

PRESENTACIÓN

EN BÚSQUEDA DE UNA CONSTITUCIÓN LEGÍTIMA*

Enrique Barros

Universidad de Chile

I.

Al invitar a este ciclo de conversaciones ilustradas entre académicos de una generación nueva a intermedia de constitucionalistas, el coordinador señalaba que “la reforma constitucional implica hoy una gran incertidumbre, un escenario saturado de posibilidades”. La incertidumbre tiene costos serios, porque nuestras decisiones más importantes son tomadas en el horizonte dado por una cierta predicción del futuro. Y en las actuales circunstancias, ocurre que las probabilidades que del proceso constituyente salga un engendro jurídico no son despreciables.

Es esperanzador que al comenzar la última sesión de estos Diálogos Constitucionales el coordinador haya recordado esa invitación, y señalado que el ciclo había permitido reducir esa incertidumbre; o, al menos, medirla.

Iría un poco más allá. Este trabajo muestra varias cosas. Ante todo, la importancia de que en una materia jurídica tan delicada sea tratada por juristas expertos, por definida que tengan su inclinación política.

ENRIQUE BARROS. Abogado. Profesor de derecho, Universidad de Chile. Miembro del consejo directivo del Centro de Estudios Públicos. Email: ebarros@blg.cl.

* Versión revisada de la presentación realizada por Barros el martes 14 de abril de 2015, con ocasión del lanzamiento de *Diálogos constitucionales* en el CEP.

Hay mucha sabiduría acumulada por siglos en la disciplina y, por cierto, que la actual generación de constitucionalistas chilenos tiene un marco analítico mucho más ilustrado del que yo conocí en mi época de estudiante y de profesor joven de derecho.

Además, un trabajo de este tipo, en libertad y de entera buena fe, tiene la ventaja de un discernimiento en que cada cual se tiene que hacer cargo de la posición del otro. Eludir la propia pandilla es indispensable para comprender y aprender, y finalmente para convenir; especialmente en materias en las que el éxito radica en que el disenso sea la excepción.

La constitución sólo debe excluir a quienes se oponen a los principios básicos de constitucionalismo. No es un *programa político* entre otros, sino expresa una norma *común* de convivencia, que necesariamente debe incluir a gente de orientaciones tan diversas como permita una democracia constitucional.

Por eso un importante acuerdo, que fue madurando a medida que la discusión avanzaba, fue que la constitución debe ser supramayoritaria, mientras la legislación debiere regirse por la regla de mayoría (lo que ya significa un cambio significativo respecto de nuestro *statu quo*).

II.

Es explicable la inquietud que genera una voluntad política que se pronuncia por *crear* una nueva constitución, que se asume como una necesidad histórica. Una de las más dramáticas lecciones del siglo pasado es la falsedad de la idea hegeliana de que la historia tendría un curso inexorable. A muchos nos pareció que bajo el discurso constitucional y político del programa de la Presidenta Bachelet subyacía esa actitud historicista tantas veces desmentida por la experiencia.

Y, así, surgieron preguntas acuciantes: ¿estaba entrando Chile, en razón de una fuerza histórica irresistible, en una nueva etapa de su historia constitucional?; ¿es la propuesta de una nueva constitución el elemento simbólico de una metamorfosis inminente de nuestro orden de convivencia más fundamental?

Mi generación ha sido testigo de la sangre, sudor y lágrimas que ha costado avanzar en un consenso, siempre imperfecto, acerca de la importancia civilizatoria de las instituciones.

De hecho, Chile ha sido un país en evolución permanente durante las últimas décadas; desde el Acuerdo Nacional, en que tanta influencia tuvo el luego Presidente Lagos y que muchos en este centro de estudios apoyamos con entusiasmo hace tres décadas. Y también ha avanzado durante el último cuarto de siglo nuestra constitución real. La evolución se ha producido de la manera que se mueve la manecilla de un reloj, casi sin que nos percatemos.

Chile es otro país que el de la generación anterior: estamos en camino de una profundización de lo público, de mayor competencia en los mercados, de creciente discernimiento y control de los abusos y conflictos de interés (públicos y privados), de una política social técnicamente refinada y expandida gracias al aumento de los ingresos fiscales como resultado del crecimiento. Mucho de lo impropio, que nunca planteó dudas de corrección en la política y en los negocios, ha sido puesto a prueba. El país es progresivamente una pecera, cada vez más transparente. El *shock* ha sido potente, en el ámbito público y privado, por lo que sus consecuencias deben ser manejadas con inteligencia y determinación política. Pero, si se logra superar con habilidad práctica el torbellino en que nos encontramos, la actual situación de crisis de confianza puede terminar siendo un proceso catártico, que nos lleve a consolidar mejores prácticas en todos los ámbitos.

La crisis que vivimos puede ser un paso hacia una conciencia pública más extendida acerca de los límites de lo correcto e incorrecto. Desde luego que debe ser enfrentada, pero en ella parecen no estar en juego cuestiones básicas de la tradición constitucional.

Es conveniente partir de un recuento de cómo la trama constitucional de 1980 se ha destrabado paso a paso. Pero también ha cambiado el entendimiento que tenemos de nuestro orden fundamental. La Constitución, de marcado acento libertario en lo económico y autoritario en lo político, no ha impedido progresos hacia un estado de derecho y a una economía social de mercado, en una senda análoga a países que admiramos. El texto constitucional tiene aún un acento libertario (neoliberal es la palabra en boga), pero no ha impedido las políticas públicas de las últimas décadas, que no han sido de ese signo.

Durante este tiempo, como se dijo en estos diálogos, la Constitución ha tenido un proceso de maduración en que han participado “generaciones con visiones plurales”. Ha cambiado no sólo en su texto, sino

en la interpretación judicial. Y la acción política ha superado los límites impuestos por el constructivismo económico y político que subyace a la Constitución de 1980. Pero sigue siendo numéricamente la Constitución de 1980, aunque ello haya llegado a ser cada vez menos verdadero.

Así y todo, en muchos sectores, como dijo hace algún tiempo un pensador muy templado, se muestra en estas reglas la “persistencia fantasmagórica —en buena medida irracional, aunque comprensible— del general [Pinochet], lo que resulta un pecado original indeleble” (Pedro Gandolfo). Ésa es una realidad política, a pesar de la metamorfosis.

Eso explica que el debate haya estado contaminado por posiciones emocionales más que analíticas. En contraste con la ilegitimidad de origen sentida por unos, otros han mostrado un apego cuasi-religioso a una constitución que entienden como el soplo inspirador de su identidad política.

La situación supone riesgos latentes imprevisibles. Por eso, es importante tomar en cuenta no sólo el valor jurídico, sino también simbólico y político de la constitución. La falta de legitimidad *compartida*, sea cual fuere el grupo político significativo que la resienta, tiene costos para Chile. Desde luego que eso no sólo vale para la actual Constitución, sino más decisivamente para la que el país se dé en el futuro (en la medida que no esté amparada por una práctica constitucional comúnmente aceptada).

El trabajo realizado en estos talleres muestra la conveniencia de un análisis candoroso, alrededor de una mesa, acerca de lo que está en discusión. Los participantes no intentaron llegar a un texto constitucional; ni siquiera a un acuerdo. Es cierto, como se argumentó, que una constitución es el resultado de un acuerdo *político*. Pero en toda la historia constitucional se muestra la importancia de los expertos en derecho. Y en este grupo participaron expertos en derecho de las más distintas corrientes de pensamiento.

III.

La primera pregunta ha sido cómo se llega a una constitución incluyente y que se haga cargo de lo que *es* este país luego de los treinta años transcurridos desde el antiguo Acuerdo Nacional, que según mi experiencia histórica dio comienzo a la transición.

Una discusión sin ancla se transforma en un debate que parte y muere en *posiciones*. La tarea es llegar a un acuerdo constitucional que cierre finalmente el capítulo de la Constitución de 1980. En esa tarea hay supuestos básicos que se pueden tener por compartidos: la democracia política, la garantía de las libertades y el reconocimiento por la sociedad política de fines comunes de justicia distributiva se expresan en los conceptos de *estado de derecho*, en lo jurídico, y de *economía social de mercado*, en lo económico.

Sin embargo, la tensión entre libertad e igualdad es insoslayable. Por eso, la sociedad debe asumir un compromiso entre un concepto amplio de justicia, en lo político y económico, y la libertad personal, la propiedad y los demás derechos asociados a la autonomía. Ese compromiso es lo que mejor define los supuestos jurídicos de las democracias constitucionales que más admiramos. Conviene mirar hacia nuestra propia historia y hacia lugares donde mejor se cautelan las libertades en una asociación virtuosa con la creación de riqueza, el desarrollo del acervo social y cultural y la integración social.

Estas orientaciones son, en esencia, las que Oscar Godoy ha llamado los *básicos constitucionales* que recorren la mejor tradición política de Chile y de las democracias constitucionales modernas.

Estas definiciones constitucionales que pueden aspirar a amplio acuerdo no satisfarán a libertarios en lo económico, ni a quienes quisieran amurar en la constitución un programa político inverso al de 1980. Pero no podemos perdernos, porque ninguno de estos extremos es el consenso en que se sostienen las democracias constitucionales contemporáneas.

IV.

Es interesante que los desacuerdos sean mayores al comenzar la discusión de un tema que al terminarla. Eso tiende a ocurrir una y otra vez: en cuanto a la potestad constituyente, al régimen político, a la estructura centralizada del Estado, al reconocimiento constitucional de derechos económicos y sociales y de las libertades clásicas. Se muestra que a menudo las diferencias son más bien semánticas que sustantivas.

Un ejemplo claro es la forma en que se deben expresar los contenidos normativos de la constitución. Con matices, más o menos mar-

cados, hay quienes piensan que la tarea de la constitución es establecer sólo derechos de libertad, que se pueden hacer valer incluso *contra* el Estado; otros minimizan estos últimos, que son constitutivos de la tradición constitucional, y terminan condicionándolos a la amplia facultad de los órganos políticos de diseñar políticas públicas distributivas que garanticen prestaciones sociales.

Por cierto que un papel esencial de la constitución política es definir los límites a nuestra posición como *súbditos*, para lo cual es esencial garantizar ámbitos amplios de autonomía; de hecho, eso pertenece al ADN de la tradición constitucional.

Pero el Estado moderno no sólo asume funciones de ordenación, que hacen posible una interacción venturosa de personas autónomas, sino que asume también funciones regulatorias y de provisión de bienes (cualquiera sea el modo en que lo logre). Esto pertenece al ADN de la democracia.

La constitución cumple ambos objetivos de una manera compuesta. Una carta de Madison a Jefferson es iluminadora respecto del primer objetivo: el poder real reside en la mayoría, dice Madison, de modo que la invasión de los derechos de las personas no debe ser entendida como una defensa frente a actos del gobierno contrarios a sus electores, sino, por el contrario, respecto de actos en los que el gobierno es mero instrumento de la mayoría. Por eso, los derechos de libertad son contra mayoritarios en la tradición constitucional.

La segunda función se logra especialmente gracias a la inclusividad de los derechos de participación política, en la medida que el poder público está legitimado sobre una base de igualdad, que se expresa en el voto y el gobierno mayoritario. La democracia política sigue siendo hoy el instrumento que garantiza, al menos en el largo o mediano plazo, grados progresivos de protección social y de igualdad.

El concepto de estado democrático y social de derecho tiene muchos elementos precisamente porque permite unificar ambas tareas. Pareciera que ningún consenso constitucional puede eximirse de esa síntesis.

Por eso, la pregunta no es si el Estado debe o no desarrollar políticas orientadas a mitigar la desigualdad y aumentar las oportunidades para todos. La discusión es más *técnico jurídica* que *conceptual*, porque en este último respecto no visualizo diferencias insalvables. La delicada

naturaleza de este trabajo de actualización de nuestra tradición constitucional habla por sí misma de la inexcusable necesidad de un fino sentido jurídico en cualquier revisión constitucional.

Asumido que es tarea natural del Estado democrático procurar la mejor satisfacción de fines sociales, la cuestión es si la constitución debe expresarlos mediante una enumeración de derechos (a la salud, la vivienda, la educación y así sucesivamente); o si, por el contrario, es preferible atribuir esta responsabilidad directamente a los órganos políticos, limitándose a establecer una cláusula general de Estado social de derecho (como lo hace la constitución alemana); o mediante una enumeración de fines de la organización política del Estado, como lo hace la reciente constitución suiza; o radicar derechamente la cláusula de Estado social en el ámbito de las políticas públicas, como es el caso de Finlandia. Se trata de dos países de fuerte tradición democrática, que han promulgado recientemente nuevas constituciones. Me voy a detener en este punto, que muestra las dificultades del debate constitucional.

La primera pregunta a este respecto es si la constitución enuncia la tarea de proveer a las personas salud y otros bienes sociales básicos, dejando su concreción al legislador y a la administración; o si, por el contrario, la constitución debe establecer derechos que den acción judicial a las personas para requerir esos servicios.

Relacionada con lo anterior, es la pregunta de si los derechos sociales deben ser justiciables, esto es, si se pueden reclamar de los tribunales; o si, por el contrario, la constitución debe entregar su materialización al proceso político democrático.

La experiencia de las democracias más exitosas muestra que la constitución se limita a los básicos constitucionales. Son textos breves, casi ascéticos, que garantizan libertades y establecen fines de justicia y de interés general, a la vez que organizan, distribuyen y limitan el poder.

Por el contrario, es frecuente que las nuevas constituciones hispano-americanas (Bolivia, Brasil, Colombia, Ecuador) adopten un lenguaje progresista, al calificar los derechos sociales como derechos en un sentido fuerte. El problema es que si la constitución se puebla de aspiraciones, por compartidas que sean, deviene puramente semántica, porque describe una utopía, lo que necesariamente la degrada, como suele ocurrir en este continente.

En la materia, el problema crucial se refiere a las fronteras de la política y del derecho. La tarea de los jueces es esencial en la cautela del estado de derecho. Por el contrario, el perfeccionamiento progresivo de políticas sociales es tarea que se debe emprender siguiendo una lógica política y no judicial. Las políticas públicas son definidas por órganos dotados de legitimidad (y de responsabilidad) democrática. Cuanto más reguladas se encuentran las políticas públicas en la constitución, más estrecho es el espacio para el legítimo disenso democrático respecto de lo políticamente posible.

En esta materia delicada, el mayor riesgo es incurrir en un acto de magia jurídica: transformar fines compartidos, que se expresan en el concepto genérico del Estado social de derecho, en derechos de prestación que la constitución otorga directamente a las personas (para qué decir si se trata de derechos que suponen prestaciones cuyos acreedores son comunidades).

Los derechos tienen sentido si se pueden exigir mediante una acción. Si carecen de ella, ¿qué estructura lógica presentan?; ¿qué significa denominar *derechos* lo que en verdad son *fines* de una sociedad justa? Dediqué mis primeros años como académico a la lógica jurídica y me cuesta concebir un derecho que no represente una pretensión que pueda hacerse valer ante un tribunal; de lo contrario su reconocimiento es sólo virtual, una ilusión.

Y en esto existe una diferencia importante entre los derechos de libertad y los derechos sociales. Estos últimos se logran *mediante* el Estado, y ése es el ámbito natural de la política. Los otros señalan la forma de actuación del Estado (sometida a la ley en la tradición del Estado de derecho), pero también las fronteras de autonomía personal y asociativa que el Estado debe respetar (garantías de libertad). El resguardo de estas últimas garantías es inevitablemente tarea de los jueces, porque el objetivo es domesticar la política en protección de ámbitos garantizados de soberanía y emprendimiento personal.

Por el contrario, en el caso de los derechos sociales, se presentan fines de inclusión, que se expresan en participación en la generación del poder y en el goce de bienes que la sociedad puede satisfacer a todos. En estas tareas los jueces carecen de legitimidad política y del instrumental analítico necesario (porque su alcance, en un mundo de escasez, depende de complicadas apreciaciones valóricas, presupuestarias y

técnicas). En el extremo, el alumno de una escuela podría recurrir de protección del derecho a tener un buen profesor de matemáticas. O los tribunales podrían considerar que el sistema de salud no alcanza la marca constitucional y diseñar los principios políticos bajo los cuales debiere estar organizado, como ocurrió en Colombia. Un buen ejemplo es a este respecto Italia, donde derechos sociales extendidos por los jueces constitucionales han contribuido en gran medida, según opiniones autorizadas, a la ruina financiera del país; y ahora esos mismos precedentes entran en conflicto evidente con las reglas de disciplina fiscal aprobadas por la Unión Europea.

Dicho a modo de ejemplo, ¿los niveles de protección de la salud que establece el plan Auge pertenecen a la constitución o al ámbito más circunstancial de la política?; ¿tiene sentido declarar constitucionalmente un derecho a la salud, en un sentido jurídicamente fuerte, cuando todos saben que su materialización es el resultado tanto del desarrollo y crecimiento económico, como de políticas públicas eficaces dirigidas a mejorar la cobertura y calidad de servicio?

Los jueces son tanto más nobles cuanto más anclados están en su función jurisdiccional. La deliberación y decisión de políticas públicas no es su trabajo; tanto por razones de carencia de legitimidad política, como de especialidad funcional de su tarea, que desde el derecho romano es “decir el derecho” (*jurisdictio*).

Los ejemplos en contrario no son alentadores en sus resultados. Más grave, sería una abdicación de la política democrática, que asume un acuerdo básico en las orientaciones fundamentales, pero acepta el disenso en la forma como se materializan. Por lo demás, no parece sensato pensar que incurren en una obscena omisión de reconocimiento de derechos económico-sociales las constituciones de países de la comunidad europea, a pesar de que con 7 por ciento de la población mundial y el 35 por ciento del producto mundial, cubren el 50 por ciento del gasto social en el mundo. Los derechos económico-sociales de la carta europea dan lugar a obligaciones de conducta de los Estados y no garantizan resultados que puedan ser hechos valer como acciones judiciales.

Por lo demás, los derechos de defensa frente al Estado no sólo cumplen una función de protección de la autonomía desde un punto de vista subjetivo, como se destaca en la tradición filosófica del constitucionalismo, sino también son instrumentos sociales para imponer límites a la política. La diferenciación funcional de una sociedad que ha

alcanzado una tal complejidad como la nuestra, no es reducible a categorías puramente políticas, expresadas tradicionalmente en el concepto de soberanía. Subordinar la ciencia, la educación, la información o la economía a la política es forzar la realidad de una sociedad que ya no es explicable en categorías conceptuales simples.

V.

Unas pocas palabras sobre la forma del Estado, que es tarea inexcusable de una constitución. Es interesante a este respecto observar una diferencia entre la parte normativa y orgánica de la constitución. Mientras las constituciones son textos semánticamente pobres en su parte normativa, porque ésta incluye necesariamente conceptos indeterminados en su intención y alcance, las disposiciones orgánicas deben ser en extremo precisas.

Deben ser reglas subsumtivas, que se expresen en blanco y negro: cómo se eligen las autoridades, el tiempo que duran en funciones, las facultades que a cada cual corresponde, y así sucesivamente. Cualquier duda acerca de estas reglas puede generar incertidumbres y crisis políticas.

La forma del Estado básica es la democracia representativa. La pregunta siguiente es cómo el poder público es asignado y distribuido. En democracia el poder proviene de personas que lo atribuyen mediante el voto, actuando en el rol social de ciudadanos. Ésta es la pregunta por el régimen político, al cual el grupo de constitucionalistas dedicó dos sesiones bien intensas e iluminadoras.

El tema es recurrente en Chile. En 1987 un grupo de académicos de distintas proveniencias intelectuales e ideológicas, unidos por el común interés en la consolidación de una democracia exitosa, nos reunimos para discutir sobre presidencialismo, parlamentarismo y semi-presidencialismo en todas sus variables.

Me interesó estudiar el semi-presidencialismo francés. Descubrí entonces que el sistema estaba diseñado para permitir una coexistencia problemática entre un Presidente de gran autoridad y un primer ministro responsable ante el parlamento. Es el modelo histórico de Gaulle, de un Presidente que tiene mayoría en el parlamento. Es un sistema ligado a supuestos institucionales muy complejos. Cuando se entra en la letra chica se comprueba, por ejemplo, que los distritos uninominales fueron

tenidos por requisito para crear una mayoría parlamentaria que coincidiera con la presidencial. Y, a pesar de que el gobierno requiere de apoyo parlamentario, el poder del ejecutivo se fortaleció. Recién, para controlar la disidencia dentro de su propia mayoría, el primer ministro Vals ha usado el cañón del voto bloqueado, en que la Asamblea Nacional no tiene más alternativa que aprobar sin indicaciones un proyecto de ley; y, además, el primer ministro puede imponer a la Asamblea Nacional una alternativa extrema: o bien se aprueba un proyecto del gobierno, o bien, se disuelve y se llama a nuevas elecciones.

La verdad es que no hubo luego de nuestro trabajo el estado de naturaleza sobre cuya base discutimos el sistema político en esa época. La transición corrió el conocido camino del cambio progresivo. Por otro lado, el presidencialismo está de tal modo asumido por la sociedad chilena que no se presentó siquiera la oportunidad de una discusión. Comparto la opinión de algunos de los participantes en estos Diálogos que tampoco ahora es éste un tema que se halle sobre la mesa.

El problema no sólo es la historia de Chile, sino también la cuestión crítica de la gobernabilidad. Eso no quita que el presidencialismo de la Constitución de 1980 deba ser revisado. Pero esta revisión no puede desatender cuestiones bien esenciales, como es el control del gasto público por el ejecutivo (problema que también es por completo crítico en cualquier modelo de descentralización). Los ejemplos en contrario debieron ser suficientemente intimidantes.

Es imposible referirse a todos los temas tratados en tan extensas sesiones. Pero todo indica que en cada caso no sólo suponen una definición política, sino también una técnica jurídico-política de detalle, que parte por separar lo que es materia de constitución y de ley ordinaria. Es lo que ocurre, por ejemplo, con los propósitos de descentralización, con la selección de los miembros del Tribunal Constitucional, con el gobierno judicial y así sucesivamente.

VI.

La tarea, en mi opinión, deseable de concluir un ciclo constitucional es muy delicada y se deben evitar las trampas ideológicas.

En la tradición romántica de Rousseau la constitución es el acto en que personas, transformadas en ciudadanos, enajenan todos sus derechos

a la sociedad. La asamblea constituyente responde a esa idea. Pero también se apoya en una técnica argumentativa de descalificación total del orden vigente por ilegítimo. Esta posición fue muy frecuente en mi generación, especialmente en los movimientos europeos del 68 y en la extrema ideologización de la Unidad Popular. A eso se agrega, como remedio, la ideología de una voluntad colectiva *constitutiva*, que al fin de cuentas supone la minusvalía del ciudadano, en sus diversas modalidades de persona común y corriente, frente a una utopía corporativista de identidad colectiva que prescribe una radical igualdad. Todo ello a costa de la desaparición, en ese instante constituyente, de la persona que tiene pareja e hijos, trabaja, participa en comunidades y disfruta de sus amigos.

La sociedad civil es demasiado diferenciada para un concepto tan intenso de ciudadanía. Se ignora en ese concepto la diferenciación de la sociedad contemporánea, en un país de ingresos medios y muy aspiracional. La sociedad está compuesta por personas que afirman su autonomía, y de esa manera su dignidad, no como pertenecientes a una entidad abstracta, sino como su *propia* identidad. Un ejemplo cotidiano: la comunicación por Twitter, que incluso cuando recae en lo público muestra por sí sola un despliegue de subjetividad nunca antes conocido.

Hay un diagnóstico sociológico profundamente errado en lo que se propone como programa político constitucional. El sueño romántico de aspirar a la *identidad* en la nación, mediante una constitución creada *ex nihilo* por la comunidad radicalmente participativa, será siempre una ilusión. Y mirando la realidad, ¿se puede esperar una apoteosis de ciudadanía, de personas abandonadas de sí mismas en entrega a lo colectivo, en un país donde la mitad de los ciudadanos se queda en casa durante las elecciones presidenciales?

Como se dijo en las discusiones de estos talleres, una cosa es partir de ideas fundantes de diversos conjuntos de instituciones implícitas, como la de un Estado social y democrático de derecho, pero otra muy distinta es lanzarse al vacío con un proyecto de asamblea constituyente carente de orientación de contenido, en que no se parte de una tradición constitucional establecida, sino constituye un escape puramente procedimental, donde incluso las reglas más precisas de conformación de esa asamblea quedan sintomáticamente en la nebulosa.

Mi impresión es que los extremos fueron quedando a un lado en las discusiones, con progresivos matices desde uno y otro extremo de

la mesa. No está en discusión defender la *verdadera* Constitución de 1980, ni lanzarse en un vuelo con alas de cera hacia un sol luminoso, cuyo núcleo y contornos es por completo borroso.

Un cierto escepticismo es requisito para crear instituciones duraderas. Así se explica la inseguridad a que refería el coordinador hacia el comienzo. Todo indica que éste es el momento de superar razonablemente esta dialéctica infértil entre una voluntad cargada de propósitos ardientes, por un lado, y el aferrarse a ideas que ya ha quedado atrás por la fuerza de nuestra propia historia constitucional reciente, por el otro.

La actual crisis de confianza tampoco llama precisamente a epopeyas políticas. Se suele ignorar que la desconfianza es también expresión del fortalecimiento del ciudadano que pide cuentas, que no otorga mandatos en blanco; de un empoderamiento de la sociedad civil, que es donde en verdad ocurre lo que más importa a los chilenos.

Vivimos una época de control social más intenso sobre todos quienes tienen poder; de allí nace la creciente intolerancia frente al abuso, de empresarios y políticos. Es un síntoma de personas que exigen cuentas de quienes tienen responsabilidades públicas o privadas. Todos estos cambios han provenido desde la sociedad civil y del generalmente correcto funcionamiento de la justicia, más que de un designio político.

Demás está decir que una situación de incertidumbre institucional está llena de riesgos y costos para el país. Especialmente si recae en algo tan crítico como es la constitución, que es la sede en que por mil años se han reconocido los derechos de libertad, propiedad y asociación de las personas. Todo indica que el mejor punto de partida no es replicar la experiencia intelectual de un “estado de naturaleza” del grupo plural que trabajó en 1987 en un proyecto político para el Chile que venía. El camino correcto parece ser, más bien, someter a juicio crítico lo que anda mal para descubrir lo que se debe cambiar o mejorar, en una larga tradición constitucional que no termina ni comienza en 1980.

Al respecto quisiera poner un ejemplo muy circunstancial de algo que anda mal: ¿es razonable que la pertenencia al Tribunal Constitucional esté determinada por la mera obsecuencia política? Es como poner de árbitro a quien sigue instrucciones de una de las partes. ¿No es sintomático que personas como las recientemente nombradas por las cámaras políticas no hayan sido siquiera pensadas como elegibles para estos Diálogos Constitucionales?

Por cierto que en materia constitucional, sea el texto escueto o desarrollado, es inevitable que concurren posiciones más libertarias y más pro regulatorias, pero lo decisivo es que el tribunal logre estructurar una doctrina de precedentes bien construida, que articule los límites de unas y otras.

Por eso, todos los tribunales constitucionales valorados han tenido sus mejores épocas cuando han estado integrados por juristas refinados, como muchos de los que han participado en estos Diálogos Constitucionales. La composición con capacidades jurídicas descollantes también contribuye a que el análisis de los casos sea objeto de una discusión consciente de lo que está en juego, porque, por ejemplo, declarar inconstitucional una ley aprobada por los poderes políticos es una decisión muy seria. Y esa auto restricción exigible a ese tribunal es mucho más probable si está compuesto por juristas conscientes de su delicada función que si simplemente replica las cámaras políticas.

Además, los expertos en derecho tienden a ser más diferenciados en sus juicios, de modo que es mucho más posible que un juez de sólida formación jurídica vote de una manera imprevista respecto del sector doctrinario al que está identificado, que uno que ha sido nominado simplemente por su obsecuencia.

Esta cuestión de la selección de los jueces constitucionales, algo naturalmente muy acotado, es mucho más decisivo que decenas de declaraciones de meras intenciones. Recogiendo una opinión expresada en una de las últimas sesiones, este ejemplo muestra que hay más micro que macro cirugía en la tarea que se tiene por delante.

VII.

Finalmente, quisiera expresar una profunda convicción intelectual: las ideas son necesarias porque orientan nuestro pensamiento y nuestra acción, pero son por sí solas incapaces de crear instituciones duraderas.

En todos los temas discutidos el excelente y diverso grupo de trabajo muestra avances importantes. Primero, en clarificar los puntos de vista. Segundo, en comprender el punto de vista del que está al frente. Tercero, en acercar posiciones, como ocurre con el riesgo de judicializar los derechos sociales. Cuarto, agregaría, como implícito, la ventaja de partir del supuesto de que la constitución debe asumir los básicos

constitucionales que iluminan la mejor historia jurídico-política del país, como de las experiencias comparadas, exitosas y frustradas.

Sólo en la perspectiva de nuestra historia política en el gran sentido, y de los errores y aciertos que nosotros y otros hemos cometido, podemos someter a control de realidad las ideas que son fuente de inspiración pero que por sí solas son infértiles.

La tarea es consolidar instituciones que cumplan el doble objetivo de ser inclusivas y respetuosas de la personalidad. Parece ser ése el horizonte más representativo de una sociedad chilena cada vez más diversa y diferenciada, que es el resultado de décadas de modernización progresiva y *siempre* inconclusa.

La Constitución ya no es la del 80. No lo es en muchos aspectos que la separaban de la tradición constitucional chilena y comparada más digna de reconocimiento. Pero, aun así, conserva peculiaridades muy discutibles. La tarea es cerrar un ciclo, introducir las correcciones de aceptación general, reconociendo que nuestra constitución legítimamente aspire a un reconocimiento de la gran mayoría de los chilenos.

Y para ese propósito, no parece haber otro camino que el institucional. El acuerdo constitucional debe ser necesariamente supramayoritario. Eso no sólo vale para la actual Constitución, sino para la que el país se dé en el futuro. No se puede pasar de una constitución que algunos califiquen de tramposa a otra que sea descalificada por la misma razón, sólo que por otros.

Por eso, es necesario un nuevo Acuerdo Nacional, que se construya desde la tradición del constitucionalismo democrático, permita la coexistencia y competencia política civilizada de gente que piensa y tiene forma de vida diferentes, pero que posee un marco de referencia común e inclusivo. En esa tarea sería cada vez más esencial el trabajo de nuestros mejores expertos, con sensibilidades políticas diferentes, como el que ha alimentado estos Diálogos Constitucionales.

Mis cordiales felicitaciones a quienes promovieron esta idea y participaron en ella. Éste es un trabajo bueno para Chile. *EP*