elemento que también debe considerarse en este listado, es si una constitución considera o no derechos sociales. Es difícil sopesar no solo la forma en que influyen en la economía y el grado en que lo hacen. Los derechos sociales pueden convivir con diversos modelos económicos y su reconocimiento constitucional ha resultado ser compatible con modelos económico sociales neoliberales.

Un tercer grupo de temas que caracterizan el contenido económico de las constituciones es la regulación constitucional de la relación entre los actores económicos, mediante el fomento a la competencia y regulación antimonopolios, la protección del libre mercado, y la protección de los derechos del consumidor o usuario de servicios públicos o publicados. Este tipo de cláusulas han sido especialmente frecuentes en las constituciones de países que pertenecieron a la Unión Soviética, como una forma de reafirmar un compromiso con el libre mercado.

La política monetaria y la política fiscal también son elementos propios del contenido económico de las constituciones. El primer caso es generalmente expresado mediante la creación de entidades públicas especialmente dedicadas a estas materias, generalmente denominadas Bancos Centrales y “resguardadas” de los vaivenes de la política contingente.¹⁶⁴ En segundo lugar, la preocupación por la política fiscal y la deuda pública también ha ido siendo cada vez más importante en el nivel constitucional. La gran mayoría de las constituciones del mundo se refieren a la elaboración de los presupuestos nacionales, generalmente como una forma especial de debate legislativo. Desde hace ya varias décadas, países han ido incorporado límites constitucionales al gasto fiscal con la intención de controlar el endeudamiento del fisco, bajo argumentos de justicia intergeneracional y protección de los mercados internacionales de bonos soberanos y su riesgosa interdependencia.

III. Algunas categorías de clasificación

Como decíamos anteriormente existe una gran dispersión en la forma en que las distintas constituciones desarrollan o no los elementos mencionados en la sección anterior. Ello hace difícil proveer categorías generales que aporten al análisis o que permitan clasificar las constituciones en el derecho comparado. Un esfuerzo reciente en esta línea lo ha hecho GERA-PETRITIS,¹⁶⁵ planteando que las constituciones de los países miembros de

¹⁶⁴ La protección de la “independencia” de instituciones con atribuciones en materia económica ha sido debatida latamente por la doctrina en economía y ciencia política. Para un panorama general véase Walsh, 2010; Berger et al., 2001, pp. 3-40; McNamara, 2002, pp. 47-76. En Chile véase: desde la economía, Céspedes y Valdés, 2006; desde el derecho, Ferrada, 2003, pp. 151-166.

¹⁶⁵ Gerapetritis, 2019.

la Unión Europea pueden ser clasificadas en tres categorías: constituciones orientadas al libre mercado y la competencia; constituciones de economía mixta o social de mercado, y constituciones de composición abierta.

Las de la primera categoría, constituciones orientadas al libre mercado y la libre competencia, se caracterizan por adoptar de forma explícita, y a veces también implícita, el lenguaje de la preservación de la competencia o de la salvaguardia de las prácticas antimonopolio o equivalentes, como es el caso de Austria, Bulgaria e Irlanda. En otros casos, estas normas se refuerzan con principios del libre mercado como en los textos constitucionales de antiguos Estados socialistas de Europa oriental, como Rumanía, Hungría, y Lituania. En este caso, las constituciones declaran de manera casi pomposa que se garantizará la integridad del espacio económico, la libre circulación de bienes, servicios y recursos financieros, el apoyo a la competencia y la libertad de la actividad económica.

El segundo prototipo de constitución económica son las denominadas “mixtas”. Esta categoría permite clasificar a constituciones que combinan referencias a la economía de mercado y estado social. En estos casos, el Estado normalmente mantiene una parte significativa de la planificación económica, la control y monopolio de la moneda y el crédito y la competencia para intervenir en secciones sectoriales/geográficas. La diferencia entre estas constituciones y las de composición abierta descritas más abajo, está dada porque en las mixtas el margen de los gobiernos para elegir qué política económica aplicar es menor, pues se deben respetar los pilares de la economía de libre mercado. Las constituciones de países como Portugal, España, Italia, Polonia y Eslovakia están incluidas en esta categoría.

En tercer lugar, GERAPETRITIS identifica lo que denomina constituciones de composición abierta. Las constituciones de composición abierta se caracterizan por ser constituciones que no contienen definiciones específicas acerca cuál es el modelo económico nacional prevaleciente, por lo que permiten un amplio margen al Gobierno político un cuanto a la aplicación de programas económicos diversos. En este sentido, son las que presentan un mayor nivel de neutralidad. Con todo, ello no significa que estas constituciones sean de carácter mínimo o carezcan de todo contenido relativo a la economía pues bien pueden, por ejemplo, tener aspectos relativos a la regulación de la actividad financiera en el territorio nacional como es el caso de la constitución de Grecia.

Considerando la conceptualización y clasificaciones propuestas, en la siguiente sección analizaremos el caso chileno y sus particularidades.

“ ”

Las de la primera categoría, constituciones orientadas al libre mercado y la libre competencia, se caracterizan por adoptar de forma explícita, y a veces también implícita, el lenguaje de la preservación de la competencia o de la salvaguardia de las prácticas antimonopolio o equivalentes,

La Constitución económica de 1980

Como señalamos, la constitución económica puede entenderse como el marco jurídico-político que configura la economía en un país, y que se encuentra consagrado en Constitución o bien deriva de su interpretación. El caso de Chile es muy interesante en esta materia. La Constitución de 1980 no es sólo un texto con normas, sino que también y especialmente en materia económica, el resultado de interpretaciones que se volvieron canónicas, las cuales impusieron límites a la intervención del Estado en materia económico y social ahí donde el texto nada decía.

I. El texto constitucional de 1980

Hasta la Constitución de 1980, las constituciones chilenas mantuvieron un relativo silencio en materia económica. Por contraste, el texto constitucional de 1980 efectivamente contiene normas económicas y que hasta antes de 1980 no existían.

Si bien las constituciones anteriores consagraban el derecho de propiedad, éstas no contenían los elementos típicos que caracterizan las constituciones económicas que podemos encontrar hoy en el derecho comparado y que enunciamos más arriba (sección 2.2). La Constitución de 1980 incorporó varios de estos nuevos elementos: reguló aspectos básicos de la tributación y de las cargas públicas estableciendo, entre las más importantes, la igual repartición de las cargas públicas, la prohibición de tributos manifiestamente injustos o desproporcionados y el principio de no afectación (art. 19 N° 20); aspectos de la política monetaria, al consagrar el carácter autónomo de ese órgano a nivel constitucional, así como también la prohibición de financiar gasto público o préstamo con créditos directos o indirectos (art. 108 y 109), y consagró también normas que regulan la relación entre el Estado y los privados, al establecer la protección de los grupos intermedios y de su “adecuada” autonomía (art. 1), el principio de no discriminación en materia económica (19 N° 22), la libertad para adquirir toda clase de bienes que la ley no declare expresamente como de uso público (19 N° 23) y la libertad de emprendimiento (19 N° 21). Respecto de los derechos sociales, fue la Constitución de 1925 la que los incorporó por primera vez lo que luego se mantuvo en la Constitución de 1980.

Si tomamos las categorías propuestas por GERAPETRITIS y si nos detenemos exclusivamente en el texto constitucional, puede sostenerse que la Constitución de 1980 claramente se asemeja a una constitución orientada al libre mercado y la libre competencia. La Constitución de 1980, sin embargo, va más allá si uno atiende a la interpretación que la doctrina tradicional hizo de este conjunto de reglas. Como veremos en las siguientes secciones, la doctrina derivó principios que imponían límites a la intervención del Estado en materia económica y social ahí donde el texto no los establecía. Ahí donde el texto entregaba libertad al legislador democrático, las interpretaciones de la doctrina la restringieron.

II. La cultura interpretativa de la Constitución de 1980

La doctrina tradicional no se ha limitado a describir estas reglas y a clasificarlas según ciertos criterios, sino que deduce de ellas (1) un orden organizador de la economía, el orden público económico, con un contenido determinado cuyo eje sería el libre mercado y la libertad de emprender; y (2) un principio de subsidiariedad, que, entendido a la chilena, consagra un modelo de Estado abstencionista en materia económico-social.

Como hemos visto, no hay referencia expresa al principio de subsidiariedad ni al concepto de orden público económico en la Constitución de 1980. Sin embargo, ambos conceptos no sólo estuvieron presentes, sino que tuvieron centralidad en la discusión de los redactores de la constitución.

• El Orden Público Económico

El primer concepto clave en la cultura interpretativa económica de la constitución vigente es el de orden público económico. Este concepto ha sido acuñado por la doctrina tradicional, basándose en un conjunto de las normas económicas que establece la constitución y en el principio de subsidiariedad (cuyo contenido veremos en la siguiente sección). Según FERMANDOIS -su más importante articulador- este no es un concepto neutro, ya que bajo la Constitución de 1980 ese orden económico “tiene un contenido concreto, cuyo eje es la libertad de emprender”.¹⁶⁸ Para esta doctrina, la intervención del Estado frente a la libertad económica debe ser excepcional, no bastando invocar razones de interés general.

Lo notable es que este orden público económico, no expresamente establecido en el texto constitucional, es usado a su vez para interpretar todas las normas de la constitución en su luz,¹⁶⁹ desdibujando el análisis jurídico riguroso del contenido de estas normas de acuerdo a su significado lingüístico.¹⁷⁰ Así, FERMANDOIS Y GARCÍA, sostenían, por ejemplo, en un trabajo

¹⁶⁶ Tomamos prestado el término de Vallejo, 2016. Las particularidades relativas a la forma en que el principio de subsidiariedad ha sido entendido por la doctrina y jurisprudencia nacional son explicadas más adelante en esta sección.

¹⁶⁷ Entre los más importantes, véase Soto, 1986; Bertelsen, 1987; Navarro, 2000 y Fermandois, 2010.

¹⁶⁸ Fermandois, 2010, p. 29. Vale la pena notar que la idea de que el Orden Público Económico no es neutral está presente a lo largo del todo el libro.

¹⁶⁹ Así, por ejemplo, según Fermandois, la función social de la propiedad contenida en la Constitución de 1980 debía interpretarse a la luz de este orden económico, debiendo el legislador ser “extraordinariamente respetuoso con el dominio privado, por así exigirlo el principio de subsidiariedad y la primacía de la persona humana” (ibid., p. 314).

¹⁷⁰ Ferrada, 2000, p. 49.

“ ”

El concepto central de la constitución económica según la cultura interpretativa es, sin embargo, el principio de subsidiariedad.

publicado en una prestigiosa revista nacional de derecho, que la libertad de trabajo consagrada en la Constitución debía ser interpretada a la luz del Orden Público Económico.¹⁷¹ Bajo este orden, ellos reclamaban que una regla legal que estableciera que los trabajadores que trabajaban por día tenían derecho al pago proporcional por el día semanal de descanso, era contraria a la constitución. La Constitución, según ellos, protege la voluntad de las partes

contenida en el contrato de trabajo, y esa voluntad debía primar frente al estándar que fijaba el legislador con el objeto de proteger, como es evidente, a los trabajadores del desigual poder de sus empleadores.

El orden público económico, protege así la libertad de emprender y la libre contratación, las clásicas libertades que el liberalismo de laissez-faire invocaba para oponerse a la intervención estatal reguladora. La apelación a este orden a la hora de interpretar las reglas constitucionales da énfasis exclusivo a la dimensión económica de las libertades constitucionales. Así, la libertad de trabajo, la libertad sindical, la libertad de enseñanza, deben entenderse como libertades económicas que antes que empoderar a sus titulares para realizar los fines a que estas libertades sirven, limitan la regulación estatal.

• El principio de subsidiariedad

El concepto central de la constitución económica según la cultura interpretativa es, sin embargo, el principio de subsidiariedad. El principio de subsidiariedad, en su comprensión original, viene de la tradición intelectual católica, que posteriormente desarrolla en la encíclica Quadragesimo Anno como una tercera vía frente al liberalismo clásico. Esta afirma un principio de no intervención del Estado en el ámbito económico y social, y frente al socialismo y comunismo, que reclama para el Estado el dominio absoluto en ese ámbito. Según este principio, las sociedades mayores deben dejar espacio para que las sociedades menores desarrollen todas las actividades que pueden realizar adecuadamente. Las sociedades mayores, como el Estado, deben intervenir en estas actividades sólo cuando las comunidades más pequeñas no pueden hacerlo de manera satisfactoria. Así, entre el Estado y el individuo están las comunidades de diverso tamaño, y el principio de subsidiariedad reclama que no sean absorbidas mientras éstas realicen sus actividades adecuadamente. Este principio ha tenido recepción en la

¹⁷¹ Fernandois y García, 2010.

¹⁷² Ibíd.

Unión Europea como principio de distribución de competencias entre la comunidad europea y las comunidades nacionales. El principio de subsidiariedad opera aquí como un principio de descentralización político administrativa,¹⁷³ el cual como bien señala VALLEJO, busca que “las decisiones colectivas sean tomadas por instituciones ubicadas lo más cerca posible de todos los potenciales afectados por las mismas”.¹⁷⁴

En ambos contextos, como principio de organización social y de descentralización político administrativa, el principio de subsidiariedad tiene una faz negativa y una positiva: un mandato de abstención y un mandato de intervención, los cuales se gatillan dependiendo si las sociedades o comunidades menores están realizando sus actividades de manera satisfactoria. Este principio, contiene entonces un estándar normativo: el carácter satisfactorio, suficiente o adecuado de su actuación. Este es un estándar evaluativo que no admite una aplicación mecánica, sino que requiere de un juicio político interpretativo, de carácter contextual, que se pregunte cuándo o en qué contextos una comunidad menor está cumpliendo determinada tarea adecuadamente.

Como señalamos, la Constitución de 1980 no consagra expresamente en su texto el principio de subsidiariedad. Sin embargo, la doctrina tradicional basada principalmente en interpretaciones originalistas ha entendido que la Constitución contiene un principio de subsidiariedad. Este principio se estructura en base a una dicotomía entre mercado y Estado, como un mandato de no intervención al Estado en el caso de que los individuos decidan emprender en algún ámbito. Así, el principio de subsidiariedad no ha sido visto como una tercera posibilidad, frente a liberalismo del laissez faire y el socialismo, sino que ha sido reducido hacia un extremo neoliberal.

Como ya señalamos, esta interpretación tiene anclaje en las ideas que orientaron el actuar refundacional de la dictadura en materia económica y social. Desde muy temprano el principio de subsidiariedad se encontraría incorporado en el programa de la dictadura militar. En efecto, de acuerdo a su declaración de principios de 1974, el respeto al principio de subsidiariedad es clave para la vigencia de una sociedad auténticamente libertaria y es de hecho el barómetro principal que mide el grado de libertad de una sociedad, no importa cuán extendidos estén los derechos políticos.¹⁷⁵

Una comprensión más propiamente neoliberal se irá gestando en la medida en que dicho ideario se va incorporando en el pensamiento del gremialismo chileno, el que desde el inicio de la dictadura es la principal fuerza

¹⁷³ Loo, 2009; Vallejo, 2016.

¹⁷⁴ Vallejo, 2016, pp. 247-290.

¹⁷⁵ Declaración de principios del Gobierno 1974.

política articuladora del régimen militar.¹⁷⁶ De hecho, como señala Cristi, la interpretación idiosincrática del principio de subsidiariedad permite al gremialismo conciliar lo incommensurable: el atomismo liberal hayekiano y el organicismo conservador de Vásquez de Mella.¹⁷⁷ Posteriormente, el principio de subsidiariedad es permanentemente invocado en la Comisión Ortúzar durante la redacción de la Constitución de 1980, principalmente por Jaime Guzmán, el líder e ideólogo del gremialismo. En palabras de Guzmán, el principio de subsidiariedad es el principio estructurante de la relación Estado – mercado,¹⁷⁸ que mandata al Estado a abstenerse en lo económico y social si es que hay iniciativa privada. Este principio es nuevamente entendido como el barómetro de la libertad, una libertad que se entiende en términos de libertad económica. Parafraseando la declaración de principios de 1974 de la dictadura, Guzmán afirmaría durante el proceso de redacción de la nueva constitución que “la clave de la libertad está en la vigencia del principio de subsidiariedad, antes que en el respeto a las libertades políticas”.¹⁷⁹ Aun así, este principio no quedó consagrado en el texto constitucional.

III. La cultura interpretativa y la protección del modelo económico-social chileno

El principio de subsidiariedad entendido a la chilena, es decir, como principio neoliberal, fue uno de los principales soportes ideológicos sobre los que la dictadura conscientemente construyó el nuevo modelo económico y social chileno, en los inicios de la década de los 80': un modelo de Estado abstencionista en materia económica, en que éste solamente interviene en los casos en que no hay iniciativa privada, y por tanto no crea valor ni orienta el modelo de desarrollo, sino que lo deja exclusivamente en manos del mercado. Sin embargo, el lugar donde ha sido más evidente su operación como principio neoliberal es con respecto a los derechos sociales:¹⁸⁰

¹⁷⁶ Kowalczyk, 2019; Cristi y Ruiz Tagle, 2015.

¹⁷⁷ Cristi y Ruiz Tagle, 2015, p. 211.

¹⁷⁸ Mansuy, 2016.

¹⁷⁹ Actas Oficiales de la Comisión Constituyente, 1973.

¹⁸⁰ La configuración y límites de los derechos sociales y su prestación ha sido un tema donde ha habido mucha más disputa legislativa y judicial que respecto de la actividad empresarial del Estado. Desde el retorno a la democracia, la creación de nuevas empresas públicas ha sido casi inexistente. A saber, considerando las empresas supervisadas por el Subdepartamento de Empresas Públicas de la Dirección de Presupuestos, en los últimos treinta años solo se ha creado una empresa realmente nueva y no continuadora de una empresa o servicio público anterior: Foinsa-Desarrollo País (Fondo de Infraestructura S.A.). Lo anterior puede relacionarse tanto con las restricciones establecidas en el texto de la Constitución de 1980 a la creación de empresas públicas, como con las restricciones que la cultura interpretativa le puso al modelo económico chileno.

en la configuración de un sistema en que los derechos sociales se entienden como derechos a prestaciones focalizadas que atienden principalmente a personas de bajos ingresos, en contraste a las personas de ingresos medios y altos, que pueden satisfacer sus necesidades básicas adquiriéndolas en el mercado. Por esta vía el Estado asegura el mercado –que de acuerdo al principio de subsidiariedad tiene primacía–, y ofrece subsidios mínimos para entrar a él o directamente bienes y servicios básicos a los sectores de más bajos ingresos que no son capaces de acceder a esos bienes y servicios por sí mismos.

En parte importante la forma en que el Estado aseguró los mercados en estas áreas, fue convirtiendo las cargas públicas de los sectores de más altos ingresos en cargas destinadas al pago privado por estos servicios (en cargas privadas). Así, si bien todos tienen la obligación de cotizar para salud, el sistema permite destinar esa cotización a contratar seguros individuales de salud con instituciones privadas con fines de lucro; todos tienen obligación de cotizar para previsión social, pero esa cotización se transforma en un ahorro individual, por lo que cada uno recibe pensiones de acuerdo a lo que pudo ahorrar a lo largo de su vida laboral. La llegada de la democracia no cambiaría en lo fundamental dicha institucionalidad económica y social. Si bien el acceso se expandió, se mejoró la calidad de los servicios públicos, y la pobreza disminuyó, el sistema sigue siendo hasta el día de hoy en gran parte el mismo que el diseñado por la dictadura.

La Constitución de 1980 se ha mostrado especialmente fecunda en la protección de ese modelo, que, desde la década de los 80¹, es el estatus quo en Chile. Por una parte, ello se debe a que sus reglas autoritarias no solo impusieron trabas a la expresión institucional del pueblo,¹⁸¹ sino que también terminaron neutralizando el poder político,¹⁸² y por otra a que se generó una cultura interpretativa que veía en ella un principio de subsidiariedad y un orden público económico de contenido neoliberal ahí donde el texto constitucional nada decía. Durante las pasadas tres décadas la doctrina progresista dio lecturas democráticas al texto constitucional y denunció la distorsión con que se había leído el principio de subsidiariedad en Chile.¹⁸³ Sin embargo, no logró hegemonía: la interpretación tradicional, aunque disputada, siguió siendo el canon en la materia y preservó la mirada normativa

¹⁸¹ Atria, 2015.

¹⁸² Atria, Salgado y Wilenmann, 2017, pp. 81 y ss.

¹⁸³ Entre varios, véase: Vallejo y Pardow, 2008; Viera, Bassa y Ferrada, 2016; Vallejo, 2016. Cabe señalar que incluso intelectuales de derecha como Mansuy y Herrera en sus escritos han reconocido que Guzmán distorsionó el principio de subsidiariedad, y que, frente a la amenaza del comunismo, abogó por los principios directamente opuestos. Véase Mansuy, 2016, pp. 503-52; y Herrera, 2015.

que tenía la dictadura acerca de cuál debía ser la relación entre la constitución y la economía.

De esta forma, cada vez que se buscó modificar transformadoramente las reglas que configuraban el sistema de derechos sociales, la constitución se invocó como límite. En 2007, durante el primer gobierno de Michelle Bachelet, el ejecutivo presentó un proyecto de ley en materia educativa que, entre otras cosas, contenía dos importantes cambios al sistema entonces vigente: primero, limitaba considerablemente la posibilidad de selección de estudiantes por parte de los establecimientos educacionales y segundo, prohibía los fines de lucro en la provisión de educación. La derecha, que era minoría en ambas cámaras, rechazó ambas propuestas. Pero como dichas materias eran consideradas de carácter orgánico, debían ser aprobadas con 4/7 de los diputados y senadores en ejercicio, por lo que era necesario obtener los votos de los sectores más conservadores. Adicionalmente, también se debía superar el control del Tribunal Constitucional que había construido una doctrina en que la libertad de enseñanza era similar a una libertad económica.¹⁸⁴ Al respecto, Fernandois sostuvo ante el Congreso, como experto constitucional, que la prohibición de la selección infringía “el derecho de cada establecimiento para seleccionar a sus alumnos conforme a sus propios idearios educativos (...). Prohibida la selección, el ideario educativo pierde buena parte de su significación práctica”¹⁸⁵ Respecto a la prohibición de lucro, señaló que “ella priva al sostenedor de la facultad constitucionalmente reconocida para dotarse de la organización técnica y económica que estime más conveniente”¹⁸⁶ Bajo tales argumentos, la derecha exigió eliminar estas dos reglas para dar los votos que el proyecto requería para ser aprobado.

La Constitución de 1980 fue así un límite a la voluntad transformadora contenida en el proyecto de ley. A través de los enclaves autoritarios en forma de quorums supramayoritarios y de la cultura interpretativa se protegió el modelo neoliberal de la dictadura. La constitución de 1980, a la luz de su interpretación y de las prácticas políticas asociadas a la misma, es una constitución económica orientada al libre mercado y la libre competencia, con un fuerte carácter neoliberal. Como señala Couso, la constitución de 1980 representa el epítome de lo que es una constitución neoliberal en el contexto latinoamericano, la cual se caracteriza por extender el mercado a todas las esferas de la vida y por aislarlo de la política democrática de manera radical.¹⁸⁷

¹⁸⁴ Tribunal Constitucional, roles 410 y 423.

¹⁸⁵ Historia de la Ley N° 20.370, p. 234.

¹⁸⁶ Ibid, p. 340.

¹⁸⁷ Véase: Couso, 2017, p. 353.

Durante el año 2021 Chile está enfrentando un proceso constitucional inédito para sus 200 años de historia independiente. Por primera vez, la nueva constitución política se discute en una asamblea paritaria con representantes electos democráticamente. Este proceso dará origen a un nuevo texto constitucional que derogará a la constitución que fue impuesta por la dictadura, a través de fraude y violencia.¹⁸⁸

Este proceso de cambio constitucional no se encontraba planificado, sino que fue puesto en la agenda como resultado del quiebre institucional y crisis social manifestado en las diversas protestas que experimentó el país durante la revuelta social de 2019. Esa crisis social tiene su origen, o al menos uno de sus orígenes, en la profunda desigualdad e inequidad que nuestra sociedad ha acumulado por décadas. La Constitución de 1980, que hoy se pretende reemplazar, no sólo no ayudó a combatir la desigualdad, sino que permitió su profundización. En ese sentido, la nueva Constitución que emerja de este proceso tendrá como principal desafío enfrentar dicha desigualdad. **Chile necesita de una constitución que tenga dentro de su relato central reducir esta desigualdad tan arraigada, porque esa desigualdad nos impide reconocernos como iguales, y este déficit de reconocimiento hace imposible la salud de nuestra democracia.**

Una constitución que se haga cargo de esta fisura y busque repararla no puede ser una constitución mínima, pero si una constitución de composición abierta. Como vimos en la sección 2.3, las constituciones de composición abierta se caracterizan por ser constituciones que no definen el modelo económico nacional prevaleciente. Es importante notar que, a diferencia de la constitución mínima que algunos han planteado como ideal, la composición abierta es perfectamente compatible con la idea de una constitución que pueda asegurar un piso mínimo de igualdad a todos los integrantes de la comunidad política a través, por ejemplo, de la consagración de derechos sociales. **Sin embargo, es necesario señalar que con derechos sociales no basta. Como han señalado lúcidamente DIXON Y SUK,** se requieren también otras instituciones que ayuden a reducir la desigualdad o al menos no la fomenten. Es necesario avanzar en la profundización de la democracia, por ejemplo, ampliando mecanismos de democracia directa que permitan diversificar la atención legislativa.

Una constitución de composición abierta permitirá que sea la comunidad política de cada periodo la que decida cómo enfrentar los diversos desafíos que se presenten, y cómo implementar distintos acuerdos y modelos de política económica. Es importante notar, sin embargo, que para ello no sólo es necesario un texto nuevo, sino que también una nueva cultura interpretativa que no pretenda aislar la economía y la forma de provisión de derechos sociales de la deliberación democrática.

D.

Política económica y nueva constitución

¹⁸⁸ Fuentes, 2013.

¹⁸⁹ Dixon y Suk, 2018.

• BIBLIOGRAFIA

- Comisión Constituyente (1973)
Actas Oficiales de la Comisión Constituyente.
Vol. I, sesión 16^a, de 13 de noviembre.
- Allen, T. (2000)
The right to property in Commonwealth constitutions.
Cambridge University Press, 11.
- Atria, F. (2015)
La Constitución Tramposa. Santiago: LOM.
- Atria, Salgado y Wilenmann (2017)
Democracia y Neutralización. Santiago: LOM.
- Bertelsen, R. (1987)
'El Estado empresario en la Constitución de 1980',
Revista Chilena de Derecho, 18:115-125.
- Berger, H. et al. (2001)
'Central bank independence: an update of theory and evidence',
Journal of Economic Surveys, 15(1):3-40.
- Boyd, D. (2011)
The environmental rights revolution: a global study of
constitutions, human rights, and the environment.
Vancouver: UBC Press.
- Cea, J. L. (2008)
Derecho constitucional chileno. Santiago: Ediciones UC, Tomo II.
- Céspedes, L. F. y Valdés, R. (2006)
'Autonomía de bancos centrales: La experiencia chilena.
' Documentos de Trabajo, Banco Central de Chile, 358(1).
- Cousu, J. (2017)
'The “economic constitutions” of Latin America: between free
markets and socioeconomic rights' en Ginsburg, T. y Dixon,
R. (eds.), Comparative Constitutional Law in Latin America.
Edward Elgar Publishing, pp. 343-359.
- Cristi, R. y Ruiz Tagle, P. (2015)
El constitucionalismo del miedo. Propiedad, bien común y poder
constituyente. Santiago: LOM.
- Dixon, R. y Suk, J. (2018)
'Liberal constitutionalism and economic inequality',
University of Chicago Law Review, 85 (2).

- Dukes, R. (2014)
The Labour Constitution the Enduring Idea of Labour Law.
London: Oxford University Press.
- Fernandois A. y García, J. F. (2010)
'Compatibilidad entre el derecho a la libre contratación y la fijación de salarios por ley (a propósito de la Ley 20.281 sobre sueldo base)', *Revista Chilena de Derecho*, 37(2010): 343-376.
- Fernandois, A. (2010)
Derecho Constitucional Económico. Santiago: Ediciones Pontificia Universidad Católica de Chile.
- Ferrada, J. C. (2000)
'La constitución económica de 1980. Algunas reflexiones críticas', *Revista de Derecho*, 11(2000): 47-53.
- Ferrada, J. C. (2003)
'La autonomía del Banco Central de Chile: Reflexiones acerca de este modelo institucional de gestión de la política monetaria', *Revista Chilena de Derecho*, 30(1):151-166.
- Fuentes, C. (2013)
El Fraude. Santiago: Huede.
- Gerapetritis, G. (2019)
New Economic Constitutionalism in Europe.
London: Bloomsbury Publishing.
- Gerber, D. (1994)
'Constitutionalizing the economy: German neo-liberalism, competition law and the "new" Europe', *The American Journal of Comparative Law*, 42(1):25-84.
- Herrera, H. (2015)
'Notas preliminares para una lectura no dogmática del principio de subsidiariedad', en Ortúzar, P. (ed.), *Subsidiariedad: más allá del Estado y del mercado*. Santiago: Instituto de Estudios de la Sociedad, pp. 97-112.
- Kowalczyk, A. (2019)
'Transnational Capitalist Classes and the State in Chile', *New Political Economy*, pp. 1-16.

- Loo, M. (2009)
 ‘La disciplina constitucional del principio de subsidiariedad en Italia y Chile’, Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, 33(2009):391-426.
- Mcnamara, K. (2002)
 ‘Rational fictions: Central bank independence and the social logic of delegation’, West European Politics, 25(1):47-76.
- Mansuy, D. (2016)
 ‘Notas sobre política y subsidiariedad en Jaime Guzmán’, Revista de Ciencia Política, 36:503-521.
- Loughlin, M. (2010)
 ‘What is Constitutionalisation?’ en Dobner, P. y Loughlin, M. (eds), The Twilight of Constitutionalism?. Oxford University Press, pp. 47-69.
- Menke, C. y Turner, C. (2020)
Critique of rights. Cambridge: Polity.
- Muñoz, F. (sin fecha)
 Sobre el concepto original de constitución económica y su aplicabilidad al caso chileno, Borrador no publicado.
- Navarro, E. (2000)
 ‘El estado empresario a la luz de la Constitución de 1980’, Revista de Derecho Público, 12(2000):32-47.
- Nörr, K. (1996)
 ‘On The Concept Of The “Economic Constitution” And The Importance Of Franz Böhm From The Viewpoint Of Legal History’, European Journal of Law and Economics, 3(4).
- Pistor, K. (2020)
The code of capital: How the law creates wealth and inequality. Princeton: Princeton University Press.
- Prosser, T. (2014)
The Economic Constitution. Oxford: Oxford University Press.
- Soto, E. (1986)
 ‘Consideraciones sobre los fundamentos del principio de subsidiariedad’, Revista de Derecho Público, 39:33-49.
- Vallejo, R. y Pardow, D. (2008)
 ‘Derribando mitos sobre el Estado empresario’, Revista Chilena de Derecho, 35:135-156.

- Vallejo, R. (2016)
‘La constitución económica chilena: un ensayo en
(de)construcción’, *Estudios Constitucionales*, 14:247-290.
- Vanberg, V. (2001)
The constitution of markets: Essays in political economy.
London: Routledge.
- Viera, C., Bassa, J. y Ferrada, J. C. (2016)
‘Una aproximación a la idea de “constitución económica” y sus
alcances en la constitución chilena’, *Boletín mexicano de
derecho comparado*, 49:1-37.
- Walsh, C. (2010)
‘Central Bank Independence’, en Durlauf, S.N. y Blume, L.E. (eds),
Monetary Economics. The New Palgrave Economics Collection,
Palgrave Macmillan.