

CONSTITUCIONALISMO NEOLIBERAL: LA CONFLUENCIA HAYEK-SCHMITT Y SU IMPACTO EN LA CONSTITUCIÓN CHILENA DE 1980

GONZALO BUSTAMANTE – gonzalo.bustamante@uai.cl
Profesor Titular de la Facultad de Artes Liberales, Universidad Adolfo Ibáñez, Chile

ARK CAICYT: <https://id.caicyt.gov.ar/ark:/s16668979/c55k4frw7>

DOI: <https://doi.org/10.62174/arg.2024.9950>

FECHA DE RECEPCIÓN: 3-6-2024

FECHA DE ACEPTACIÓN: 4-9-2024

Resumen

Este artículo examina la emergencia del constitucionalismo neoliberal como una forma de régimen político distinta tanto del autoritarismo competitivo como de la democracia plena. Se argumenta que este modelo, inspirado principalmente en el pensamiento de Friedrich Hayek, pero también influenciado en su versión Ordo, por ideas de Carl Schmitt, busca establecer un gobierno de leyes (*rule by law*) que neutralice la voluntad ciudadana y la acción legislativa que pueda amenazar el *nomos* del mercado. El estudio analiza la reinterpretación hayekiana de la tradición republicana y su propuesta de una nomocracia que eleva al mercado como soberano. Se plantean dos hipótesis: primero, que la preferencia de Hayek por un autoritarismo liberal no es una excepción, sino una advertencia contra las democracias radicales; segundo, que existe una influencia conjunta, aunque a veces contradictoria, de Hayek y Schmitt en la Constitución chilena de 1980. El artículo explora las concepciones de democracia y república desde las tradiciones griega y romana, examina la reconfiguración de Hayek de estas ideas y rastrea elementos hayekianos y schmittianos en la Constitución chilena, ilustrando cómo el constitucionalismo neoliberal busca limitar la democracia para preservar un orden de mercado.

Palabras clave: Constitucionalismo neoliberal, Hayek, Schmitt, Nomocracia, Democracia limitada

NEOLIBERAL CONSTITUTIONALISM: THE HAYEK-SCHMITT CONFLUENCE AND ITS IMPACT ON THE CHILEAN CONSTITUTION OF 1980

Abstract

This article examines the emergence of neoliberal constitutionalism as a distinct form of political regime, situated between competitive authoritarianism and full democracy. The argument put forth is that this model, which draws primarily on the ideas of Friedrich Hayek, but also, in its Ordo version, on the concepts of Carl Schmitt, seeks to establish a rule-by-law that neutralises citizen will and legislative action that might threaten the *nomos* of the market. The study analyses Hayek's reinterpretation of the republican tradition and his proposal for a nomocracy that elevates the market as sovereign. Two hypotheses are proposed. The first is that Hayek's preference for liberal authoritarianism is not an exception, but a warning against radical democracies. The second is that there is a joint, though sometimes contradictory, influence of Hayek and Schmitt on the 1980 Chilean Constitution. The article examines the conceptualisation of democracy and the republican tradition in Greek and Roman thought, analyses Hayek's reconfiguration of these ideas, and traces Hayekian and Schmittian elements in the Chilean Constitution. It illustrates how neoliberal constitutionalism seeks to limit democracy in order to preserve a market order.

Keywords: Neoliberal constitutionalism, Hayek, Schmitt, Nomocracy, Limited Democracy

348

Introducción¹

Stephen Levitsky y Lucan Way (2010) distinguen el autoritarismo competitivo, un tipo de régimen híbrido que combina normas democráticas con un gobierno autoritario, de las democracias con fallos, los gobiernos con altos niveles de corrupción y los autoritarismos cerrados. A diferencia de las democracias plenas, en los autoritarismos competitivos las elecciones son a menudo injustas, las libertades civiles están restringidas, hay una débil separación de poderes y un acceso desigual a recursos y medios por parte del gobierno y la oposición. Sin embargo, se distinguen de las dictaduras puras, ya que mantienen espacios de

¹ Mis agradecimientos a Ricardo Laleff Ilieff y Eugenia Mattei, por la generosa oportunidad de participar en este volumen. De igual forma a Patrizia Anwandter por todo su apoyo en la selección del material empleado y la revisión del trabajo. Este artículo es fruto de la investigación financiada por ANID, Chile, Proyecto REDES 190017: THE DEMOCRACY IN CRISIS: CONSTITUENT POWER OR A GLOBAL LIBERAL ORDER.

contestación a través de instituciones democráticas que la oposición puede utilizar para desafiar al poder.

A juicio de Levitsky y Way (2010), existen cinco áreas clave de lucha democrática en estos regímenes:

1. Elecciones: Son competitivas, pero a menudo parciales debido a los abusos de los recursos estatales, la cobertura mediática sesgada y el acoso a los candidatos opositores. Pero, al contrario de lo que ocurre en las dictaduras donde no hay competencia real, los gobernantes deben tomarse en serio la amenaza electoral.
2. Legislaturas: las fuerzas opositoras pueden usar el parlamento para desafiar al ejecutivo, a diferencia de lo que ocurre en los regímenes autoritarios plenos, donde la legislatura no existe o no tiene poder real.
3. El poder judicial puede ocasionalmente fallar en contra del ejecutivo, a diferencia de las dictaduras, en las que está completamente subordinado.
4. Medios de comunicación: no están absolutamente reprimidos como en una dictadura total. Los medios de comunicación independientes pueden investigar los abusos gubernamentales y dar cierta voz a la oposición.
5. Los gobernantes intentan controlar estas áreas mediante sobornos, cooptación, acoso a opositores y manipulación de las leyes, pero la represión directa está limitada por el deseo de mantener una fachada democrática. Esto crea una inestabilidad inherente y le confiere un sello distintivo al régimen.

En esencia, los autoritarismos competitivos son híbridos inestables que surgieron donde las élites carecían de voluntad o capacidad para una democracia o dictadura plena en el contexto internacional posterior a la Guerra Fría. Se enfrentan a contradicciones inherentes que generan crisis periódicas cuando las instituciones democráticas suponen un desafío para los gobernantes. Se distinguen tanto de las democracias imperfectas como de los autoritarismos cerrados al combinar rasgos de ambos.

Lo que proponemos es que existe una variante que no es ni autoritarismo competitivo ni democracia plena, pero tampoco un autoritarismo cerrado: el constitucionalismo neoliberal. Este último se caracterizaría por buscar generar una institucionalidad imparcial fuerte, un gobierno por leyes (*rule by law*²) que neutralice la voluntad de la ciudadanía y la acción legislativa de actores políticos que, de una u otra forma, puedan significar una ruptura con el *nomos* del mercado.

Este proyecto constitucional tendría su expresión más acabada en Hayek (1995, 2011), quien, tomando la tradición republicana de libertad, la reinterpretará para producir una nomocracia que transforme al mercado en el único soberano. Sin embargo, para comprender plenamente la naturaleza y las implicaciones de este constitucionalismo neoliberal, es necesario examinar no solo el pensamiento de Hayek, sino también su relación con las ideas de Carl Schmitt. A pesar de sus diferencias ideológicas, ambos pensadores comparten una profunda preocupación por los límites del poder democrático y la necesidad de mecanismos institucionales para contenerlo, lo que los convierte en figuras clave para entender la génesis y la estructura del constitucionalismo neoliberal.

350

La convergencia entre el pensamiento de Carl Schmitt y Friedrich Hayek en el contexto del neoliberalismo no es exclusiva de la experiencia chilena, sino que revela complejas dinámicas en torno al concepto de soberanía. Scheuerman (1997) argumenta que existe una «alianza impía» entre ambos pensadores, evidenciada en la incorporación por parte de Hayek de elementos de la crítica de Schmitt al Estado de bienestar democrático de Weimar, particularmente en lo referente a la distinción entre leyes generales y medidas o decretos particulares. No obstante, esta incorporación genera tensiones significativas en la obra posterior de Hayek. El pensador austríaco intentó mantener la tesis schmittiana de que el intervencionismo es inherentemente arbitrario y decisionista, mientras simultáneamente busca contenerlo mediante un marco de leyes apropiadas. Esta

² Sobre la distinción *rule by law/rule of law*, ver: Tamanaha (2004). Sobre otros usos del *rule by law* con finalidad de neutralizar y garantizar el estado liberal: Espinosa y Bustamante (2021).

aparente contradicción da lugar a una oscilación entre la «entronización de las reglas» como verdaderamente soberanas y un acercamiento al excepcionalismo autoritario, ambas tendencias atribuibles a la influencia de Schmitt en su pensamiento (Biebricher, 2014a, 2014b).

Esta confluencia teórica entre Hayek y Schmitt ofrece un marco interpretativo valioso para comprender las transformaciones neoliberales contemporáneas, particularmente en el caso chileno, así como en el contexto europeo. Aunque este último no forma parte del objeto de este trabajo, es pertinente destacar que Biebricher (2014a, 2014b) identifica en la Europa actual las tres variedades de soberanía neoliberal discutidas: el énfasis en reglas vinculantes (ejemplificado en el Pacto Fiscal), elementos tecnocráticos y autoritarios (como los poderes extendidos de la Comisión Europea) y aspectos decisionistas y excepcionalistas (evidenciados en las medidas del Banco Central Europeo que potencialmente van en contra de los tratados existentes). Este panorama contrasta notablemente con el diagnóstico de Brown (2006) sobre Estados Unidos en la década de 2000, donde se observaba una desacralización de la ley y la instauración de estados de excepción permanentes. En el contexto europeo, por el contrario, se observa una resacralización de las normas jurídicas que coexiste con un estado de excepción continuo, configurando lo que Biebricher (2014a, 2014b) denomina una constitución de emergencia extralegal. Este análisis subraya la importancia de considerar los aspectos genuinamente políticos de la teoría y la práctica neoliberal, más allá de su presunto fundamentalismo de mercado, para desarrollar diagnósticos críticos más precisos y, potencialmente, alternativas viables.

Nuestra hipótesis es doble: en primer lugar, sostenemos que la preferencia manifestada por Hayek por un autoritarismo liberal sobre una democracia sin liberalismo no se refiere a una excepción en situaciones extrema, como muchas veces se ha interpretado, sino que es un enunciado sobre el peligro general que, en su opinión, siempre existiría en las democracias radicales o profundamente republicanas. En definitiva, su propuesta sería un autoritarismo liberal permanente. En segundo lugar, argumentamos que el pensamiento de Hayek y Schmitt influyó de

forma conjunta, aunque a veces contradictoria, en la Constitución chilena de 1980³, y que ese temor compartido a la democracia ilimitada se habría plasmado en el proyecto constitucional original de la dictadura chilena⁴. La comparación entre Hayek y Schmitt nos permite comprender mejor las tensiones inherentes al constitucionalismo neoliberal entre la defensa de la libertad individual y la necesidad de un Estado fuerte para garantizarla.

El artículo se estructurará en tres secciones principales, cada una de las cuales abordará un aspecto relevante del argumento:

1. Inicialmente, se explorarán los conceptos de democracia y república desde las perspectivas de las tradiciones griega y romana. Esta sección examinará las ideas originales de estas tradiciones y sus reinterpretaciones contemporáneas, y destacará la importancia del pueblo como entidad política y la noción de libertad como no-dominación. Se expondrán elementos de las ideas de autores como Hannah Arendt, Josiah Ober y Philip Pettit, y se establecerá una base conceptual para entender las transformaciones y críticas posteriores de estos ideales. El objetivo de esta sección no es ofrecer una descripción exhaustiva de las tradiciones democráticas y republicanas, ni entrar en los debates sobre ellas, sino solo destacar ciertos aspectos que posteriormente serán subvertidos por el neoliberalismo.

2. La segunda sección se centrará en la reconfiguración que Hayek realiza de la tradición republicana. Se examinará cómo Hayek reinterpreta conceptos clave como libertad y Estado de Derecho, y propone un modelo de nomocracia centrado en el mercado. Esta perspectiva se contrastará con la crítica de Carl Schmitt a la democracia liberal, explorando las convergencias y divergencias entre ambos pensadores en su desconfianza hacia la democracia ilimitada.

³ Nos referimos a su versión original, previa a las múltiples reformas que ha experimentado.

⁴ No es parte del interés de este trabajo argumentar respecto de las razones por las cuales si existió esa influencia. Se asume como correcta la tesis de Renato Cristi.

3. Finalmente, el artículo analizará la influencia de las ideas de Hayek y Schmitt en la Constitución chilena de 1980. Esta sección rastreará elementos específicos del pensamiento de ambos autores en el diseño constitucional de la dictadura de Pinochet, y mostrará cómo estas perspectivas aparentemente divergentes convergieron en un modelo constitucional neoliberal que buscaba limitar el poder democrático en favor de un orden de mercado.

Esta estructura permitirá una progresión desde los fundamentos teóricos de la democracia y la república, pasando por sus reinterpretaciones neoliberales y las críticas que reciben, hasta su aplicación práctica en un caso histórico concreto, lo que permitirá ilustrar la evolución y las implicaciones del constitucionalismo neoliberal.

Este artículo emplea una metodología de análisis teórico-conceptual e histórico-comparativo. Se basa en una revisión crítica de la literatura primaria y secundaria sobre teoría democrática, republicanism y constitucionalismo neoliberal, con un enfoque central en los escritos de Hayek. El estudio utiliza un método hermenéutico para interpretar y contrastar las ideas de estos pensadores, situándolas en su uso por parte del constitucionalismo neoliberal. Además, se aplica un análisis comparativo para examinar las convergencias y divergencias entre sus propuestas. Para el caso de estudio de la Constitución chilena de 1980, se emplea un enfoque de análisis documental, examinando el texto constitucional y la literatura que ha abordado la configuración ideológica de la Carta. Este enfoque metodológico busca contribuir al trazado de las conexiones entre las teorías políticas y su materialización en diseños constitucionales concretos, iluminando así la génesis y las características del constitucionalismo neoliberal como fenómeno político-jurídico.

2. Democracia y republicanism

Las concepciones clásicas de democracia y república constituyen el fundamento sobre el cual se han construido y debatido los sistemas políticos modernos. La tradición democrática griega, rescatada por pensadores contemporáneos como Hannah Arendt y Josiah Ober, enfatiza la importancia del

demos como entidad política activa y la idea de libertad como participación directa en los asuntos públicos. Por otro lado, la tradición republicana romana, reinterpretada por autores como Philip Pettit, se centra en la noción de libertad como no-dominación y en la importancia de las instituciones para garantizar esta libertad. Ambas tradiciones comparten una preocupación fundamental por la participación ciudadana y la limitación del poder, aunque difieren en sus mecanismos y énfasis. Esta sección explorará estas concepciones clásicas, analizando cómo entienden la relación entre el pueblo, el poder y la libertad, y cómo estas ideas han sido reinterpretadas y debatidas en la teoría política contemporánea. Este análisis nos proporcionará una base para comprender las transformaciones que el neoliberalismo introduce en estos ideales y cómo estas se materializan en proyectos constitucionales concretos.

La idea griega de democracia, a la que recurren autores como Hannah Arendt (1982, 1990), Andreas Kalyvas (2008), en distinto grado presente en los trabajos de William E. Connolly (2007), Roslyn Fuller (2019), y que ha sido reconstruida por historiadores como Ober (1991), es inseparable del concepto de pueblo, la idea de un pueblo y el poder que este ostenta (Bustamante, 2016).

354

Estas concepciones clásicas han sido reinterpretadas y debatidas en la teoría política contemporánea, como lo demuestran los trabajos de Beiner (1995), Benhabib (2004), Heater (2005), Isin y Turner (2002), Kymlicka y Norman (2000), Lister y Campling (2003), quienes exploran las diversas dimensiones de la ciudadanía en las sociedades modernas.

La democracia al estilo ateniense no se basa en una estructura institucional estática, sino en la capacidad de juicio colectivo y la expresión retórica de un pueblo. Esta visión de la política y la democracia está profundamente arraigada en la tradición de la democracia radical⁵. Ober (1991), en sus trabajos, hace una distinción entre el

⁵ Sobre una característica general de la democracia agonial desde Connolly hasta Honig, ver: Wenman M. *Agonistic Democracy: Constituent Power in the Era of Globalisation*. Cambridge University Press; 2013.

poder ejercido por los que gobiernan (*archein*) y el de los excluidos (*kratos*). Afirma que, inicialmente, el concepto original de democracia no estaba condicionado por un criterio numérico, es decir, por el número de personas que cumplían la función de estar al timón de las instituciones políticas. La democracia griega de los siglos IV y V no era un gobierno de la mayoría en oposición a la monarquía (gobierno de un solo individuo) u oligarquía (gobierno de unos pocos), sino que era simplemente el poder no institucional (capacidad, *kratos*) en manos de un colectivo (*demos*) (Bustamante, 2012). Básicamente, este concepto de *kratos* se reflejaba en la capacidad de generar un juicio colectivo racional y expresarlo retóricamente, siempre en oposición a los que poseían *arkhé*. Esta última era característica de la élite, mientras que el *kratos* era propio del *demos* (Castoriadis, 1986, 1987, 1990).

La idea de democracia defendida por los antiguos griegos y rescatada contemporáneamente por formas de democracia radical, se basa en que un cuerpo colectivo es capaz de gobernarse a sí mismo y en que la libertad se interpreta como un momento de deliberación colectiva, libre de cualquier regla que la determine. Dicho de otra manera, la configuración colectiva de una acción no guiada por ningún tipo de norma a priori, salvo la propia capacidad de rechazar cualquier forma de dominación (Zakaras, 2010). Por esta razón, para autores como Arendt (1982, 1990) y la versión de Maquiavelo reconstruida por reinterpretaciones como las de Miguel Vatter (2020) y Martin Breugh (2016), es necesario anular la distinción entre gobernantes y gobernados, ya que, en caso contrario, se niega la posibilidad de una acción directa y transformadora inherente a cualquier momento democrático.

En esa línea, la interpretación de la democracia en el pensamiento de Arendt se caracteriza por una tensión entre el Estado de derecho y la dominación por parte del pueblo. Arendt (1982, 1990) plantea que lo que determina un momento democrático es la lucha del pueblo por anular la diferencia entre gobernantes y gobernados.

En la concepción arendtiana, el poder político se contrapone a la dominación política. Arendt (1982, 1990) argumenta que el poder no puede instrumentalizarse ni administrarse a través de la ley o el gobierno, sino que surge espontáneamente

cuando las personas actúan en conjunto y desafían a los gobernantes. El poder se concibe como una capacidad intersubjetiva que simultáneamente destruye y produce el orden y la ley, y se caracteriza por su igualitarismo, dinamismo, imprevisibilidad y capacidad de innovación.

La visión de Arendt sobre la política como espacio de pluralidad y confrontación se desarrolla en «La Condición Humana» (1958), donde presenta la esfera pública como un ámbito de revelación individual a través del discurso y la acción. Esta perspectiva enfatiza el conflicto de ideas en la formación de la voluntad política, privilegiando el disenso sobre el consenso. Villa (1996) destaca cómo esta interpretación agonial concibe la acción política como expresión de la libertad humana. En las «Conferencias sobre la filosofía política de Kant» (1982), Arendt explora la relevancia del juicio político y la opinión pública en la concepción democrática. Por eso, y en sintonía con esa herencia intelectual, Chantal Mouffe (2007) contrasta esta línea de pensamiento con los modelos consensuales.

Por su parte, Hauke Brunkhorst (2006) subraya que, para Arendt, el poder no es institucional. No puede ser acaparado ni centralizado en instituciones, sino que emerge entre las personas cuando actúan juntas y se desvanece cuando se dispersan. Las instituciones políticas dependen del «poder vivo del pueblo», entendido no como un sujeto colectivo homogéneo, sino como la capacidad de actuar en conjunto, con un potencial tanto positivo como negativo.

De esa forma, Arendt (1982, 1990) plantea el desafío de cómo estabilizar este poder de actuar en común, que solo existe en su realización, sin fijarlo en un orden rígido. Se trata de fundar una comunidad permanente sin perder el potencial creativo del poder. Esta interpretación del poder es común, con variaciones, a las propuestas de democracia radical y a las comprensiones agonísticas de la política.

Desde esta perspectiva, el Estado de Derecho debería reflejar una reinterpretación constante de sí mismo y la economía debería subordinarse al sistema de necesidades establecido por los ciudadanos, en lugar de someterse a leyes abstractas del mercado. Para Arendt, cualquier predominio sistémico sobre el

principio de indeterminación del juicio colectivo racional equivaldría a imponer lo social sobre la política y la libertad⁶.

En este marco teórico, la indeterminación del juicio colectivo racional se presenta como un elemento central de la democracia y los procesos constitucionales, reflejando una concepción de la democracia que integra el conflicto como parte inherente del proceso político.

Por otro lado, en una reconstrucción romana de la vida cívica, persiste una mirada republicana clásica (Skinner y Stråth, 2003; Pettit, 1999) en la que, a través de las instituciones, se garantiza una libertad como no dominación y la posibilidad de impugnación de quienes ejercen el poder (Marshall, 1950). Precisamente ese ordenamiento institucional se estructura para garantizar una libertad previamente entendida como no dominación, la cual, en opinión de autores como Skinner (Skinner y Stråth, 2003), es una idea de libertad negativa pre-moderna y neo-romana (Rosler, 2016). Por su parte, para Pettit (1999), genealógicamente, a partir de su origen romano y pasando por el Renacimiento, es posible rescatar esa forma de libertad, cualitativamente diversa respecto a la dicotomía «negativa-positiva» de Berlin (2018), y luego diseñar un modelo que permita medir si las instituciones son o no «debidamente republicanas». Este último carácter estará determinado por el aseguramiento de la no dominación.

Así, en el republicanismo se sostiene que la libertad consiste en vivir bajo leyes que reflejen la voluntad de los gobernados. Esto implica someter al gobierno al control popular a través de la regla de la mayoría. Sin embargo, esto plantea el problema de que la mayoría podría oprimir a las minorías, volviéndolas no libres según la definición republicana. Los pensadores republicanos tempranos no abordaron mucho este problema, ya que estaban más preocupados por la tiranía de la minoría gobernante (De Dijn, 2019). Sin embargo, en el siglo XVIII, tras la experiencia de las

⁶ Para Arendt, si bien lo social podría -conceptualmente hablando- tener sus orígenes en la tradición romana y medieval, es básicamente un fenómeno moderno. El auge de lo social (o estructuras sociales) puede explicarse por la automatización del *oikos* como actividad económica; al extenderse de la esfera privada a la pública, lentamente reemplazó a la política.

repúblicas reales, la tiranía de la mayoría se convirtió en una preocupación central. Richard Price defendió la regla irrestricta de la mayoría, confiando en que un pueblo libre nunca se oprimiría a sí mismo (De Dijn, 2019). John Adams reconoció más el problema, pero sostuvo que el criterio para juzgar si las leyes de la mayoría eran opresivas debía dejarse a la mayoría misma (De Dijn, 2019). James Madison propuso que el gobierno representativo y una multiplicidad de intereses evitarían que cualquier mayoría impusiera sus intereses egoístas (De Dijn, 2019).

En relación con este problema, Pettit (1999) ha propuesto soluciones contramayoritarias, como el control judicial, en contraposición a los pensadores del siglo XVIII, quienes buscaron resolver el problema de formas compatibles con el mayoritarismo. La tiranía de la mayoría se volvió central para el republicanismo del siglo XVIII y sigue siéndolo en la actualidad. El neorepublicanismo contemporáneo ha abrazado la idea de instituciones contramayoritarias como una forma de garantizar la no dominación de todos, incluidas las minorías (De Dijn, 2019).

Tanto la idea griega de democracia (así como su rescate contemporáneo) como la republicana de base neorromana supondrían la constitución del pueblo como elemento central (Skinner, 1993). La diferencia estriba en que, mientras que en la primera el pueblo y la capacidad de constituirse como tal son lo preponderante, en la segunda es el poder constituido de la institución republicana ya establecida lo que adquiere el papel protagonista.

Estas concepciones clásicas de democracia y república, con sus énfasis en la participación ciudadana, la deliberación colectiva y la libertad como no dominación, constituyen la base sobre la cual se han construido y debatido los sistemas políticos modernos. Sin embargo, en el siglo XX, estas ideas fueron sometidas a una profunda reinterpretación por parte de pensadores que buscaban redefinir la relación entre el Estado, el mercado y la sociedad. Entre estos, Hayek emerge como una figura central, ya que propuso una reconfiguración radical de la tradición republicana que tendría implicaciones relevantes para el constitucionalismo contemporáneo (Chignola, 1999a, 1999b, 2014).

3. Hayek y la soberanía del *nomos* del Mercado

Habiendo explorado las concepciones clásicas de democracia y republicanismo, con su énfasis en la participación ciudadana y la libertad como no-dominación, nos encontramos en una posición idónea para examinar cómo estas ideas son reinterpretadas y transformadas en el pensamiento de Friedrich Hayek. Esta sección analizará la propuesta hayekiana de una nomocracia centrada en el mercado, que representa una reconfiguración radical de la tradición republicana. Exploraremos cómo Hayek redefine conceptos clave como «libertad» y «Estado de Derecho», subordinándolos a lo que él considera el *nomos* del mercado. Examinaremos su crítica a la democracia ilimitada y su propuesta de un orden constitucional que proteja el libre mercado incluso de la voluntad popular. Además, contrastaremos estas ideas con la crítica de Carl Schmitt a la democracia liberal, explorando las convergencias y divergencias entre ambos pensadores. Este análisis nos permitirá comprender mejor la génesis teórica del constitucionalismo neoliberal y sus implicaciones para la concepción de la ciudadanía y la soberanía popular.

359

Esto último es significativo porque la Constitución chilena de 1980 representa un caso paradigmático de la confluencia entre el pensamiento de Hayek y Schmitt en el constitucionalismo neoliberal. Como han señalado autores como Renato Cristi (2011) y Fernando Atria (2013), esta Carta Fundamental incorpora elementos tanto hayekianos como schmittianos en su diseño. Por un lado, siguiendo a Hayek, establece un orden económico basado en el libre mercado y limita la intervención estatal a través del principio de subsidiariedad. Por otro lado, en línea con Schmitt, instaura un "estado de excepción económico permanente" (Cristi, 1998, cap: 6 y 7) que busca proteger este orden de mercado incluso frente a la voluntad democrática. Esta convergencia se materializa en instituciones como el Tribunal Constitucional, que actúa como guardián del orden económico constitucional, y en la rigidez de las normas que protegen la propiedad privada y la libertad económica. Así, la Constitución de 1980 ilustra cómo el neoliberalismo puede combinar la defensa hayekiana de un orden espontáneo de mercado con la lógica schmittiana del estado de excepción, creando un modelo constitucional que subordina la democracia a la

preservación de un orden económico específico. Esta síntesis peculiar entre Hayek y Schmitt en el caso chileno revela las tensiones inherentes al proyecto constitucional neoliberal y sus implicaciones para la soberanía popular y la ciudadanía democrática.

Hayek desarrolló una concepción particular de la constitución y su relación con la idea de libertad. Para Hayek (2011), la constitución es un instrumento fundamental para preservar la libertad individual frente a las amenazas del poder estatal y las mayorías democráticas.

En su obra «Los fundamentos de la libertad», Hayek (2011) define la libertad como la ausencia de coacción arbitraria por parte de otros seres humanos. Para él, la libertad no consiste en la capacidad de satisfacer todos nuestros deseos, sino en la ausencia de obstáculos impuestos por otros en la persecución de nuestros fines. En este sentido, la libertad se entiende en un sentido negativo, como un espacio de no coerción.

Desde esta concepción de la libertad, Hayek (2011) considera que el principal peligro para ella proviene del poder coercitivo del Estado. Si bien reconoce que cierto grado de coacción estatal es necesario para prevenir la coacción privada y establecer las reglas generales de conducta que hacen posible la convivencia pacífica, advierte de que el poder del Estado puede volverse una amenaza para la libertad si no está sujeto a límites claros.

Es aquí donde entra en juego la idea de constitución en el pensamiento de Hayek. Para él, la Constitución es el instrumento que debe establecer los límites al poder del Estado para proteger la libertad individual (Hayek, 2011). La Constitución debe definir claramente las atribuciones y restricciones de los poderes públicos, estableciendo un gobierno limitado por reglas generales y abstractas.

Hayek (2011) distingue entre lo que, en su opinión, es la concepción liberal clásica de la constitución y la concepción socialista o totalitaria. Mientras que la primera busca limitar el poder del Estado para preservar la libertad individual, la segunda

ve en la constitución un instrumento para empoderar al Estado en la persecución de fines colectivos, sacrificando así la libertad.

En su obra «Derecho, legislación y libertad», Hayek (1995) profundiza en su visión de la constitución ideal. Para él, la constitución debe establecer un «Estado de Derecho» (*Rule of Law*) en el que los poderes públicos estén sujetos a normas generales y abstractas, aplicables a todos por igual (Hayek, 1995). Esto implica que las leyes deben ser prospectivas, generales, abstractas, conocidas y ciertas, de modo que los individuos puedan planificar sus vidas con autonomía.

Hayek (1995) advierte contra los peligros de la legislación *ad hoc*, es decir, aquellas normas específicas destinadas a favorecer a ciertos grupos o perseguir fines particulares. Para él, este tipo de legislación socava la igualdad ante la ley y abre la puerta a la arbitrariedad y el abuso de poder (Hayek, 1995). La constitución debe prevenir este tipo de legislación, estableciendo límites a la discrecionalidad de los poderes públicos.

Un aspecto central de la concepción constitucional de Hayek es su desconfianza hacia la democracia ilimitada (Hayek, 1995, 2011). Si bien reconoce la democracia como el mejor método para la toma de decisiones colectivas, advierte de que las mayorías pueden volverse opresoras si no están sujetas a límites constitucionales. La constitución debe proteger los derechos individuales y las libertades económicas incluso frente a las mayorías democráticas.

Esto implica que, para Hayek (1995, 2011), ciertos principios constitucionales deben estar fuera del alcance de la decisión democrática. La protección de la propiedad privada, la libertad de contrato y la libertad económica deben estar consagradas en la Constitución y fuera del alcance del debate político ordinario. La Constitución actúa así como un «cerrojo» (*lock-in*) que impide que las mayorías transitorias socaven los fundamentos de lo que designa como una sociedad libre.

En este sentido, Hayek (1995, 2011) considera que el control de constitucionalidad de las leyes por parte de tribunales independientes es un mecanismo fundamental para hacer efectivos los límites constitucionales al poder. Los jueces deben velar por

que las leyes respeten los principios generales de la Constitución y declarar inválidas aquellas que los transgredan.

Otra dimensión importante de la visión constitucional de Hayek (1995, 2011) es su énfasis en la descentralización. Para él, un sistema no centralizado con una clara división de poderes entre el gobierno central y las unidades subnacionales es una salvaguarda adicional para la libertad. La dispersión del poder previene su concentración y abuso.

Asimismo, Hayek (1995, 2011) considera que la constitución debe asegurar la autonomía de la sociedad civil y las organizaciones intermedias frente al Estado. La libertad de asociación, la libertad de expresión y la libertad económica son esenciales para que los individuos puedan perseguir sus fines de manera autónoma y para que surja un orden espontáneo en la sociedad.

En la crítica y sospechas de Hayek sobre la intervención estatal y los grupos de interés, paradójicamente, existe en él, una influencia de Schmitt, la cual se evidencia principalmente en el análisis que ambos realizaron sobre el problema de los grupos de interés en las democracias modernas (Nientiedt, 2022). Schmitt, durante la República de Weimar, observó cómo los grupos económicos utilizaban el Estado como instrumento para sus propios fines, fenómeno que denominó "el Estado como presa" (Rüstow, 2017b, p. 147; Bonefeld, 2022). Hayek, en la década de 1970, elaboró sobre este mismo fenómeno, empleando la distinción schmittiana entre dos tipos de ley (sustantiva y meramente formal) para señalar el poder discrecional de los parlamentos democráticos modernos (Hayek, 2011, pp. 312-315). Además, Hayek incorporó un argumento económico de elección pública para explicar por qué los políticos atienden a intereses particulares (Hayek, 1979, pp. 10-12).

Sin embargo, Schmitt y Hayek difieren significativamente en sus propuestas para abordar el problema de los grupos de interés. Schmitt abogó por la «despolitización», que implicaba el reconocimiento estatal de los grupos de interés y su integración forzosa en un sistema corporativista para trabajar por el bien de la comunidad (Schmitt, 1998, pp. 224-226). En contraste, Hayek argumentó a favor de limitar la capacidad de los políticos para otorgar privilegios a grupos económicos.

Su propuesta, ejemplificada en su «constitución modelo», buscaba contrarrestar la búsqueda de rentas mediante ajustes en la configuración institucional de la democracia liberal, sin cuestionar sus principios fundamentales (Hayek, 1979, pp. 105-127).

La paradoja de esta influencia, está dada, entre otras cosas, porque mientras la propuesta de Hayek busca fortalecer la autonomía de los mercados, la «despolitización» de Schmitt, conduciría a una mayor intervención estatal discrecional y a un papel reducido para los mercados y la actividad empresarial (Schmitt, 1998, p. 226). Pero, a pesar de las diferencias existentes entre Hayek y Schmitt, ambos critican el parlamentarismo. Mientras Schmitt (Cristi, 1998; Marco, 2022; Rosler, 2023) argumenta en obras como «La situación histórico-intelectual del parlamentarismo hoy» (Schmitt, 1992) y «Teoría de la Constitución» (Schmitt, 2008) que el parlamentarismo se ha vuelto una mera formalidad vacía, incapaz de representar genuinamente la voluntad del pueblo, por lo que, la democracia requiere de una identidad sustancial entre gobernantes y gobernados, que solo puede lograrse mediante la aclamación plebiscitaria de un líder carismático. Por su parte, Hayek, en «Los fundamentos de la Libertad» (2011) y «Derecho, Legislación y Libertad» (1995), advierte contra los peligros de la democracia ilimitada y el gobierno de las mayorías. Para él, la democracia es valiosa solo en la medida en que sirve para preservar la libertad individual, pero puede volverse una amenaza para ella si no está sujeta a límites constitucionales. Hayek teme que las mayorías democráticas puedan usar su poder para imponer medidas redistributivas o intervenir en la economía, socavando así las bases de una sociedad libre.

Aunque parten de premisas distintas —la identidad sustancial para Schmitt, la libertad individual para Hayek—, ambos coinciden en su desconfianza hacia el parlamentarismo y en su preferencia, ya sea por formas de democracia más acotadas o plebiscitarias.

En segundo lugar, tanto Schmitt como Hayek enfatizan la importancia de la decisión y la excepción en el orden constitucional. Schmitt, en su famosa obra «Teología Política» (1985), sostiene que la esencia de la soberanía reside en la capacidad de

decidir sobre el estado de excepción. Para él, ninguna norma puede prever todas las situaciones de emergencia, por lo que en última instancia es el soberano quien debe decidir cuándo suspender el orden jurídico para preservar la existencia del Estado. Hayek, aunque desde una perspectiva liberal, también reconoce la importancia de la excepción. En «Los fundamentos de la Libertad» admite que, en situaciones de emergencia (como una guerra o una catástrofe natural), puede ser necesario suspender temporalmente ciertas libertades individuales y otorgar poderes especiales al gobierno (Hayek, 2011). Lo crucial, para Hayek, es que estas medidas excepcionales estén previstas y reguladas por la Constitución, de modo que no se conviertan en la regla. Se trata de un híbrido en el que conviven formas de *rule by law* y *rule of law*.

Si bien Schmitt y Hayek difieren en quién debe decidir sobre la excepción (el soberano versus la Constitución), ambos reconocen que ningún orden jurídico es completo y que la decisión sobre la excepción es un momento clave de la política.

Además, tanto Schmitt como Hayek son escépticos de la capacidad del derecho positivo para prevenir por sí solo el abuso de poder. Schmitt (2004), en «Legalidad y legitimidad», argumenta que el mero legalismo, entendido como el apego formal a las normas positivas, no basta para garantizar la legitimidad de un orden político. Para él, la legitimidad requiere de una decisión política fundamental que exprese la voluntad sustancial del pueblo.

A su vez, Hayek (1995), en «Derecho, legislación y libertad», distingue entre el verdadero derecho (entendido como normas abstractas y generales que hacen posible la convivencia pacífica) y la mera legislación (entendida como órdenes específicas del gobierno). Para él, el Estado de Derecho no equivale al imperio de cualquier ley positiva, sino solo de aquellas normas que respetan los principios generales del derecho y limitan el poder del Estado (Hayek, 1995).

Finalmente, tanto Schmitt como Hayek reconocen la importancia de los principios sustantivos en el orden constitucional. Schmitt (2008), en su «Teoría de la Constitución», sostiene que toda constitución se basa en una decisión política fundamental sobre la forma de existencia de un pueblo. Esta decisión no es una mera

norma procedimental, sino que tiene un contenido sustantivo que refleja los valores y la identidad de la comunidad política. Hayek (1995, 2011), por su parte, aunque defiende un concepto formal de Estado de Derecho, reconoce que las normas generales que lo componen tienen un fundamento moral y reflejan ciertos valores liberales, como la libertad individual, la igualdad ante la ley y la propiedad privada. Para él, una constitución no es neutral, sino que debe encarnar y proteger estos principios sustantivos.

Aunque difieren en cuáles son estos principios sustantivos (la identidad política para Schmitt, los valores liberales para Hayek), ambos coinciden en que una constitución no es un mero conjunto de procedimientos formales, sino que tiene un contenido axiológico que le da legitimidad. Estos puntos de encuentro entre Schmitt y Hayek son relevantes para comprender la convergencia de ambos autores como inspiración para la estructuración de experiencias constitucionales como la chilena en dictadura⁷.

Otro elemento significativo del pensamiento de Hayek es su propuesta nomocrática. Al respecto, Miguel Vatter (2020) ha destacado que la concepción de Hayek del derecho y el orden social espontáneo parte de una distinción entre dos formas de lograr la regularidad de las expectativas e intenciones en un orden social normativo: la regularidad nomocrática lograda por la elaboración deliberada de leyes y el orden espontáneo que carece de diseño o propósito externo. Para Vatter (2020), por un lado, Hayek argumenta que la coordinación de actores racionales en un mercado requiere ciertas reglas legales, lo que transforma la economía en el estudio de órdenes normativos o «nomotéticos». Por otro lado, posee una idea truncada del derecho, ya que niega sus implicaciones constitucionales o políticas, lo que hace que el derecho público esté subordinado al derecho privado. Esto lo realiza oponiendo el «derecho creado por los jueces» (Vatter, 2020) a la legislación y la organización política. Para Hayek (1995, 2011), el derecho creado por los jueces demarcará áreas de no interferencia y establecerá la propiedad, en lugar de declarar lo que todos

⁷ Al respecto, se pueden consultar los trabajos de Renato Cristi.

tienen en común como en una constitución política. Esta concepción neoliberal concibe a los individuos como miembros de una población sometida a un orden normativo, no como ciudadanos iguales transformados en una comunidad bajo una constitución (Burchell, 1996; Cahill et al., 2018; Harvey, 2005).

Vatter (2020) argumenta que la nomocracia requiere un creciente nivel de aseguramiento, lo que aumenta la necesidad de policías y seguridad privada. Por ello, el neoliberalismo ofrece una reconciliación ilusoria entre derecho y orden, generando su propia antinomia: cuanto más se utiliza el derecho para la vigilancia policial, menos puede organizar políticamente a un pueblo libre.

Las propuestas de Hayek y las críticas de Schmitt, aunque divergentes en muchos aspectos, convergen en su desconfianza hacia la democracia ilimitada y en su búsqueda de mecanismos para contener el poder popular. Esta confluencia de ideas, aparentemente contradictoria, tendría un impacto significativo en la formulación de modelos constitucionales en la segunda mitad del siglo XX. Un caso paradigmático que ilustra cómo estas perspectivas teóricas se tradujeron en diseños institucionales concretos es la Constitución chilena de 1980, promulgada durante la dictadura de Augusto Pinochet. El análisis de este caso nos permitirá observar cómo los elementos del pensamiento de Hayek y Schmitt se materializaron en un proyecto constitucional neoliberal, revelando las tensiones inherentes entre la limitación del poder democrático y la preservación de un orden de mercado.

4. La experiencia chilena

Habiendo examinado las concepciones clásicas de democracia y republicanismo, y su posterior reconfiguración en el pensamiento de Hayek y Schmitt, nos encontramos ahora en condiciones de analizar cómo estas ideas se materializaron en un caso concreto: la Constitución chilena de 1980. Esta sección explorará cómo el constitucionalismo neoliberal, inspirado en las ideas de Hayek y, en cierta medida, de Schmitt, se plasmó en el diseño institucional de la Carta Fundamental chilena durante la dictadura de Augusto Pinochet. Analizaremos los mecanismos específicos mediante los cuales se buscó limitar el poder democrático y proteger un orden de mercado, tales como la introducción de «enclaves

autoritarios», la consagración del principio de subsidiariedad del Estado, y la fuerte protección de los derechos de propiedad. Examinaremos cómo estas disposiciones reflejan la desconfianza hacia la democracia ilimitada y la preferencia por un «gobierno de las leyes» característicos del pensamiento hayekiano. Además, exploraremos las tensiones y contradicciones que surgen al intentar conciliar un orden liberal de mercado con elementos autoritarios. Este análisis del caso chileno nos permitirá comprender mejor cómo las ideas del constitucionalismo neoliberal se traducen en arreglos institucionales concretos y cuáles son sus implicaciones para la democracia y la ciudadanía.

La concepción clásica de la democracia, así como la republicana, como expresión del pueblo soberano, contrasta con la visión restringida plasmada en la Constitución chilena de 1980. Jaime Guzmán, su principal artífice, influenciado por el pensamiento de Friedrich Hayek, entendía la democracia, según Correa Sutil (2011, p. 321), como “un método para generar representación política, método que puede contemplar el sufragio universal u otra fórmula, incluso el voto censitario decimonónico”, y lo que a Guzmán le interesa resguardar son los valores superiores “y permanentes que están por encima de la soberanía popular, los cuales esta no puede vulnerar” (Correa Sutil, 2011, p. 321). Así, la Constitución de 1980 estableció una «democracia protegida» a través de mecanismos contramayoritarios como los senadores designados y el sistema electoral binominal (Cristi, 2011, pp. 80-81).

El caso chileno ilustra esta tendencia hacia una democracia de individuos atomizados al consagrar una visión individualista de la libertad y la propiedad, en consonancia con Hayek. Esto debilitó la capacidad de acción colectiva y transformadora del pueblo. Así, paradójicamente, y en concordancia con Schmitt, se trataría de una constitución supuestamente basada en la libertad, pero con la capacidad de cercenar la autodeterminación democrática y liberal:

Ciertamente Schmitt no adhiere al ideal constitucional del liberalismo, y ello por una razón muy específica: el liberalismo pretende desplazar y reprimir lo político, pero en realidad no lo logra. Así, por ejemplo, "en el concepto de Constitución del siglo

XIX se unen los ideales de libertad liberal burguesa con la autodeterminación democrática del pueblo” (Schmitt, 2008, pp. 58-59, citado en Cristi, 2011, p. 95).

La influencia teórica y conceptual de Friedrich Hayek (y Schmitt) en la Constitución chilena de 1980 se puede observar en varios aspectos clave:

1. La constitución se concibió como una superestructura creada para asegurar el mantenimiento de los principios metajurídicos subyacentes al Estado de derecho según Hayek. Esto era compatible con la creencia del derecho natural de que la ley preexiste a la legislación y está por encima del orden político.

2. La aplicación del Estado de derecho solo sería posible a través de un Estado fuerte liderado por un presidente poderoso. Esto era consistente con la defensa que hacía Schmitt de un «Estado fuerte» capaz de resistir las demandas de la sociedad, en especial las de grupos de interés especial y sindicatos:

La noción de soberanía política representa al Estado como principio de unidad nacional. El reconocimiento de una soberanía política protege al Estado frente a los particularismos y localismos propios de la sociedad civil o nacional. Por tanto, el Estado debe ser sumamente fuerte. Solo un Estado fuerte puede regular con autonomía e independencia las actividades de la nación (Cristi y Ruiz Schneider, 2015, p. 133)

3. La Constitución limitó el dominio legislativo del Congreso y dio al presidente la iniciativa exclusiva en legislación económica, financiera y presupuestaria. Esto tenía el propósito de evitar la «indebida interferencia del Congreso» y la legislación orientada a intereses especiales, tal como advertía Hayek: “Para un liberal como Hayek, la no interferencia estatal en el mercado resulta esencial para la salvaguardia de la libertad individual” (Cristi y Ruiz Schneider, 2015, p. 149) y “Además, para evitar la interferencia estatal en el mercado financiero, se redujo la importancia del crédito otorgado por el Banco del Estado” (Correa Sutil, 2011, p. 260).

4. La Constitución introdujo diversos arreglos contramayoritarios, como el poder del Tribunal Constitucional de ejercer control ex ante de la legislación. Esto iba en la línea de la desconfianza de Hayek hacia la democracia ilimitada y la política

mayoritaria: “Jaime Guzmán adopta también de Hayek su rechazo al Estado benefactor, su denuncia del totalitarismo y la democracia ilimitada que lo genera, y su rechazo del constructivismo social” (Cristi, 2011, p. 16).

5. El principio de subsidiariedad consagrado en la Constitución, que limitaba la intervención estatal en la economía, era compatible con la visión de Hayek sobre el papel limitado que debía tener el Estado, que debía actuar solo donde los privados no podían (Cristi, 2011). Según Cristi y Ruiz Schneider (2015, p. 136), se menciona que el principio de subsidiariedad, clave en la Declaración de Principios del Gobierno de Chile de 1974, fue utilizado por los seguidores de Hayek para erosionar la función productiva del Estado, en contraposición a la intención original de los corporativistas, que buscaban moderar la acción del Estado en una «economía dirigida». Es así como el historiador conservador chileno, Mario Góngora⁸, acusa a los discípulos de Hayek y Friedman de traicionar los ideales tradicionalistas y nacionalistas de la Declaración de Principios de 1974, al implementar políticas neoliberales que debilitaron al Estado nacional (Cristi y Ruiz Schneider, 2015, p. 147; Bustamante, 2024).

369

6. La Constitución fortaleció en gran medida la protección de los derechos de propiedad privada, un aspecto central del pensamiento de Hayek para salvaguardar el orden espontáneo del mercado frente a las presiones redistributivas. Para Cristi (2011), al debatir sobre la relación entre libertad y autoridad en el republicanismo, se señala que, para el liberalismo, la autoridad no tiene otra justificación que proteger la propiedad de los individuos. Esta idea es consistente con la defensa hayekiana de la propiedad privada como base de la libertad individual:

Aunque Guzmán adhiere en términos generales a la defensa hayekiana de la economía de mercado, no acepta uno de los postulados fundamentales de la obra de Hayek: el rechazo de la noción de justicia social y de una política redistributiva (Cristi, 2011, p. 24).

⁸ Mario Góngora, importante intelectual e historiador chileno del siglo XX. Ver: Bustamante, 2024.

7. Los derechos sociales y económicos quedaron configurados como meras aspiraciones, no como derechos garantizados por el Estado, en la línea del rechazo de Hayek a conceptos como la justicia social, que requerían una función redistributiva del Estado. Aunque Guzmán adopta en gran medida la línea neoliberal de Hayek, discrepa de este en cuanto al papel del Estado en la redistribución de la riqueza. Mientras Hayek rechaza explícitamente esta función, Guzmán le reconoce al Estado un papel redistributivo, aunque limitado (Cristi, 2011).

En resumen, principios clave del pensamiento constitucional de Hayek, como la limitación del poder estatal, la desconfianza en la democracia mayoritaria, la subsidiariedad y la primacía del mercado, quedaron plasmados en diversos aspectos estructurales y dogmáticos de la Constitución chilena original de 1980, a través de la influencia que ejerció en su principal ideólogo, Jaime Guzmán.

Desde una perspectiva republicana, la Constitución chilena de 1980 presenta ciertas deficiencias. Si bien estableció un orden institucional supuestamente orientado a proteger la libertad entendida desde el enfoque hayekiano, su origen en un poder constituyente no democrático (la Junta Militar) y los mecanismos contramayoritarios que contemplaba, la alejan del ideal de no dominación.

El proceso constituyente que dio origen a la Carta de 1980 en Chile ilustra los peligros de una constitucionalización sin un verdadero poder constituyente democrático. La Junta Militar, en cuanto poder de facto, se arrogó la potestad constituyente originaria y, si bien sometió el texto a un plebiscito, el proceso estuvo lejos de los estándares democráticos, asemejándose más a los plebiscitos napoleónicos, en los que la voluntad popular está fuertemente constreñida. Así, la Constitución de 1980 careció de legitimidad democrática de origen, aunque paradójicamente haya sido el marco para la posterior transición a la democracia.

Los debates contemporáneos en torno a la Constitución chilena continúan reflejando estas tensiones.

5. Conclusión

El proceso constituyente chileno de 1980 se enmarca en la revolución neoliberal global que buscaba dismantelar el Estado de bienestar y la ciudadanía social que lo caracterizaba. La Constitución de 1980, inspirada en las ideas de Hayek y Schmitt (entre otros), consagró la subsidiariedad del Estado y un modelo de ciudadanía centrado en la libertad económica y los derechos de propiedad, en detrimento de los derechos sociales. Esta carta fundamental eliminó el principio de la educación pública como atención preferente del Estado y devolvió a los colegios profesionales al derecho común, despojándolos de su carácter de corporaciones de derecho público. El capitalismo corporativo, que todavía busca conciliar la solidaridad y la competencia, cede así el paso al capitalismo liberal inspirado en Hayek. (Cristi, 2011, p. 193). De este modo, la Constitución de 1980 sentó las bases para la mercantilización y privatización de los derechos sociales, transformando al ciudadano en un consumidor más que en un sujeto político.

La revolución neoliberal transformó la paradoja del liberalismo clásico de «la ley como un mal necesario» (Bellamy, 2010), que se refiere a la necesidad de la ley para garantizar derechos como la propiedad, pero reconociendo al mismo tiempo que la ley limita la libertad individual. Así surge un discurso antistatal que conlleva la demolición de los derechos sociales que el propio Estado liberal de bienestar garantizaba a sus ciudadanos⁹.

La privatización de los derechos sociales tuvo como consecuencia la comercialización de servicios básicos fundamentales y la privatización de lo público, lo que aumentó y profundizó las desigualdades. Algunos ciudadanos quedaron excluidos de los beneficios de «bienes públicos» esenciales, como la educación y la salud. El Estado neoliberal se convierte en un regulador de distintos agentes económicos que ofrecen servicios a ciudadanos que adoptan la forma de clientes.

⁹ En toda esta parte, sigo muy de cerca, el trabajo previo: Bustamante y Ojeda (2020a, 2020b).

La Constitución chilena de 1980 es un caso paradigmático de esta mutación neoliberal del papel del Estado y la ciudadanía (Alemparte, 2022). Al constitucionalizar los principios de la economía de libre mercado, como la libertad de empresa y el derecho de propiedad, y al establecer un Estado subsidiario, generó un marco para la privatización de servicios públicos y derechos sociales (Duso y Kervégan, 2007). El ciudadano dejó de ser concebido como un sujeto de derechos garantizados por el Estado para convertirse en un cliente que debe proveerse de educación, salud y previsión en un mercado desregulado (Espinosa y Bustamante, 2021). Así, la Constitución de 1980 cambió radicalmente el sentido de la ciudadanía social que había caracterizado al Estado desarrollista chileno desde la década de 1920.

La cultura neoliberal reemplaza la responsabilidad ciudadana del individuo poseedor de virtudes cívicas que participa activamente en la vida pública, por la del individuo-consumidor que debe tener las habilidades y el sentido de la obligación de todo buen pequeño comerciante: Un buen ciudadano será aquel capaz de producir y ahorrar. Solo así es autónomo políticamente y socialmente, y no una carga para el Estado y los demás contribuyentes (Steger, 2008, 2010).

Este nuevo ciudadano neoliberal es la base de lo que se entiende por gubernamentalidad neoliberal, definida por valores empresariales como la competitividad, el interés propio y la descentralización (Foucault y Faubion, 2000; Foucault y Senellart, 2010). Se trata de una ideología del empoderamiento individual que pretende reemplazar la burocracia estatal por una sociedad autogestionada empresarialmente.

La visión del ciudadano-consumidor promovida por la Constitución chilena de 1980 se enmarca en esta gubernamentalidad neoliberal descrita por Steger. Al debilitar la ciudadanía política y social en favor de una ciudadanía económica centrada en la libertad de elegir y emprender, la Constitución de 1980 buscó crear un nuevo tipo de subjetividad funcional a un modelo de sociedad de mercado. Ya no se trataba del ciudadano partícipe de una esfera pública deliberativa, sino del homo oeconomicus que maximiza racionalmente su interés privado. Esta concepción reduccionista del

ser humano es coherente con el pensamiento de Hayek, quien desconfiaba de la democracia de masas y buscaba restringir la soberanía popular para salvaguardar la libertad entendida en un sentido puramente económico.

De modo más general, el neoliberalismo se distingue de otras formas de liberalismo porque el *rule of law* o «estado de derecho», principio fundamental de los sistemas políticos liberales que implica la sujeción de todos los ciudadanos e instituciones a leyes claras, públicas y aplicadas equitativamente (Tamanaha, 2004), se entiende como subordinado al *nomos* del mercado, el cual se encontraría en constante riesgo tanto de los agentes políticos legislativos como del poder de la soberanía popular. Ante esta amenaza, el constitucionalismo neoliberal recurre al *rule by law*, una operación que otorga “contenido normativo a la conducción de los asuntos del Estado” (Ginsburg y Moustafa, 2008, p. 4). Mediante esta estrategia, el Estado busca tomar decisiones instrumentales para impedir que el derecho y el poder político se utilicen en su contra. En otras palabras, el *rule by law* se convierte en un mecanismo de autodefensa del Estado liberal para mantener el *rule of law* y preservar su hegemonía. En el caso del neoliberalismo, ese *rule of law* es indistinguible del *nomos* del mercado.

373

Aunque en el liberalismo democrático el *rule by law* puede ser efectivo para mantener el *rule of law* a corto plazo, su uso excesivo o arbitrario puede socavar los principios fundamentales del Estado de derecho. Como señala Rajah (2012, p. 5): “el *rule by law* puede utilizarse para describir un sistema en el que el derecho es un mero instrumento del poder estatal, en lugar de una restricción del mismo”. Esta amenaza cobra mayor importancia y gravedad en el neoliberalismo, donde el *rule by law* se transforma en una herramienta del poder económico y la libertad puede ser solo un estribillo.

¿Cómo se cita este artículo?

BUSTAMANTE, G. (2024). Constitucionalismo neoliberal: La confluencia Hayek-Schmitt y su impacto en la Constitución chilena de 1980. *Argumentos. Revista de crítica social*, (30), 347-379. [link]

Referencias bibliográficas

Alemparte, B. (2022). Towards a theory of neoliberal constitutionalism: Addressing Chile's first constitution-making laboratory. *Global Constitutionalism*, 11(1), 83-109.

Arendt, H. (1958). *The human condition*. University of Chicago Press.

Arendt, H. (1982). *Lectures on Kant's political philosophy*. University of Chicago Press.

Arendt, H. (1990). *On revolution*. Penguin.

Atria, F. (2013). *La Constitución tramposa*. LOM.

Beiner, R. (Ed.). (1995). *Theorizing citizenship*. State University of New York Press.

Bellamy, R. (2010). *Constitucionalismo político: una defensa republicana de la constitucionalidad de la democracia*. Marcial Pons.

Benhabib, S. (2004). *The rights of others: Aliens, Residents and Citizens*. Cambridge University Press.

Berlin, I. (2018). *Dos conceptos de libertad El fin justifica los medios. Mi trayectoria intelectual* (2ª edición). Alianza.

Biebricher, T. (2014a). Sovereignty, norms, and exception in neoliberalism. *Qui Parle*, 23(1), 77-107.

Biebricher, T. (2014b). The return of ordoliberalism in Europe: Notes on a research agenda. *i-lex*, (21), 1-24.

Bonefeld, W. (2022). Economic Constitution and authoritarian liberalism: Carl Schmitt and the idea of a sound economy. En G. Grégoire, G. & X. Miny (Eds.), *The Idea of Economic Constitution in Europe*. Brill, Nijhoff.

Breaugh, M. (2016). *The plebeian experience: A discontinuous history of political freedom*. Columbia University Press.

Brown, W. (2006). American nightmare: neoliberalism, neoconservatism, and de-democratization. *Political Theory*, 34(6), 690-714.

Brunkhorst, H. (2006). The productivity of power: Hannah Arendt's renewal of the classical concept of politics. *Revista de Ciencia Política (Santiago)*, 26(2), 125-136.

Burchell, G. (1996). Liberal government and techniques of the self. En *Foucault and political reason. Liberalism, neo-liberalism and rationalities of government* (pp. 19-36). Chicago University Press.

Bustamante, G. (2012). Racionalidad populista versus democracia representativa. *Revista Cultura Económica*, 30(83), 20-35.

Bustamante, G. (2016). Poder constituyente: ¿Un mito católico versus un símbolo protestante? En G. Bustamante y D. Sazo (Comps.), *Democracia y poder constituyente ¿Revolución o evolución?* (pp. 93-122). Fondo de Cultura Económica.

Bustamante, G. (2024). El último romántico. El pensamiento de Mario Góngora, de Hugo Herrera. *Estudios Públicos*, (174), 209-219.

Bustamante, G. y Ojeda, F. (10 de septiembre 2020a). La crisis de los ciudadanos neoliberales. *Ciper Chile*. <https://www.ciperchile.cl/2020/09/10/la-crisis-de-los-ciudadanos-neoliberales/>

Bustamante, G. y Ojeda, F. (24 de octubre, 2020b). Dos rieles para que la Constitución no sea una traba: instituciones fuertes y participación ciudadana activa. *Ciper Chile*. <https://www.ciperchile.cl/2020/10/24/dos-rieles-para-que-la-constitucion-no-sea-una-traba-instituciones-fuertes-y-participacion-ciudadana-activa/>

Cahill, D., Cooper, M., Konings, M. & Primrose, D. (Eds.). (2018). *The SAGE handbook of neoliberalism*. Sage.

Castoriadis, C. (1986). La polis grecque et la création de la démocratie. *Le Débat*, 38(1), 126-144.

Castoriadis, C. (1987). *The imaginary institution of society*. MIT Press.

Castoriadis, C. (1990). Pouvoir, politique, autonomie. En *Le monde morcelé. Les carrefours du labyrinthe* (pp. 113-39). Seuil.

Chignola, S. (1999a). Costituzione e potere sociale in Lorenz von Stein e Tocqueville. En *Il potere. Per la storia della filosofia politica moderna* (pp. 341-361). Carocci.

Chignola, S. (1999b). "Noi,ultimi viaggiatori". Tocqueville e l'instabilità democrática. *Contemporanea*, 2(1), 111-118.

Chingola, S. (2014). A la sombra del Estado. Governance, gubernamentalidad, gobierno. *Utopía y Praxis Latinoamericana*, 19(66), 37-51.

Connolly, W. E. (2007). *Pluralism*. Duke University Press.

Correa Sutil, S. (2011). *Con las riendas del poder: La derecha chilena en el siglo XX*. Random House Mondadori.

Cristi, R. (1998). *Carl Schmitt and authoritarian liberalism: Strong state, free economy*. University of Wales Press.

Cristi, R. (2011). *El pensamiento político de Jaime Guzmán: Una biografía intelectual* (2ª ed.). LOM.

Cristi, R. y Ruiz Schneider, C. (2015). *El pensamiento conservador en Chile: seis ensayos* (2ª ed. Corr. y aum.). Editorial Universitaria.

De Dijn, A. (2019). Republicanism and democracy: The tyranny of the majority in 18th century political debate. En *Republicanism and the future of democracy* (pp. 59-74). Cambridge University Press.

Duso, G. & Kervégan, J. F. (Eds.). (2007). *Crise de la démocratie et gouvernement de la vie*. Polimetrica.

Espinosa, P. & Bustamante, G. (2021). Indigenous patrimonialization as an operation of the liberal state. *Philosophy and Social Criticism*, 48(6), 882-903.

Foucault, M. & Faubion, J. D. (Eds.). (2000). *Power*. New Press.

Foucault, M. & Senellart, M. (Eds.). (2010). *The birth of biopolitics: Lectures at the Collège de France, 1978-1979*. Picador.

Fuller, R. (2019). *In defence of democracy*. Polity.

Ginsburg, T. & Moustafa, T. (2008). *Rule by Law: The politics of courts in authoritarian regimes*. Cambridge University Press.

Harvey, D. (2005). *A brief history of neoliberalism*. Oxford University Press.

Hayek, F. (1979). *Law, legislation and liberty. The political order of a free people*. (Volume 3). The University of Chicago Press.

Hayek, F. (1995). *Law, legislation and liberty. Rules and order* (Volume 1). The University of Chicago Press.

Hayek, F. (2011). *The constitution of liberty: The definitive edition*. University of Chicago Press.

Heater, D. (2005). *What is citizenship?* Polity Press.

377

Isin, E. F. & Turner, B. S. (Eds.). (2002). *Handbook of citizenship studies*. Sage.

Kalyvas, A. (2008). *Democracy and the politics of the extraordinary: Max Weber, Carl Schmitt, and Hannah Arendt*. Cambridge University Press.

Kymlicka, W. & Norman, W. J. (Eds.). (2000). *Citizenship in diverse societies*. Oxford University Press.

Levitsky, S. & Way, L. A. (2010). *Competitive authoritarianism: Hybrid regimes after the Cold War*. Cambridge University Press.

Lister, R. & Campling, J. (Eds.). (2003). *Citizenship: Feminist perspectives*. Macmillan.

Marco, B. (2022). Schmitt, los ordoliberales y el error de Foucault. *Isegoría*, (67), e16, 1-11.

Marshall, T. H. (1950). *Citizenship and social class*. Cambridge University Press.

- Mouffe, C. (2007). *En torno a lo político*. Fondo de Cultura Económica Argentina.
- Nientiedt, D. (2022). Hayek and Schmitt on the "depoliticization" of the economy. (CHOPE Working Paper No. 2022-15). Center for the History of Political Economy.
- Ober, J. (1991). *Mass and elite in democratic Athens: Rhetoric, ideology, and the power of the people*. Princeton University Press.
- Pettit, P. (1999). *Republicanism: una teoría sobre la libertad y el gobierno*. Paidós.
- Rajah, J. (2012). *Authoritarian rule of law: Legislation, discourse and legitimacy in Singapore*. Cambridge University Press.
- Rosler, A. (2016). *Razones públicas. Seis conceptos básicos sobre la república*. Katz.
- Rosler, A. (2023). *Estado o revolución: Carl Schmitt y el concepto de lo político*. Katz.
- Rüstow, A. (2017). State policy and the necessary conditions for economic liberalism. En T. Biebricher & F. Vogelmann (Comps.), *The birth of austerity: German ordoliberalism and contemporary liberalism* (pp. 134-149). Rowman & Littlefield.
- Scheuerman, W. (1997). The Unholy Alliance of Carl Schmitt and Friedrich A. Hayek. *Constellations*, 4(2), 172-188.
- Schmitt, C. (1985). *Political theology: Four chapters on the concept of sovereignty*. MIT Press.
- Schmitt, C. (1992). *The crisis of parliamentary democracy*. MIT Press.
- Schmitt, C. (1998). Strong State and sound economy: an address to business leaders. En R. Cristi (Comp.), *Carl Schmitt and Authoritarian Liberalism: Strong State, Free economy* (pp. 212-232). University of Wales Press.
- Schmitt, C. (2004). *Legality and legitimacy*. Duke University Press.
- Schmitt, C. (2008). *Constitutional theory*. Duke University Press.
- Skinner, Q. (1993). Two concepts of citizenship. *Tijdschrift Voor Filosofie*, 55(3), 403-419.

Skinner, Q. & Stråth, B. (Eds.). (2003). *States and citizens: History, theory, prospects*. Cambridge University Press.

Steger, M. B. (2008). *The rise of the global imaginary: Political ideologies from the French Revolution to the global war on terror*. Oxford University Press.

Steger, M. B. (2010). *Neoliberalism: A very short introduction*. Oxford University Press.

Tamanaha, B. (2004). *On the rule of law. History, politics and theory*. Cambridge University Press.

Vatter, M. (2020). Foucault and Hayek: Republican law and liberal civil society. En *The government of life. Foucault, biopolitics, and neoliberalism* (pp. 163-184). Fordham University Press.

Villa, D. R. (1996). *Arendt and Heidegger: The fate of the political*. Princeton University Press.

Zakaras, A. (2010). Lot and democratic representation. *Constellations*, 17(3), 455–71.