

“Análisis económico, político y legal del orden público económico de la Constitución del 80: ¿cuánto de mito, cuánto de realidad?”

Juan Jaime Díaz*

Recordemos que la Constitución del 80 está conformada por una serie de preceptos que, directa o indirectamente, buscan consolidar una estructura económica basada en la libertad económica, la no discriminación, el derecho de propiedad y una neutralidad -quizás técnica- de los organismos estatales con competencia en materia económica. Estos preceptos de que hablamos podríamos concentrarlos en tres grandes grupos. El primero de ellos es el que garantiza el libre acceso a la propiedad de los bienes, sin perjuicio de reconocer las limitaciones y obligaciones que derivan de su función social. Estos incluyen reglas que establecen las normas básicas de la gestión económica de los ciudadanos y de los órganos del Estado, teniendo como principio la finalidad del bien común y la igualdad de oportunidades entre los distintos sujetos económicos. El segundo grupo son las normas que establecen concretamente las potestades, obligaciones y prohibiciones del Estado en la economía, como la obligación de repartir equitativamente los tributos y demás cargas públicas, la prohibición del Estado de realizar conductas discriminatorias y arbitrarias respecto de los sujetos económicos, las normas que regulan la expropiación y la indemnización en los casos que la autoridad determine privar forzosamente de un bien a un particular, y las disposiciones que protegen el medio ambiente. Y, quizás, en el tercer lugar se encuentran los principios y reglas que establecen la organización institucional del Estado para desarrollar sus competencias en el área económica, las que regulan la fiscalización, control de fondos públicos, y las que ordenan la creación y establecen los principios esenciales de organización y funcionamiento del Banco Central de Chile.

El actual Gobierno ha comenzado, al parecer, un largo proceso de reforma a la Carta Constitucional sobre la cual se analizó con los panelistas que nos precedieron. Tanto sobre el proceso como respecto a los objetivos existen aún muchas dudas y preocupación, especialmente, por los efectos económicos que pueden traer los resultados del mismo, así como por la incertidumbre del proceso. Han surgido de distintas autoridades y de distintos referentes muchas preguntas y cuestionamientos, tales como ¿cuál es el objetivo constitucional?, ¿es el problema solo la legitimidad de origen?

* Ingeniero Comercial de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Subdirector del diario El Mercurio y vicepresidente de la Asociación Nacional de la Prensa A.G.56 -

En su intervención, el ministro Burgos se refirió a que necesitamos buscar legitimidad y confianza. Felipe Larraín mencionó que llevamos 36 años de un desarrollo económico y social importante con la actual Constitución. Hemos mirado la realidad y los efectos económicos que han producido los cambios constitucionales en otros países, de modo que resulta interesante preguntar: ¿cómo se va a incorporar este tipo de información en la discusión que viene? ¿Deberán tener los bienes públicos el mismo rango de los bienes privados? ¿Es el sistema o el proceso elegido -con los monitores o el consejo ciudadano de observadores- el óptimo? ¿Se busca o se buscará utilizar la retroexcavadora contra las garantías de estabilidad y libertad económica que ofrece la Constitución o podremos avanzar en mejorar con el mayor consenso posible y sin apasionamiento doctrinario? Creo que las palabras del ministro Burgos nos dan un grado de tranquilidad. Ojalá que el ministro se mantenga vinculado en este proceso durante todo este Gobierno. Él destacó la importancia de la deliberación democrática y habló de que no se va a partir de cero así como también nos dijo que la prudencia será una de las palabras clave de este proceso. Otro tema muy importante es cuál es el efecto en la inversión y el crecimiento. Esta es una muy buena instancia para avanzar en poder contestar alguna de estas interrogantes. Tenemos con nosotros a tres destacados expositores: José Ramón Valente, economista de la Universidad de Chile; Manuel Marfán, director del programa CIEPLAN de la Universidad de Talca; y Arturo Fermandois, constitucionalista y profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica.

José Ramón Valente*

En estos breves diez minutos quiero dejarlos con seis reflexiones respecto al tema constitucional y para ello partiré con una de las frases que contienen las siguientes láminas, la cual dice lo siguiente: “Las instituciones son una ficción creada por el ser humano”. Esta es una cita de un libro que estoy terminando de leer, que se llama *Sapiens*, de Yuval Noah Harari, que habla de la evolución del ser humano. Es un poco agresiva la cita en el sentido de que, sobre todo para los constitucionalistas me imagino, vamos a decir que las instituciones y las constituciones son ficciones. Pero a lo que se refiere es justamente a que las leyes -las instituciones que nosotros nos damos- son legítimas en la medida en que todos nosotros creamos en ellas y las compartamos. Si no las compartimos, si no las utilizamos bien, dejan de existir como tales.

Déjenme contarles una anécdota que, a lo mejor, refleja bien lo anterior. Estaba en Londres y un banquero inglés me dice un poco angustiado que llevaba dos años tratando de entrar comercialmente a China como banco, y se enteró de que un competidor -inglés también- había sido aprobado a pesar de que llevaba solo

* Economista de la Universidad de Chile, MBA de la Universidad de Chicago y Director Ejecutivo de Econsult.

seis meses en estos trámites. Fue donde la autoridad china y le dijo: “No entiendo lo que está ocurriendo, me parece injusto que nuestra institución lleva dos años haciendo todo lo que ustedes nos han requerido. Hemos llenado cada uno de los formularios, entregado toda la información que nos han pedido y no nos han dado la autorización para operar como institución financiera. Y viene este competidor nuestro y en seis meses le aprueban su ingreso. Es muy injusto”. La autoridad china le dice: “Lo voy a decir en inglés, *fairness* es un muy interesante concepto occidental”. Esto refleja, de alguna manera, la idea de que estaba escrito el proceso de cómo se registraba un banco, pero si no hay respeto al proceso desde el punto de vista de las autoridades, de los ciudadanos, se trata de letra muerta. En ese sentido, las constituciones pueden estar muy bien escritas, pero si al final no son respetadas por quienes tienen que imponerlas, la verdad es que es letra muerta. Es bueno y necesario sembrar y cultivar el respeto a las instituciones por parte de las autoridades y de nuestros propios compatriotas.

Viene al caso recordar una de las cosas que Yuval Noah Harari establece como “ficciones”. Él dice que una de las grandes ficciones de nuestra humanidad es el dinero. Efectivamente, un billete de 1.000 escudos que en algún minuto sirvió para comprar muchas cosas, pero justamente fue la falta de respeto al valor de esa institución la que hizo que hoy valga cero. Esa es la forma en que uno puede degradar las instituciones, dejando de ser creíbles. Lo que alguna vez sirvió para algo, hoy simplemente no sirve para nada.

El segundo punto para reflexionar es que hay un cierto nivel de soberbia en países como el nuestro al pretender partir de una hoja en blanco. Es complejo hacer una nueva Constitución en un contexto en el que ya hemos decidido ser un país integrado a un mundo que funciona. Integrarse funciona con ciertas reglas, el capital financiero y económico, junto con el talento son muy móviles y se desplazarán donde encuentren terreno fértil para sus aspiraciones. El capital se va a mover donde encuentre rentabilidad corregidas por riesgos, y el talento, el capital humano, irá donde encuentre un lugar para crecer y desarrollarse. Se nos olvida que, al decidir integrarnos al mundo, hemos perdido grados de autonomía y que todas las economías que lo hacen pierden grados de autonomía y soberanía.

Es bueno recordar que si pretendemos tener un cien por ciento de soberanía para las reglas que queremos autoimponernos, entonces tenemos que estar dispuestos a asumir las consecuencias que ello implica. Quería hacerles este punto más claro a través de la siguiente anécdota: imagínense que son directores de una pyme y su directorio acuerda que en sus estatutos se ha decidido no otorgar garantías a los bancos para los créditos que soliciten, dado que lo consideran agresivo. Se pueden cambiar los estatutos de la compañía y se puede dar esa instrucción al gerente. Pero también hay que estar consciente de que el banco puede negar dicho crédito. Uno tiene ciertos niveles de autonomía cuando decide interactuar con otros. Lo que ha ocurrido en naciones que han tratado de obviar este punto, es que han tenido que sufrir los efectos de tener normas de convivencia que no son consis-

tentes con los requisitos del capital y trabajo, por lo que han tenido emigraciones, salidas fuertes de capital, salidas fuertes de talento de sus naciones y, finalmente, muchos de ellos han terminado cerrando sus fronteras. Lo anterior como una forma de sostener aquellas normas que se quieren dar, pero que no son compatibles con los requerimientos de dicho talento y capital.

El tercer punto que quiero dejarles para la reflexión es el tiempo que toma a los países ganarse su reputación. El año pasado se celebraron los 800 años del otorgamiento de la Carta Magna y recuerdo a un parlamentario inglés al que le preguntaron sobre las instituciones. Dijo que “este tema de las instituciones es importante y toma tiempo... de hecho, puede tomar 600, 800 años antes de que un país logre la reputación necesaria”. Obviamente, estaba tratando de acercar agua a su molino. Inglaterra es un país que goza de muchos favores económicos por el hecho de su estabilidad institucional. Pero lo cierto es que no se nos puede olvidar que Chile hace 40 años tenía 500% de inflación y expropiaba las empresas extranjeras. Somos un país naciente, que está en los albores de nuestra institucionalidad, recién tenemos 30 años - 25 si lo quiere así el ministro- de estabilidad institucional. Estamos en la infancia de la estabilidad institucional. Pareciera que en esta discusión se nos olvida que a los ojos del mundo somos una guagua cuando se refiere a temas institucionales y no podemos darnos ciertos lujos. Déjenme de nuevo ilustrar esto con un ejemplo económico corto, pero que creo que hace que puedan entender a qué me refiero.

Un tema de discusión reciente en los diarios ha sido la clasificación de riesgo de Chile, que tiene que ver con cómo nos ve el resto del mundo respecto de nuestra capacidad de pago, si somos un país serio o no. Los países que tienen estabilidad institucional y que son desarrollados por más tiempo, el mercado les da mucho más crédito que a los países que no lo son. Los países desarrollados pueden endeudarse mucho más que los países en vías de desarrollo o subdesarrollados porque, de alguna manera, han demostrado a través de los años esa seriedad para cumplir con sus compromisos. En cambio, los países que son débiles en su estabilidad institucional tienen que demostrar por mucho más tiempo esa seriedad para que les otorguen los créditos necesarios. Eso demuestra que países que son doble A, como Francia, Japón o el Reino Unido, puedan tener niveles de endeudamiento mayor que otros países, a los cuales con niveles de endeudamiento que pueden ser la mitad de esos países ya se empieza a pensar en bajarles la clasificación de riesgo.

El cuarto tema es que en el mundo de las finanzas sabemos que basta que las amenazas sean creíbles para que tengan efectos económicos en el mercado. No se necesita pasar una ley para que sus efectos económicos se muestren antes de que esta norma sea aprobada. En ese sentido, en la medida en que se vayan haciendo creíbles los cambios de la discusión constitucional -por ejemplo, los derechos de propiedad, y cómo se relaciona el Estado con el sector privado- empezarán a tener consecuencias importantes. Juan Jaime Díaz me decía que él quería profundizar sobre ese tema y lo haremos si quieren después, pero les dejo una pequeña información sobre lo que está sucediendo en el Reino Unido en relación con su perma-

nencia en la Unión Europea. Cuando esta discusión se hizo creíble fue porque tuvo el *endorsement* del alcalde de Londres y la libra esterlina tuvo su mayor desplome en los últimos siete años, llegando a los niveles de 2009. Por lo tanto, refuerza el punto que estoy haciendo.

Voy rápidamente al quinto punto, quiero terminar con lo siguiente. Ustedes conocen bien esta frase que usan mucho los americanos y que dice “*if it’s not broken, don’t fix it*” y eso llama a la reflexión. Durante los últimos 30 años la Constitución que tenemos ha demostrado eficiencia al darnos estabilidad institucional y progreso socioeconómico. Vale la pena recordar qué significa en los hechos, en lo material, y lo que tengo acá son algunos de los indicadores en los cuales nosotros podemos comparar lo que han sido en los últimos 30 años de estabilidad democrática en Chile y de progreso material respecto de lo que hubo antes entre los años 1900 y 1985.

Aquí hay períodos separados de crecimiento económico. En los últimos 30 años duplicamos la tasa de crecimiento económico que hubo entre 1900 y 1985 en términos de inflación. Tenemos una inflación mucho más baja, y pudimos reducir la pobreza de una forma muy por sobre lo que se hizo en el período anterior. Desde el punto de vista de educación, aumentamos los años de escolaridad y cuando vemos los indicadores institucionales de Chile y los comparamos con la OCDE y Latinoamérica, observamos que desde el punto de vista de lo que conocemos como el *rule of law*, el respeto a las leyes e instituciones, Chile se parece mucho más a los países europeos que a los países latinoamericanos.

Cuando hablamos de percepción de la corrupción, nuevamente nuestro país es más similar a los países europeos que a los latinoamericanos. El Índice de Desarrollo Humano de Chile es mucho más parecido a los países de la OCDE que a los países latinoamericanos, y así podríamos seguir. Estos últimos 30 años son, sin duda, los períodos de mayor progreso económico-social en nuestro país, en nuestra historia republicana, y son también los años de mayor estabilidad institucional que hemos experimentado en nuestra historia reciente.

Por lo tanto, creo que como el autor de este libro nos dice las instituciones son ficciones y no son cosas materiales, tenemos que juzgarlas por sus resultados. Y, a juzgar por sus resultados, creo que la respuesta a la pregunta ¿debe Chile iniciar un proceso con una hoja en blanco para una nueva Constitución?, es un rotundo “no”.

Manuel Marfán*

Soy profesor de macroeconomía y a mis alumnos cuando recién entran les digo: esto es igual que en una familia, en una casa donde el matrimonio dice “oye, vieja,

* Economista de la Universidad de Chile y Ph.D. en economía por la Universidad de Yale. Fue ministro de Hacienda bajo la presidencia de Eduardo Frei Ruiz-Tagle y Consejero del Banco Central entre 2003 y 2013. Actualmente, es Director del Programa Cieplan-Universidad de Talca.

¿por qué no vamos a conocer el sur?”, o “nunca hemos viajado a extranjero”, “¿por qué no pensamos en la casa, o ahorramos para que nuestro hijo pueda financiar la universidad?”. La familia, que es un proyecto de vida, tiene sueños de futuro y para cumplirlos obviamente hay que tener la casa en orden desde el punto de vista económico. Pero si por alguna razón, alguno de los que aportan ingresos a la familia queda cesante o sufre una enfermedad catastrófica, todos esos sueños sencillamente se borran y quedan al lado. Lo que sucede en una economía no es muy distinto.

Cuando las economías entran en crisis financieras, fiscales o de balanza de pago es como ahora, si hubiera un seminario sobre la coyuntura económica no habría esta cantidad de público. No irían personas porque la gracia es que sea corto; pero cuando hay crisis, los seminarios como este están con la sala vacía. El corto plazo pasa a ser lo dominante. Del mundo político donde yo vengo también tuvimos sueños que se acabaron en algún momento por la incapacidad de gobernar económicamente las situaciones de corto plazo. De esta forma, los sueños se acabaron cuando todo consiste en tratar de batallar con las urgencias.

También cabe referirse a lo fiscal, porque es importante en la historia de Chile. Hay que recordar una guerra civil que tuvimos el año 1891 sobre ese tema, las disputas respecto de la Constitución de 1925 que tenían que ver con la gobernabilidad fiscal como un elemento económico primerísimo. Me quiero referir, además, a dos argumentos que están en la Constitución de 1980: el carácter unitario de nuestro país en contraposición al federalismo y, en segundo lugar, a la garantía de derechos sociales. Aquí hay que ser preciso, ya que constituciones como la de Alemania tienen un listado grande de derechos a los cuales el Estado debe propender y hay otras donde se garantiza a los ciudadanos ciertos derechos sociales por lo que pueden recurrir a los tribunales si efectivamente estos no están siendo provistos.

Quiero referirme muy brevemente a las constituciones de Colombia y de Brasil. En Colombia, el año 1991, durante el Gobierno de Gaviria, se decidió hacer una reforma constitucional que permitiera un Estado acogedor, que garantizara los derechos a la educación, a pensionarse, a la salud, a las autonomías de las regiones. De hecho, el tema regional en Colombia es particularmente importante. Finalmente se aprobó esta reforma con una amplia mayoría sin considerar que todos esos elementos requieren recursos fiscales y la Constitución no se refirió a cómo financiar eso.

Estos son los típicos sueños que parten bien y que pueden terminar convirtiéndose en una verdadera pesadilla. Ahí está la evolución, con José Antonio Campos hicimos una misión a Colombia para asesorar a Roberto Junguito Bonnet, ministro designado de Hacienda en aquel entonces. Aún no había asumido el primer Gobierno de Uribe y ya tenían un problema fiscal en Colombia muy complicado. Lo que observamos acá es la evolución del gasto del sector público no financiero y lo que ocurre inmediatamente después de aprobar la reforma constitucional -es esta línea negra que corresponde a las transferencias del Estado en particular a las

regiones- para poder financiar las autonomía de las regiones. No es un traspaso de funciones porque los otros gastos corrientes no se redujeron, lo que generó una situación fiscal recientemente angustiante. El déficit del sector público no financiero consolidado creció hasta llegar a niveles sobre el 6% anual hacia fines de la década de los 90.

El gobierno central también aumentó su déficit porque era el principal recaudador de impuestos y tenía que financiar a las regiones. Los intentos de ajuste fiscal –y por suerte está José Antonio Ocampos que había sido ministro de Hacienda precisamente en ese período- ratificó que los ajustes fiscales eran imposibles porque cada vez que se intentaba hacer uno, este se judicializaba en el sentido de que los grandes ítems en los cuales se podía hacer recortes eran la contraparte de los derechos ciudadanos que establecía la Constitución. Entonces, empieza la deuda pública a crecer de manera importante. Ahora más recientemente encontré cifras mejores, por eso el cuadro es más moderno también. Lo que podemos ver es que la deuda neta del sector público no financiero más que se duplica en un período de siete años.

Paralelamente, el sector público empieza a ser cada vez más ingobernable desde el punto de vista económico. Lejos de ganarle la batalla al “mundo alternativo” de Colombia, lo que ocurrió fue que este se empezó a fortalecer, incluso financiando campañas presidenciales, estableciéndose el momento cúspide de los famosos carteles, de la guerrilla, de la violencia. Se trataba de un gobierno que estaba atado de manos para poder llevar a cabo su sueño. Esto termina con el Gobierno de Uribe, pero hay que recordar que él había sido gobernador de la región donde está Medellín y que fue muy permisivo con la estructura de paramilitares. Él asumió con una mayoría parlamentaria en el Congreso, cuya mayoría fue después procesada por sus actividades paramilitares. O sea, la solución no fue democrática desde la perspectiva de cómo resolver los temas de gobernabilidad. De esta forma, estos procesos de nueva constitución muchas veces son iniciativas que parten bien, pero que no terminan bien si es que no hay garantía de que la política fiscal va a ser gobernable. Es el eterno problema que ha tenido Argentina: la ingobernabilidad fiscal que lo llevó a sucesivas y reiteradas crisis económicas.

El caso de Brasil exhibe una Constitución antigua, pero que tuvo una reforma importante a mediados de los 80 cuando recupera la democracia, introduciendo una serie de garantías para fortalecer la autonomía de las regiones. Cuando estalla la crisis asiática, varios años después, en un país que ya había tenido el famoso plan cruzado para la reforma monetaria, la percepción era que Brasil estaba mucho más vulnerable macroeconómicamente que Argentina, por sus niveles de deuda, porque los plazos eran muy cortos, porque la exposición cambiaria era muy alta. Así, entran en un acuerdo con el Fondo Monetario Internacional (FMI), con el presidente Fernando Henrique Cardoso –que había sido ministro de Hacienda del gobierno de Itamar Franco–, y el diagnóstico común es que había un problema: el ajuste fiscal imprescindible para poder recuperar la capacidad de soñar tenía que pasar por una

reforma constitucional. Se armó una batalla campal entre las regiones, el Gobierno de Cardoso y los gobernadores, encabezados por el gobernador de Minas Gerais, Itamar Franco. La pelea culminó con una desfederalización de la deuda pública, para recuperar la autonomía del Gobierno federal central en la gobernabilidad de las cifras fiscales.

Esta historia termina tanto en Colombia como en Brasil con una pérdida de autonomía inicialmente otorgada en materia fiscal a las regiones que, finalmente, se convirtió en pesadilla. El carácter unitario de la Constitución actual de Chile y de todas nuestras constituciones anteriores, salvo algún experimento al inicio de la República, es un elemento importante de preservar. La aprobación la semana pasada de la elección directa de los intendentes regionales es un paso en la dirección incorrecta si es que no está previamente garantizado el tema de las finanzas en las regiones. Asimismo, tampoco es una buena idea garantizar los derechos ciudadanos en la medida que no estén asegurados los recursos fiscales para financiar algo que es más de aventura antes que de resolver racionalmente esos temas. Sin duda, los ciudadanos merecen educación, salud, entre otros, pero el Estado tiene la obligación de garantizar la gobernabilidad de sus recursos.

Juan Jaime Díaz: Gracias, Manuel. Tienes razón con el punto al que te referiste sobre la votación de intendentes regionales. Finalmente, van a ser los gobernadores provinciales los que van a tener un rango, quizás, similar al que tienen los intendentes hoy en día.

Manuel Marfán: Y con una salvedad. En el parlamento se decía que habría traspaso de funciones del gobierno central a los intendentes en la medida que el primero considerara que era posible dar ese paso, lo cual me parece prudente. Pero se cambió el texto y se traspasarán todas las iniciativas a los gobiernos regionales. De este modo, el gobierno central podrá mantenerlas solamente si de manera fundada demuestra que es inconveniente dicho traspaso. Me parece una locura. Eso no es ser de izquierda o de derecha. Hay una cuestión más bien de criterio de si las cosas se pueden hacer manejables o no.

Juan Jaime Díaz: Gracias, Manuel, dejamos entonces con sus 10 minutos a Arturo Fermandois.

Arturo Fermandois*

En materia de orden público económico tenemos muchas más coincidencias como sociedad que en lo político, lo cual puede ser sorprendente y me propongo tratar de comentar esta idea.

* Abogado de la Universidad Católica y Máster en Derecho por la Universidad de Harvard. Embajador de Chile en Estados Unidos durante los años 2010 a 2012. Actualmente, es profesor titular de Derecho Constitucional en la Facultad de Derecho de esta universidad.

Recuerdo otra anécdota, profesor Marfán, cuando en un viaje visité tribunales constitucionales europeos me encontré con un ministro del Tribunal Constitucional de Colombia que venía feliz. “Ministro, ¿usted viene contento por esa sentencia en materia de crédito hipotecario?”, le pregunté. “Efectivamente, estamos muy orgullosos”, contestó. Les digo esto porque cada vez que se trataba de hacer un ajuste en Colombia se judicializaba. Entonces esa sentencia del año 2001 había resuelto que los intereses de los créditos hipotecarios eran inconstitucionales, por lo tanto caía todo el sistema de créditos. Pero el ministro estaba feliz, cuando no hay que ser ningún experto financiero para entender que significaba probablemente la ruina del sistema del financiamiento de la vivienda. Así que estamos plagados de aprendizajes en esta materia.

Lo primero interesante es que el orden público económico es distinto al orden público civil, desde el punto de vista más legal y jurídico. A mediados de los 90 estudiaba la jurisprudencia de los tribunales sobre el orden público económico y leía los textos del profesor Cea o del profesor Ripert o de Gérard Farjat, o me remontaba a Claro Solar, y me daba cuenta de que los tribunales estaban fallando el orden público económico como un instrumento de limitación de la autonomía de la voluntad de las personas. Es decir, lo aplicaban en el sentido civil, como aquella fuerza dogmática imperativa que en el fondo restringe los pactos entre las personas. Así nace el orden público civil como una especie de barrera en materia, por ejemplo, de familia, laboral, de Estado, de capacidad de las personas. Y mi sorpresa fue que llevábamos quince años declarando que el orden público económico consistía, precisamente, en un Estado que promovía la creatividad de las personas a través de sus derechos. Sin embargo, los tribunales fallaban a la antigua en el sentido de que aquí había una limitación a la autonomía de la voluntad de las personas.

Hoy veo con satisfacción que, por ejemplo durante 2015, 2014, 2013, el Tribunal Constitucional y la Corte Suprema ya tienen incorporado el concepto de orden público económico como todos lo entendemos: un sistema de normas de rango constitucional y principios que promueven un escenario económico basado en la libertad, sin casarse o matricularse con políticas públicas determinadas. Uno va a la sentencia del Tribunal Constitucional de agosto de 2015 y toma la definición que se dio en la comisión constituyente sobre orden público económico, normas fundamentales destinadas a regular la acción del Estado en la economía y preservar la iniciativa creadora del hombre necesaria para el desarrollo del país. Este fue el orden público económico que se intentó colocar en la Constitución, pero tomó 30 años que los tribunales empezaran a entender que este era el concepto constitucional. La Corte Suprema ha dictaminado en una sentencia de 2015 -no sin cierta satisfacción y sorpresa—que el derecho a la competencia tiene como objetivo primordial neutralizar posiciones de poder de mercado de agentes económicos y, así, parte de la constitución económica está basada en los principios de la libertad. Esto es interesante porque hace quince años no sucedía, venía una especie de *delay* en el entendimiento del orden público económico como orden público civil.

La segunda afirmación que quiero hacer es la más crítica de todas. El orden público económico no define una política ni un modelo económico determinado. Y aquí está la madre de todas las discrepancias, y de todas las desinformaciones en las encuestas que mostraba Felipe Larraín, donde hay un desconocimiento inmenso. Y sospecho que la campaña de educación cívica que se ha impulsado -ahora me toca estar en el Consejo Ciudadano de Observadores- no está produciendo ninguna corrección de esta situación.

El orden público económico de la Constitución del 80, si bien se basa en un sistema de libertad, no define políticas económicas determinadas. De esta forma, caben sistemas económicos más o menos socializantes o liberalizantes. Nuestros profesores enseñaban esto en derecho constitucional en los 80, pero ahora se le viene atribuyendo a la Constitución una matrícula determinada en asuntos determinados. Hace un año, señor director, usted nos convidó a un seminario donde expusimos esto. Escribimos un *paper* en donde me permití proponer el “mito de la Constitución neoliberal” demostrando a través de sentencias que la Constitución chilena no se matricula con un sistema de política económica determinado, sino que esas políticas económicas son producto de un consenso de políticas públicas, de un ambiente de certeza económica existente durante 20, 25 años. José Ramón Valente me corregirá si esto es una inexactitud, pero lo que veo aquí es un determinado consenso legislativo administrativo. Ministros de Hacienda responsables y un país orgulloso de su modelo de desarrollo, pero que no está definido en sus detalles, ni siquiera en su aterrizaje, por la Constitución.

Aquí lo que hay -y paso a la tercera afirmación- es una lucha simbólica de emblemas. Tenemos una diferencia, que es cómo queremos denominar a una eventual futura Constitución, cuando se llama a colocar en ese futuro texto los anhelos, los sueños, el país que queremos. Ahí empieza nuestro problema porque la Constitución no es necesariamente eso. Debe tener la adhesión ciudadana mayoritaria, obviamente, pero es una norma jurídica. Si bien tenemos diferencias importantes como sociedad sobre cómo darle fisonomía política al país, si a través de un Estado subsidiario o uno social de derechos, pareciera ser que las discrepancias en esta área no son tantas o, quizás, no haya ninguna. Mis adversarios en los foros me dicen “Arturo, necesitamos un Estado subsidiario pero a la europea, a la alemana, artículo 3° del Tratado de Maastricht de la Unión Europea”, pero eso es aproximadamente lo que tenemos acá. Cosa distinta es que el consenso de políticas públicas ha llevado a determinados instrumentos ese principio de subsidiariedad. Y lo probaba con un solo dato, Estado empresario. La Constitución señala que es perfectamente permitido el Estado empresario con una autorización legal de quórum calificado. Vamos a discutir si el quórum calificado representa un signo de excepcionalidad, creemos que sí, pero ¿alguien ha enviado un proyecto de ley de estado empresario durante los últimos 25 años? El primer proyecto de ley se envió en 2014, para crear la AFP estatal y para ampliar el giro de ENAP. Antes de eso ni siquiera se envió un proyecto de ley al respecto. Luego, no se puede culpar -este es un ejemplo de muchísimos- a la Constitución de estar frenando un eventual y jus-

tificado ingreso del Estado, que veremos si conviene o no, y verán los economistas si está justificado o no. Pero culpar a la Constitución por tener una subsidiariedad bloqueante, blindante de una posible modificación legislativa, es un error. El orden público económico representa un mayor consenso que el político, porque este último es un debate de consignas.

Repasemos algunos paquetes de normas de orden público económico. Por ejemplo, no me ha tocado leer que se pretenda cuestionar en su futuro o en el de una futura Constitución las normas de disciplina fiscal. Estas normas que nos hacen inmensamente prestigiados en el extranjero y eso también me tocó vivirlo. Preguntaban “¿cómo es posible que Chile sea acreedor neto, cuando la deuda fiscal de los países como porcentaje del producto geográfico es creciente?”. Uno les decía que hay ciertas normas en la Constitución que incentivan a eso. La norma de la iniciativa exclusiva es vital, no viene de la Constitución del 80, viene de la del 25. La norma sobre ideas matrices en las leyes -es decir, si el presidente envía un proyecto de ley para determinado asunto económico, los parlamentarios no pueden agregar otras ideas en ellas y transformarla en una ley miscelánea que estropea todo- viene de la reforma constitucional del año 70 de la constitución del 25, clave para esto. Las normas sobre endeudamiento estatal, del artículo 63 N° 7, 8 y 9, señalan que el Estado no se pueda prestar plata a sí mismo con un endeudamiento que es artificial. Estas normas, por ejemplo, la no afectación tributaria, el crear tributos afectos a un fin determinado que permite obviamente desdibujar la administración presupuestaria y, además, una cuota importante de demagogia, es una norma muy chilena que funciona bien. Yo no he escuchado que se quiera eliminar. En la comisión de descentralización se dijo “bueno, que las regiones puedan hacer algo con esto”, pero siempre en un plano restrictivo a mi juicio. Aquí no hay nadie que pretenda hacer desaparecer el artículo 19 N° 20 inciso 3° de la Constitución.

Pasemos a una cosa más importante: los derechos de naturaleza económica. Cuando me dicen que el Tribunal Constitucional -que ya vamos a ver- está conservando un “modelo neoliberal”, todo eso es consigna. Porque aunque desapareciese –supongamos- el principio de subsidiariedad y se reemplazara por un Estado social, ¿alguien va a eliminar los derechos a desarrollar actividades económicas, a emprender, a asociarse para obtener una retribución económica?, ¿alguien pretende eliminar la libertad de industria y comercio que viene desde hace 200 años? No he leído que se pretenda eso. ¿Alguien pretende eliminar el derecho de asociación? ¿O el derecho a la no discriminación arbitraria, que permitió al Tribunal Constitucional fallar la gratuidad universitaria hace tres meses?, ¿alguien pretende eliminar el debido proceso en materia económica?

Pasemos a las normas institucionales. El Banco Central: está la frase que citó Felipe Larraín señalando que la “ley definirá el grado de la autonomía”. Nos asusta, porque sabemos que es un elemento central reconocido, transversalmente respetado. Pero, técnicamente, es lo mismo que dice la Constitución hoy día en el

artículo 108, prácticamente lo mismo, no creemos que haya ahí realmente una discrepancia y sería novedoso entenderlo.

Las reservas estatales de bienes: el programa de la presidenta Bachelet sostiene que hay toda una simbología, una retórica de los recursos de todos los chilenos, pero si uno se va al aterrizaje técnico, es la ratificación de que el agua es un bien nacional de uso público, que pasaría a tener rango constitucional. Hoy está en rango legal; el espectro radioeléctrico, lo mismo. Pareciera que en orden público económico si uno lo depura de simbología política, podemos tener consensos muy superiores a los que anticipa nuestro intenso debate actual.

Juan Jaime Díaz: Arturo, voy a aprovechar de preguntarte sobre lo que planteó el ministro Burgos hoy día, él habló un poco del objetivo. Además, tú estás participando hoy día de este proceso de, más que de reforma -porque se partió diciendo de cambiar la Constitución entonces yo no sé si hay espacio para no cambiarla, que también puede ser una opción- pero el ministro hablaba de confianza y que el objetivo era la confianza y la legitimidad, pero también habló en un minuto de que no estamos frente a la retroexcavadora porque dice que no había que partir de cero. Habló de prudencia y habló, también, de que esto nos permitirá un escenario de crecimiento y estabilidad. Me gustaría que tú analizaras el discurso del ministro.

Arturo Fermandois: Usted quiere ir al corazón de la contingencia, señor editor. Bueno, tomamos un acuerdo en el Consejo Ciudadano de Observadores de que somos libres y podemos hablar. Está el derecho a la libre expresión, el cual sigue vigente. Pero con cierta prudencia yo puedo comentar lo siguiente: primero, este es un proceso en el cual ya hemos tenido el primer debate al interior y le hemos pedido al Gobierno que se le llame de “discusión constitucional”. Y cuando se dice de proceso constituyente, es un proceso que aparentemente tiene el resultado ya entregado por anticipado, es decir, una nueva Constitución. Que, por lo demás, está en el programa de la Presidenta, que por lo demás es la voluntad explícita y declarada. Le dijimos bueno, pero para efectos de que usted tenga un proceso que se gane la credibilidad transversal de la política, llámelo “proceso de discusión constitucional” y no “constituyente”, porque podría ser el resultado el que con una educación cívica, que con un mejor análisis de las instituciones, se llegue a la convicción de que lo que hay que hacer es reformar solamente la Constitución y ahí estamos. Esto sí se decidió en el Consejo Ciudadano de Observadores, pero el cumplimiento de esto ha sido un tanto dinámico, ya que en algunos materiales aparece que sí, otros que no.

Nosotros creemos, Juan Jaime, que este proceso le permitirá al Consejo Ciudadano de Observadores elevar el estándar de neutralidad de lo que sea que se vaya a hacer ahí, y tengo que ser objetivo en decir que se han dado pasos importantes para que así sea. Finalmente, hay que tener claro que lo que aquí se necesita es un acuerdo transversal, porque eso son las constituciones, las constituciones no son la imposición de unos sobre otros.

Juan Jaime Díaz: José Ramón, considerando el ambiente político que se ha vivido durante el último tiempo, ¿existe alguna conexión entre el actual orden público económico establecido en la Constitución con las fallas que ha presentado el mercado tales como, por ejemplo, los casos de colusión que hemos visto este último tiempo? Y ¿cómo una Constitución se hace cargo estos temas y ayuda a generar confianza en el mercado?

José Ramón Valente: Bueno, yo creo que como se ha dicho durante toda la mañana, la verdad es que la Constitución es un marco general y, por lo tanto, no se puede pretender en la Constitución regular cada una de las actividades que se realizan, sino generar marcos generales de convivencia y, en ese sentido, uno puede hacer declaraciones en la Constitución respecto de qué favorecer y promover tales como la libre competencia. Al mismo tiempo, de castigar severamente las conductas anticompetitivas. De hecho, yo creo que eso está presente en nuestra Constitución y ha sido parte del desarrollo institucional de los últimos años el ir dando pasos adicionales a través del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia y de otras instancias que nos han permitido tener mercados efectivamente más competitivos. No creo, por lo tanto, que haya un rol mayor al que ya tiene en la Constitución actual el hecho de dejar amarres más claros, sino enfatizar la importancia. Yo creo que ahí, transversalmente, todos tenemos la aspiración de que, de manera efectiva, las actividades tanto de privados como las de privados con el Gobierno, se realicen en un marco de apertura, de competencia y de libre entrada, de libre iniciativa. En ese sentido, yo creo que es poco más lo que se le podría agregar a nuestra Constitución y mucho más lo que probablemente podamos hacer desde la perspectiva de un adecuado *enforcement* de lo que ya tenemos.

Juan Jaime Díaz: La misma pregunta que le hice a Arturo, ¿qué te parecieron las palabras del ministro Burgos que hablaba de prudencia? Hablaba de que esta nueva Constitución, que su objetivo es dar confianza y legitimidad y que permitirá un escenario de crecimiento y mayor estabilidad.

José Ramón Valente: A mí, particularmente, me preocupa el hecho de que no se tome real conciencia de que -y lo dije durante la presentación- se mantengan abiertas discusiones constitucionales por largo tiempo en vista de los efectos que pueda tener -y probablemente tengan- los cambios que se pretenda hacer desde la perspectiva económica. No podemos olvidar que, al final, en el proceso de inversión siempre se habla de que la inversión es un proceso que incluye retornos y riesgos, lo que se nos olvida son los apellidos, son retornos esperados y riesgos percibidos. Y, por lo tanto, esos riesgos percibidos son relevantes en el proceso de inversión. Hay un artículo reciente, de nuevo cito lo que está ocurriendo con el Reino Unido, el cual habla de que el proceso de discusión respecto de si Reino Unido va a permanecer o no en la Unión Europea puede tardar unos 10 años. Durante esos 10 años se puede mermar significativamente el potencial económico del Reino Unido, incluso el de sus socios comerciales, porque efectivamente los riesgos percibidos son mayores, forman parte de la ecuación, requieren retornos esperados más al-

tos y, por lo tanto, terminan generando niveles de inversión más bajos, niveles de crecimiento más bajos y eso es algo que lo tenemos bastante bien documentado a nivel económico en distintas situaciones.

Juan Jaime Díaz : Manuel (Marfán), son varias las instituciones que son mencionadas dentro de la actual Constitución y ya salieron a la palestra varias de ellas, entre ellas el rol del Banco Central. Creo que para nadie es desconocido que el Banco Central de Chile es una de las instituciones de mayor prestigio en el mundo y así se ha hecho saber en varios de los premios, la forma en cómo se ha destacado el trabajo y la institucionalidad del Banco Central. ¿Qué cosas cambiarías tú de los objetivos o de las normas que rigen al Banco Central en una nueva Constitución?

Manuel Marfán: Yo no sé si cambiaría los elementos en la propia Constitución, hay que recordar que hay una ley orgánica del Banco Central bastante extensa y que varias veces ha habido intentos por introducirle modificaciones. Yo, más bien, prefiero referirme a lo que es el principio de la autonomía, porque parte importante del problema es que en la administración de corto plazo de variables que afectan a la población, siempre puede haber prácticas oportunistas de tratar de tener beneficios de corto plazo aun cuando la cuenta se paga en el mediano y largo plazo. Por ejemplo, las políticas monetarias expansivas que al principio bajan la tasa de interés, etc., pero que después se pueden traducir en descontento porque la clase política tiene elementos incorporados de oportunismo y puede pensar que ante un evento electoral, por ejemplo, es bueno hacer un cálculo de ese tipo. Entonces el principio general es que los gobiernos renuncian a algún grado de democracia para delegar la administración de aspectos de corto plazo a instituciones que son autónomas. Y, en el caso particular, el Banco Central tiene una misión que es preservar el valor de la moneda y el de garantizar el buen funcionamiento del sistema de pagos, dicho de otra manera inflación y estabilidad financiera, esos son los dos elementos. Ni la Constitución ni la ley Orgánica Constitucional dicen qué pasa cuando esos dos principios entran en conflicto entre sí. Para la crisis europea fue claro que entraron en conflicto y la onda más reciente es políticas monetarias -en general, en todo el mundo- muy ultra expansivas y una preocupación mucho más central en los temas de regulación financiera, pero son elementos que no los puedes establecer por ley.

La misma autonomía se le da a las Fuerzas Armadas, a la Contraloría General de la República, al Poder Judicial, etc. Pero siempre en la idea de que los temas de mediano y largo plazo tienen que tener cedazo político. Entonces, a mí me parece muy perverso cuando los “supremazos” se empiezan a hacer reiterativos, cuando la Corte Suprema empieza a sorprendernos con ciertos fallos con los que se sienta jurisprudencia. Lo que están buscando con estos fallos es sustituir el rol del Congreso, porque esos cambios de interpretación tan bruscos -y hay una sala en particular que hace un tiempo está en esa- lo que está haciendo es que está legislando a través de sus fallos. Hay que recordar que el derecho a construir el país que queremos es un derecho que obviamente pasa por la política. El Banco Central,

por lo tanto, no debe meterse en temas de largo plazo. Como el Banco Central tiene mucho prestigio se le están endosando una serie de decisiones de largo plazo o se ha pedido que se involucre en decisiones de esa naturaleza, seleccionar miembros de los tribunales de defensa de la libre competencia, seleccionar qué sé yo, una serie de cosas. Mi sensación es que es un error seguir ese camino, si me permite. Yo tengo la impresión de que, en general, los temas de mediano y largo plazo tienen que pasar por algún cedazo político, y si no existe ese cedazo político -porque esa es la autonomía del poder político- entonces tiene que estar muy circunscrito a sus obligaciones y deberes a propósito de la administración de corto plazo que está determinada por la propia ley.

Juan Jaime Díaz: Gracias, Manuel (Marfán), yo también estoy controlado. Quiero hacer un par de preguntas adicionales. Arturo -y esto lo leí en el libro de Clapes, muy interesante por lo demás- en el mismo contexto tú te referías a eso en dicho artículo. Si tú consideras que la actual Constitución tiene suficiente sustento para que los derechos de propiedad armonicen con el bien común y si esto no ha “propietarizado” en exceso el ambiente jurídico.

Arturo Ferrandois: La pregunta es muy interesante porque aquí también hay otra mitología, quizás la más grave de todas, porque, obviamente, el derecho de propiedad se fortaleció con la Constitución del 80 y eso es muy positivo a mi juicio, pero el foco de fortalecimiento viene fundamentalmente por el estatuto constitucional de la expropiación que fue pisoteado durante la vigencia de la Constitución de 1925. Entonces, hoy día, para expropiar hay que hacer lo que en todos los países desarrollados se hace: hay que indemnizar. Esa indemnización la fijan los tribunales, la toma de posesión material tiene lugar después de haber pagado íntegramente, etc. Ahí viene el fortalecimiento fundamental del derecho de propiedad y eso nadie lo ha cuestionado, yo he preguntado a quienes están más vivamente y vocalmente por la nueva Constitución y no llegan a eso. Se me aclaró, incluso, que el Partido Comunista está tranquilo y pacífico con relación al estatuto de expropiación del derecho de propiedad, por lo tanto queda el tema pendiente de las limitaciones al derecho de propiedad.

Sobre las limitaciones al derecho de propiedad: la Constitución del 25 no tenía nada originalmente, ahora que se ha hecho tan famosa, no tenía nada al respecto. El artículo 10 N° 10 no tenía una limitación al derecho de propiedad, tenía la inviolabilidad de todas las propiedades y está la función social como límite al derecho de propiedad, que llega recién el año 1967 con su reforma. La Constitución del 80 mantiene la función social, la acota en algunos conceptos que en la práctica no han tenido realmente un cambio muy importante y se ha hecho por el Tribunal Constitucional un equilibrio entre deberes y derechos. En algunos casos ha sido más acertado, en otros casos no ha sido muy acertado porque se refieren a leyes antiguas donde se concebía el derecho de propiedad bastante más pisoteado. Entonces, la Constitución del 80 tiene un derecho de propiedad fuerte, pero no está propietarizado el mundo constitucional. La Constitución tiene el derecho de propiedad que tienen todos los países dignamente respetados en el mundo jurídico. Y

cuando me dicen “no, es que queremos una propiedad limitada a la alemana” me dicen “la propiedad reconoce deberes”, bien pero entonces estamos en un matiz; yo he preguntado varias veces “explíquenme el matiz”, cuál es la diferencia entre función social con los cinco conceptos que tiene hoy día: utilidad pública, salubridad pública, cuando lo exijan los intereses de la nación, conservador de patrimonio ambiental, con bien común. Por lo tanto, hay una defensa del derecho de propiedad, pero hay mucha mitología construida en el tema.

Juan Jaime Díaz: Gracias, Arturo (Fermendois), y quizás la última pregunta para José Ramón (Valente), para ir cerrando este bloque. Hemos hablado de cuánto ha influido la libertad económica, la subsidiariedad económica, la disciplina de gasto fiscal en el desarrollo económico de Chile en los últimos 30 años. La pregunta -y son quizás dos en una- es ¿cuán responsable es la Constitución de la sustancial mejora de los índices de calidad de vida de los chilenos y cómo puede afectar el plazo, el tiempo que tomemos en la discusión del cambio de la nueva Carta Fundamenta en las inversiones y en la posible llegada de inversionistas?

José Ramón Valente: Bueno, de alguna manera algo comenté en la intervención anterior, pero efectivamente a mí me toca interactuar en forma bastante regular con inversionistas extranjeros y el hecho de que sientan que vienen a un país en el cual hay respeto a las leyes, donde hay una cierta seguridad de que las reglas sobre las cuales ellos creen estar invirtiendo son las reglas que ex post, después de su inversión, son las que se mantienen. Esa seguridad que, de alguna manera, nace de la Constitución y está después plasmada en las leyes pero, por sobre todo, en la conciencia colectiva de ser un país respetuoso de esas leyes. Lo anterior ha sido tremendamente importante para que haya crecimiento económico y esta idea de Chile como país receptor de inversiones extranjeras. Si ponemos en duda cuáles son los pilares de nuestra institucionalidad económica, como podría ocurrir dentro de la discusión constitucional, sin duda que eso aumenta el riesgo percibido en nuestro país y va a influir en tener menores inversiones y, probablemente, menores tasas de crecimiento.

Manuel (Marfán) mencionó el caso de Colombia y algo mencionó del caso de Brasil, y yo creo que cuando vemos esos casos es bastante obvio que cambios importantes en la Constitución terminan teniendo consecuencias muy importantes en el plano económico: desestabilización de las finanzas públicas en ambos casos y, en el caso de Brasil, un Estado que creció en términos del gasto federal del 20% al 40% del producto y en que, finalmente, la desestabilización de las finanzas públicas terminó desestabilizando las finanzas del país como un todo. El abrir la discusión y el tener esos casos cercanos en nuestro continente, obviamente, son un riesgo importante para Chile, y a mí me preocupa que no tengamos conciencia de cuán acotado debemos hacer este proceso de discusión. En ese sentido, me hago parte y recuerdo las palabras de Felipe Larraín en su exposición en el sentido de reclamar el que haya temas de discusión y que esto no sea una carta abierta, no sea una hoja en blanco, yo creo que es fundamental. Ojalá más temprano que tarde pudiésemos

nosotros acotar los temas de discusión y saber dentro de qué marco nos estamos moviendo, porque tenerlos totalmente abiertos, sin duda, va a aumentar la incertidumbre y nos va a generar un perjuicio económico en los próximos meses.

Juan Jaime Díaz: José Ramón, una palabra: Constitución mínima o máxima, una palabra.

José Ramón Valente: ¿Quieres que elija entre una de las dos? Mínima.

Juan Jaime Díaz: ¿Manuel?

Manuel Marfán: Es que no me gusta responder así, a mí me gusta una Constitución que lamentablemente en Chile no puede ser mínima porque tenemos un sistema jurídico napoleónico, entonces, son constituciones que son reglamentadas, pero no máxima en el sentido de ponerlo todo.

Juan Jaime Díaz: ¿Arturo?

Arturo Fermandois: Todo lo necesario para limitar al Estado y sus potestades.

José Ramón Valente: Por eso que yo no soy político, porque yo respondo.

Juan Jaime Díaz: Bueno, ya terminando, queremos agradecer a Clapes UC por la iniciativa, por permitir no solamente a ustedes, a nosotros acá arriba, sino también al país, tal como decían, esto está siendo transmitido tanto por el sitio de internet de Clapes UC como por el sitio de Economía y Negocios del diario *El Mercurio*. Queremos agradecer especialmente a su director, Felipe Larraín, a Francisco (Moreno), Alfonso (Swett), Lucy (Bennett) por su trabajo, y quiero pedirle a todos ustedes un gran aplauso para nuestros panelistas. Muchas gracias.