

## **NORMAS DE CONSTITUCIÓN, NORMAS DE LEY: UNA RESPUESTA IMPROBABLE A LA LUZ DEL CASO CHILENO<sup>1</sup>**

CONSTITUTIONAL NORMS, LEGAL NORMS:  
AN IMPROBABLE ANSWER IN LIGHT OF THE CHILEAN CASE

Domingo A. Lovera Parmo\*

*The life of the law has not been logic: it has been experience*

Oliver Wendell Holmes, Jr., THE COMMON LAW<sup>2</sup>

### **Resumen**

Uno de los debates transversales que generó la propuesta de nueva Constitución ofrecida por la Convención Constitucional — rechazada, luego, por el pueblo — fue el relativo a las materias que deberían incluirse en una

---

1 Artículo recibido el 20 de marzo de 2023 y aceptado el 13 de junio de 2023.

Esta investigación se enmarca en el Proyecto Fondecyt de Iniciación N° 11190310, denominado “Los usos de la Constitución en el proceso legislativo chileno”, del que el autor es su investigador responsable.

Una versión preliminar de este trabajo se presentó en la Conferencia Anual del ICON-S México, “Desafíos Contemporáneos en el Derecho Público”, en el ITAM, México, 26 de octubre de 2022, en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 28 de octubre de 2022, y en la Conferencia Derecho y Cambio Social, en la Universidad Austral de Chile, 20 de enero de 2023. Quiero agradecer los comentarios y sugerencias que entonces se me hicieron. Agradezco, también, los comentarios que Jaime Bassa, Rodrigo Kaufmann, Paz Irarrázabal, Raúl Letelier, Daniel Mondaca, Pablo Soto, Nicolás Perrone, Flavio Quezada, Christian Viera y Yanira Zúñiga formularan a una versión muy inicial de este trabajo. Por último, quiero agradecer especialmente la asistencia de investigación de Ignacia Valenzuela y Rodrigo Cortés.

\* Doctor en Derecho, Universidad de York, Canadá. Profesor Asociado de la Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales. Dirección postal: Avenida República 112, Santiago, Chile. Correo electrónico: domingo.lovera@udp.cl ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-3601-096X>.

2 Little Brown and Co., Boston, 1881. Pág. 1.

Constitución y cuáles, en cambio, dejadas a la ley (u otras fuentes normativas). Este trabajo tiene por objetivo ordenar los argumentos a partir de los que se formulaban esas objeciones. Se dividen en cuatro razones. La primera de ellas arranca de una cierta expectativa o concepción respecto de la función de las constituciones. La segunda reposa en una visión sobre la forma en que las constituciones podrían alentar o menoscabar la democracia al transferir poderes de decisión a instituciones no representativas. La tercera reclama una supuesta infracción a la experiencia constitucional acumulada globalmente. La cuarta, y última, se formula desde una cierta cultura social y/o nacional que debe respetarse. Cada uno de esos criterios será sometido a escrutinio con razones que, desde luego — así como los mismos criterios —, encuentran eco en la literatura especializada.

### **Palabras claves**

Materias de constitución; Derecho comparado; Poder constituyente.

### **Abstract**

One of the cross-cutting debates generated by the proposal for a new Constitution offered by the Constitutional Convention — later rejected by the people —, was the question of which matters should be included in a Constitution and which, on the other hand, should be left to the law (or other normative sources). The purpose of this paper is to sort out the arguments upon which these objections were formulated. They are divided into four reasons. The first stems from a certain expectation or conception about the function of constitutions. The second rests on a view of how constitutions might encourage or undermine democracy by transferring decision-making powers to non-representative institutions such as the judiciary. The third claims a breach of what would be a globally accumulated constitutional experience. The fourth, and last, is formulated from a certain social and/or national culture that must be respected. Each of these criteria will be subjected to scrutiny with reasons that, just as the criteria themselves, are echoed in the specialized literature.

## Keywords

Constitutional matters; Comparative law; Constituent power.

## 1. INTRODUCCIÓN: LA INADECUACIÓN NORMATIVA

En 1993 Jeremy Waldron sostenía, entre otras cosas, que el reconocimiento de derechos constitucionales importaba alguna forma de defraudación democrática<sup>3</sup>. Descansando en el que denomina el derecho de los derechos, esto es, el derecho de las personas a poder intervenir y decidir en situaciones en las que existe un desacuerdo razonable respecto a qué derechos tenemos, argumentaba que el reconocimiento constitucional de ciertos derechos — y, desde luego, la atribución de los tribunales para decidir autoritativamente qué derechos tenemos y cuáles son sus contornos — supone excluir ciertos asuntos del debate político<sup>4</sup>.

¿Es esta una actitud democráticamente adecuada frente a nuestras conciudadanas, se preguntaba Waldron? No parece serlo de cara a las circunstancias de la política, el hecho de que somos millones de personas, que vivimos juntas y que debemos tomar decisiones que permitan organizar la vida en

---

3 WALDRON, Jeremy: “A Right-Based Critique of Constitutional Rights”. En: *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 13, N° 1, 1993.

4 En nuestra tradición esta ha sido conocida como la tesis del coto vedado. Se trataría de un núcleo de decisiones de todas las posibles — los derechos — que estaría sustraído de la voluntad de la mayoría, sin dejar de ser, por ello, fundamento de la democracia. Véase, por todos, GARZÓN VALDÉS, Ernesto: “Consenso, racionalidad y legitimidad”. En: *ISEGORÍA*, Vol. 2, 1990.

común<sup>5</sup>. Menos cuando esas decisiones, esto es las decisiones respecto a cómo debemos organizar nuestra vida en común, están atravesadas por un genuino y razonable desacuerdo. Incluidas las cuestiones de derechos<sup>6</sup>.

Por cierto, la objeción al atrincheramiento constitucional de los derechos no procede solo respecto de ellos — algo que el debate doméstico suele pasar por el lado cuando objetan la constitucionalización de los que son, además, solo una parte de los derechos: los sociales —, sino que también respecto a la parte orgánica de las constituciones. Como el mismo Waldron reclamaría algunos años después, en parte para abordar la reconfiguración de la revisión judicial como una orientada solo al control de los procedimientos y espacios participativos de una política democrática<sup>7</sup>, si le reconocemos a las personas agencia moral, política y constitucional para poder pensar y debatir en torno a cuestiones sustantivas, ¿por qué debieran quedar excluidas de poder abordar las cuestiones de procedimiento? Si la democracia supone conferir a las personas un papel protagónico en el (auto)gobierno, ese alcanza, desde luego, las cuestiones relativas a “al carácter procedimental de sus arreglos políticos”<sup>8</sup>.

---

5 WALDRON, Jeremy: *Law and Disagreement*. Oxford University Press, Oxford, 1999. Pág.102. Este punto debe ser puesto de relieve: como parte importante del tratamiento que el concepto de las circunstancias de la política de Waldron ha girado en torno al aspecto del desacuerdo que existiría para poder organizar la vida en común, se ha oscurecido otro ámbito del argumento que, para efectos de esta crítica, puede tener mayor interés. Esto es la necesidad de, pese al desacuerdo, contar con mecanismos (y podríamos agregar actitudes) que permitan la cooperación humana. En efecto, como el mismo Waldron argumenta, la ley — una de las formas en que vamos abordando, sin necesariamente eliminar, los desacuerdos — debe ser vista como el resultado de cientos de voluntades orientadas a poder superar esos problemas de acción colectiva, más que como un puro resultado azaroso. Sobre este punto, véase, LATHAM-GAMBI, Alexander: “Jeremy Waldron and the Circumstances of Politics”. En: *The Review of Politics*, Vol. 83, Nº2, 2021.

6 WALDRON, Jeremy: *Law and Disagreement*, ob. cit. Pág. 225.

7 Cf. ELY, John H.: *Democracy and Distrust: A theory of judicial review*. Harvard University Press, Cambridge, 1980.

8 WALDRON, Jeremy: *Law and Disagreement*, ob. cit. Pág. 296.

El derrotero de la discusión permite afirmar que el anterior no es una objeción contra (la función que desempeñan)<sup>9</sup> las constituciones, sino una en contra de falta de atención a los procedimientos a que echamos mano para procesar y resolver nuestros desacuerdos<sup>10</sup>, por una parte, como a la apertura que las mismas debieran considerar para la actualización de sus interpretaciones y regulaciones<sup>11</sup>, de otra. En efecto, como el mismo Waldron apunta, las teorías de los derechos (y podemos añadir, de las constituciones, en general) deben complementarse con una teoría de la autoridad (y los procedimientos para ejercerla) respecto de las decisiones en torno a los mismos que considere el rol adecuado que las personas nos corresponde en una democracia<sup>12</sup>.

En lo que sigue, y con estas consideraciones a la vista, quiero revisar parte del debate que se generó durante el proceso constituyente chileno llevado a cabo por la Convención Constitucional. Allí, y conforme se iban conociendo las diferentes normas que la Convención iba aprobando — en especial, aunque no exclusivamente, en materia de derechos —, era común encontrarse con el reclamo que acá denominaré de inadecuación normativa. En términos generales, podría decirse que lo que acá llamo inadecuación normativa supone un reclamo conforme al que se objeta que se incluyan en

---

9 Véase, por ejemplo, WALDRON, Jeremy: “Never Mind the Constitution”. En: *Harvard Law Review*, Vol. 127, N° 4, 2014. Pág. 1164.

10 En especial una crítica a la revisión judicial de la constitucionalidad de la legislación, como es evidente en WALDRON, Jeremy: “The Core of the Case Against Judicial Review”. En: *The Yale Law Journal*, Vol. 115, N° 6, 2006.

11 Un buen ejemplo de esta forma de constitucionalismo puede encontrarse en COLON-RIOS, Joel: *Weak Constitutionalism: Democratic Legitimacy and the Question of Constituent Power*. Routledge, Londres y Nueva York, 2013; hablándole al momento de la decisión constituyente, y en WEBER, Grégoire C. N: *The Negotiable Constitution: On the Limitation of Rights*. Cambridge University Press, Cambridge, 2009; hablándole al funcionamiento regular de la política democrática. Esta objeción, propiamente democrática a una cierta forma de constitucionalismo, alcanza, desde luego, a los tribunales que ejercen atribuciones de control de constitucionalidad. Al respecto pueden consultarse los ensayos disponibles en GARGARELLA, Roberto (coord.): *Por una justicia dialógica: El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática*. Siglo XXI Editores, Buenos Aires, 2014.

12 WALDRON, Jeremy: *A Right-Based Critique of Constitutional Rights*, ob. cit. Págs. 31-32.

una propuesta constitucional, asuntos que — por diversas razones que acá se proponen ordenar — no son propiamente constitucionales. Se habría tratado, en términos gruesos, de una constitucionalización excesiva.

Que se haya tratado, en la voz de sus críticos, de una propuesta que avanzaba en una constitucionalización excesiva, se debía a varias razones. En efecto, este reclamo general de inadecuación tuvo varias manifestaciones. Por ejemplo, y en parte por la extensión de la propuesta de nueva Constitución (PNC, en adelante), la Convención — se dijo — se habría animado a constitucionalizar materias que deberían haber sido dejadas a la ley. Ello se habría debido, se sostuvo, por la alta desconfianza que la Convención exhibía respecto de las demás instituciones. En un contexto tal, se incluyó una larga lista de derechos para “asegurarlos de manera permanente, de modo que no se puedan desconocer o modificar ante futuros cambios políticos o institucionales”<sup>13</sup>.

Contrapartida necesaria de esta excesiva constitucionalización, también se reclamó, era que se concedía un poder enorme a los tribunales<sup>14</sup> en desmedro del Congreso Nacional<sup>15</sup> y la actividad política en general. Jorge Correa Sutil, por ejemplo, sostuvo al respecto que la “constitución no debe resolver el sistema social y económico [donde hay legítimas diferencias que] hay que definir en elecciones periódicas y no en un texto constitucional”<sup>16</sup>.

---

13 MONDACA, Gabriela y NAVARRETE, Esperanza: “499 artículos: ¿Maximalista y detallista? Las dudas que rodean al primer borrador de nueva Constitución”. En: *La Tercera*, 15 de mayo de 2022. Disponible en: <https://www.latercera.com/la-tercera-domingo/noticia/499-articulos-maximalista-y-detallista-las-dudas-que-rodean-al-primer-borrador-de-nueva-constitucion/4O-QUMIZRWFGVJP2L4RLDKDYIJM/>

14 Como diré más abajo, pero esto es, en parte, el modelo de derechos que podría explicar el mismo afán de la Convención, esta objeción descansaba en una cierta idealización de los tribunales que dialogaba poco, curiosamente, con el papel que se les asignaba — en especial a la justicia constitucional — en la PNC.

15 Cuyo papel desmejorado, en todo caso, y paradójicamente, puede apreciarse hoy sin necesidad de descansar en la PNC.

16 El MERCURIO: “Constitución no debe resolver el sistema social y económico”. En: *Diario El Mercurio de Valparaíso*, 23 de octubre de 2022. Pág. 7.

En fin, otra de las manifestaciones de esta crítica (y sin ánimo exhaustivo), sostuvo que la PNC incluía una suerte de programa político detallado, muy lejos de lo que las constituciones debieran hacer<sup>17</sup>. Un boletín de un centro de estudios vinculado a la derecha, así, señaló que la propuesta pecaba de maximalista, “tratando temas que, por su especificidad o carácter dinámico, son ajenos a una Constitución, como la crisis climática y ecológica; gestión de residuos, humedales, bosques nativos y suelos”<sup>18</sup>. Más recientemente, una propuesta de diseño para continuar con el proceso constituyente, ofrecida por quienes se han denominado como centroizquierda por el rechazo, señaló, justamente, que “[u]no de los problemas de...la reciente propuesta de la Convención, es que las fuerzas mayoritarias (en número o en poder) plasmaron en el texto varias cuestiones que siguen siendo legítimamente discutidas en la sociedad chilena. No corresponde a la Constitución resolver estas controversias ideológicas, que pertenecen a la esfera de legítimo debate democrático”<sup>19</sup>. Se referían, por cierto, al reconocimiento del derecho “a decidir de forma libre, autónoma e informada sobre el propio cuerpo, sobre el ejercicio de la sexualidad, la reproducción”<sup>20</sup>.

Este trabajo tiene por objetivo modesto: ordenar los argumentos a partir de los que se formulaban esas objeciones. Esta ordenación se hace atendiendo los reclamos que se formularon en el caso chileno, echando, luego, un vistazo a las razones teóricas que acompañan esas críticas. Los dividiré en cuatro razones. Así, sostendré que (II) algunas de esas objeciones arrancaban de

---

17 Esto, a pesar que también se criticó — algo paradójicamente si el problema era la extensión de la propuesta — que la PNC reconociera derechos y luego permitiera su regulación por medio de leyes. HERRERA, Mariela: “Números y riesgos de una Constitución maximalista con 499 artículos, más de 100 derechos y 20 nuevos órganos”. En: *El Líbero*, 16 de mayo de 2022. Disponible en: <https://ellibero.cl/libero-constituyente/numeros-y-riesgos-de-una-constitucion-maximalista-con-499-articulos-mas-de-100-derechos-y-20-nuevos-organos/>

18 LIBERTAD Y DESARROLLO: “Informe sobre el desarrollo de la discusión en la Convención Constitucional”. En: *Actualidad Constituyente*, N° 42, 20 de mayo de 2022. Pág. 12. Disponible en: <https://lyd.org/wp-content/uploads/2022/05/ACTUALYDAD-CONSTITUYENTE-42.pdf>

19 Se trata de un documento que, en medios al menos, se conoció como la propuesta constitucional de los senadores Walker y Rincón. Disponible en: <https://static.emol.cl/emol50/documentos/archivos/2022/10/24/202210247359.pdf>

20 CONVENCION CONSTITUCIONAL: *Propuesta Nueva Constitución*. En: Chile Convención, 2022. Disponible en: <https://www.chileconvencion.cl/> Art. 6.

una cierta expectativa (concepción) respecto de la función de las constituciones; (III) otras de ellas reposaban en una visión sobre la forma en que las constituciones podrían alentar o menoscabar la democracia transfiriendo amplios poderes de decisión a avenidas no representativas; (IV) un tercer grupo reclamaba una supuesta infracción a la experiencia constitucional acumulada globalmente, de la que la PNC se habría alejado; (V) por último — quizá el reclamo menos cercano a la disciplina legal —, algunas de las críticas se formulaban desde una cierta cultura social y/o nacional que se habría visto defraudada por la PNC. Cada uno de esos criterios será, a su turno, sometido a escrutinio — con razones que también encuentran eco en la literatura especializada —.

El orden que acá se ofrece, por cierto, solo busca distinguir las razones a que se echaba mano. En caso alguno se sugiere que la división haga incompatibles o que no permita la concurrencia de dos o más de ellos en las críticas. Reservo algunas (VI) conclusiones para el final.

## **2. LA CONCEPCIÓN CONSTITUCIONAL**

### **2.1. El argumento**

Un primer grupo de críticas a la PNC, descansó en lo que podríamos llamar la concepción de la constitución. Las constituciones, suele señalarse, deben limitar al poder y no habilitarlo. Mientras lo habilitan, lo que suele ocurrir cuando éstas son demasiado extensas, en especial en su apartado de derechos y principios, se atenta contra una de las bases del constitucionalismo moderno. En el caso de Chile puede tomarse en cuenta las siguientes declaraciones de un profesor de derecho constitucional, precisamente abordando la



extensión del (entonces) borrador de PNC: “en principio, las constituciones son textos que tienen como finalidad ‘lograr la limitación del poder’, que un ejemplo de ello es la Carta Magna de Estados Unidos, la que ‘es corta y no con muchos artículos, tiene pocos derechos’ y que, por el contrario, ‘los sistemas constitucionales muy ambiciosos, o sea aquellos que quieren resolver todos los problemas, creo que son sistemas constitucionales, en principio, con un riesgo enorme’”<sup>21</sup>.

Descansando en una cierta lectura del constitucionalismo, este acercamiento reivindica el rol de las constituciones en tanto artefacto de control y límite del poder<sup>22</sup>. Esta es una aproximación que goza de buena salud en el país. Así, por ejemplo, se ha señalado que el “movimiento constitucionalista supone que los poderes públicos se encuentren limitados por la Constitución”<sup>23</sup>. ¿Por qué la eventual extensión de las constituciones podría atentar contra tal objetivo? Porque si la constitución supone el sometimiento del poder al derecho, se requieren pocos poderes y limitados. De esta manera, las constituciones *deben* contener — nótese cómo esta afirmación se aproxima exactamente al asunto que acá se discute — “lo mínimo porque la Constitución es un acuerdo en lo fundamental...”<sup>24</sup>. Por ello es que sus normas deben ser — dice Peredo citando a Wheare con aprobación — “poco numerosas, generales y fundamentales. Asimismo, deben referirse a materias aptas y propias para ser descritas y ordenadas en forma de norma legal”<sup>25</sup>.

---

21 CHECHILNITZKY, Alexandra: “Se instala debate sobre conveniencia de tener una Constitución maximalista”. En: Emol, 9 de enero de 2022. Disponible en: <https://www.emol.com/noticias/Nacional/2022/01/09/1043412/cronica-constitucional.html>

22 FIORAVANTI, Maurizio: *Constitución. De la antigüedad a nuestros días*. Trotta, Madrid, 2001. Pág. 85.

23 PEREDO, Marcela: *El margen de apreciación del legislador y el test de margen proporcionado. Ley versus Tribunal Constitucional*. Thomson Reuters, Santiago, 2018. Pág. 5.

24 PEREDO, Marcela: *Lecciones de teoría constitucional chilena*. Thomson Reuters, Santiago, 2019. Pág. 4. El título esa sección es, de hecho, “Teoría de la Constitución. Lo que debe contener una Constitución para que sea tal”.

25 *Ibíd*, pág. 5.

Una manifestación de diseño constitucional que se deriva del hecho de concebirlas como artefactos orientados a limitar el poder, es la de reclamar que sean mínimas y de carácter general. En la experiencia comparada hay pocas voces como la de Cass Sunstein que hayan apostado por ese diseño. En parte por razones que se vinculan con otra de las objeciones que se formularon en el contexto del debate constituyente chileno (la que revisaré abajo en 3), Sunstein ha llamado — por cierto, inevitablemente anclado en la experiencia de los Estados Unidos — a preferir constituciones de corte más bien general, que se sustenten sobre lo que denomina acuerdos teóricos incompletos<sup>26</sup>. Para evitar que los desacuerdos políticos genuinos nos impidan acordar una propuesta constitucional, Sunstein propone transformar esos desacuerdos en fuerzas creadoras conforme a las que podremos alcanzar acuerdos generales, con independencia de los debates o la falta de certeza en torno a cuestiones fundamentales<sup>27</sup>.

## 2.2. ¿Una sola concepción?

Una objeción inicial a este reclamo, o al criterio en que se funda, es que el constitucionalismo adecuadamente comprendido debe abandonar la idea de que su función es únicamente la de servir como límite al poder<sup>28</sup>. Aunque entre nuestra doctrina existe esa tendencia, el énfasis en los límites descuida el hecho que las constituciones estatuyen “órganos que permiten

---

26 SUNSTEIN, Cass: *Designing Democracy. What Constitutions Do*. Oxford University Press, Oxford, 2001. Pág. 9. En otro de sus trabajos, Sunstein nos invita a evitar hacer descansar las constituciones en doctrinas comprensivas y concebirlas como documentos “que no ofrecen una teoría muy profunda de (por ejemplo) la libertad de expresión, la igual protección de las leyes o el poder ejecutivo”. SUNSTEIN, Cass: *A Constitution of Many Minds. Why the Founding Document Doesn't Mean What It Meant Before*. Princeton University Press, Nueva Jersey 2009. Pág. 7.

27 SUNSTEIN, Cass: *Designing Democracy*, ob. cit. Pág. 9. Sunstein, en todo caso, consistente con su propuesta, ha reclamado un rol igualmente modesto — aunque es discutible que ello sea posible — para los jueces que tienen a su cargo la interpretación de la Constitución, por ejemplo a través de los mecanismos de control de constitucionalidad. Cf. SUNSTEIN, Cass: *One Case at the Time. Judicial Minimalism on the Supreme Court*. Harvard University Press, Cambridge y Londres, 1999.

28 GALLIGAN, Denis J. y VERSTEEG, Mila: “Theoretical Perspectives on the Social and Political Foundations of Constitutions”. En: Galligan, Denis J. y Versteeg, Mila (eds.): *Social and Political Foundations of Constitutions*. Cambridge University Press, Cambridge, 2013. Pág. 6.

a las personas cooperar y coordinarse en la búsqueda de proyectos que de otro modo no podrían perseguir,<sup>29</sup> así como procedimientos e instituciones que aseguran la posibilidad que múltiples puntos de vista sean escuchados en la toma de decisiones.

Una visión que solo acentúa los límites es normativamente debatible. Con ella se corre el riesgo de que todas las acciones de un Estado, incluso las que van en beneficio de las personas, sean sospechosas de ilegitimidad<sup>30</sup>. El problema es que un Estado que no logra satisfacer el bienestar de sus ciudadanos, a veces porque es impedido de hacerlo desde los órganos de control, es uno que falla<sup>31</sup>. ¿Quién configuraría una forma de constitucionalismo — se pregunta Barber — así de inútil?<sup>32</sup> Por ello es que la comprensión del constitucionalismo como pura limitación al poder descansa en una premisa falsa: la de concebir el proyecto constitucional como uno acabado, cuando los principios del constitucionalismo solo están determinados en algunos de sus aspectos.

Como puede observarse, esta objeción tiene una variante que se desliza en la cita arriba transcrita: y es que se asume que la constitución cumple mejor su objetivo mientras más breve (y general) sea. Desde luego que esto abre una serie de discusiones, como por ejemplo, qué derechos debemos incluir — un asunto para nada pacífico — o cuánto deben regularse las instituciones si lo que se quiere es limitar el poder — para lo que, de hecho, los derechos, que justamente se quiere reducir a un puñado, han probado ser fundamentales —.

---

29 WALDRON, Jeremy: *Political theory*. Harvard University Press, Cambridge y Londres, 2016. Pág. 34.

30 *Ibíd.*, pág. 26.

31 BARBER, Nicholas W.: *The Principles of Constitutionalism*. Oxford University Press, Oxford, 2018. Pág. 5.

32 Hay buenas razones, en efecto, para sostener que la excesiva contención del poder que animó el modelo constitucional de 1980 terminó siendo la causa de su propia defunción política. ATRIA, Fernando; SALGADO, Constanza y WILENMANN, Javier: *Democracia y neutralización. Origen, desarrollo y solución de la crisis constitucional*. LOM Ediciones, Santiago, 2017. Págs. 15-19 y 41- ss.

Con todo, es discutible que las constituciones puedan lograr mejor su objetivo de limitar el poder mientras menos detalladas sean. En efecto, esto podría ser bastante contraintuitivo. Si las constituciones limitan el poder, entonces la extensión y el detalle de las mismas daría cuenta de pocos espacios para poder ejercer atribuciones que no estuvieran observadas por el derecho constitucional<sup>33</sup>. José Ignacio Martínez, por ejemplo, que en una intervención transcrita más arriba abogaba por una constitución menos extensa porque ello aseguraría un mayor control del poder estatal, ha sostenido que si se incorporan en las constituciones conceptos constitucionales ambiguos o indeterminados — lo que podría pasar tanto en una mínima como en una extensa —, ellos podrían traer aparejados problemas de certeza jurídica: los conceptos “ambiguos o indeterminados puede suponer especiales riesgos y complejidades...desde el punto de vista jurídico la indeterminación puede afectar la confianza legítima y las legítimas expectativas, y con ello la previsibilidad, es decir, aquello que las personas pueden razonablemente esperar de la actuación de los poderes públicos...”<sup>34</sup>. En consecuencia, ¿qué debemos hacer? Él mismo ofrece un camino, separándose de Peredo, aunque abrazando una misma concepción de las constituciones: “sobre todo en materia de derechos libertades...la mayor o menor precisión de los

---

33 Esta fue, de hecho, por naïve que hoy parezca, la tesis de los padres fundadores norteamericanos: la de apostar por regulaciones orgánicas que contuvieran el poder de los órganos que estaban creando, antes que la de apostar por contenidos sustantivos — como las cartas de derechos —. ALDUNATE, Eduardo: *Derechos Fundamentales*. Legal Publishing, Santiago, 2008. Pág. 22.

34 MARTÍNEZ, José Ignacio: *Constitución, Conceptos Indeterminados y Conceptos Controvertidos*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2021. Pág. 41. Con todo, debe abandonarse la pretensión de que cláusulas simples permiten tener casos fáciles. TRIBE, Laurence H. y DORF, Michael C.: *On Reading the Constitution*. Harvard University Press, Cambridge y Londres, 1991. Págs. 33-38.

conceptos parece ser una cuestión especialmente álgida”<sup>35</sup>. Y aun así esto es algo que podría controvertirse, pues, si hay un ámbito en el que es deseable una relativa precisión, es, justamente, en el diseño de los procedimientos<sup>36</sup>.

Además — y sobre esto volveré más abajo a propósito de la eventual existencia de un acervo común constitucional que nos enseñaría qué debe incluirse en una constitución —, hay ocasiones en que la propia experiencia política, histórica y social puede desaconsejar la adopción de regulaciones breves y generales. Este es, justamente, el punto que remarcaba Cea al promover el nivel de detalle de la regulación constitucional de 1980 (en materia de derecho de propiedad, por ejemplo), cuando advertía que “es preferible, por ende, una Carta minuciosa a otra elegantemente sumaria cuando las elecciones de historia indican que si es posible reducir el fraude a sus directivas”<sup>37</sup>.

En tercer lugar, todavía, puede advertirse que la concepción minimalista de las constituciones puede estar anclada en una tradición legal que debe ser escrutada cuán en sintonía se encuentra con la nuestra (la de la región y la tradición legal de la que somos tributarios). En efecto, como se ha señalado por la literatura comparada, los países que pertenecen a la tradición del derecho continental, como ocurre en el caso de Chile, exhiben “constituciones tienen un carácter más estatista: presuponen y consagran un papel de gran alcance para el Estado en una variedad de ámbitos, al dotar al Estado de una amplia gama de poderes y responsabilidades”<sup>38</sup>. En el caso

---

35 MARTÍNEZ, José Ignacio, ob. cit. Pág. 41. Por cierto, como la suya es una aproximación que concibe a las constituciones como límite al poder, la solución de detallar para evitar ambigüedades — como acontece hoy en materia de derecho de propiedad — desaparece tratándose de lo que denomina “el lenguaje del constitucionalismo social”. Allí, señala él mismo, ello “conlleva necesariamente la inclusión de conceptos indeterminados...cuya especificación y consecuente operatividad depende esencialmente del legislador”. MARTÍNEZ, José Ignacio, ob. cit. Pág. 41-42.

36 DIXON, Rosalind: “Constitutional drafting and distrust”. En: *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 13, N°4, 2015. Pág. 825.

37 CEA, José Luis: *Tratado de la Constitución de 1980. Características generales. Garantías constitucionales*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1988. Pág. 17.

38 LAW, David S. y VERSTEEG, Mila: “The Evolution and Ideology of Global Constitutionalism”. En: *California Law Review*, Vol. 99, N° 5, 2011. Pág. 1164.

de los países pertenecientes a la tradición del *common law*, en cambio, — la tradición en la que se sitúa el constitucionalismo norteamericano que suele ser invocado por los promotores del minimalismo —, las constituciones son “relativamente libertarias, en el sentido de que personifican una tradición constitucional de derecho común de libertad negativa y, más concretamente, de protección judicial contra la detención o el daño corporal a manos del Estado”<sup>39</sup>. Ello redundaría en que las constituciones de la primera tradición son más extensas, y más breves (mínimas) las segundas, desde luego en el ámbito del reconocimiento de derechos.

Por último, las constituciones pueden ser igualmente generales, esto es, contener menos normas y menos detalladas, aun cuando se sostenga una concepción diferente sobre su función. De hecho, un acercamiento a las constituciones más cercano a las posturas de Waldron o Barber arriba reseñadas, puede compartir la necesidad de optar por una constitución de enfoque general y sin demasiados detalles, justamente por las razones opuestas. Así, mientras más generales sean las constituciones, mayor ámbito de decisión quedará disponible para la actividad democrática. Como se ha señalado, las cláusulas generales “permite[n] que sea la política ordinaria la que vaya determinando el sentido y alcance de las disposiciones constitucionales y, asimismo, la que pueda ajustarlas a las transformaciones sociales y culturales que los pueblos necesariamente experimentan a lo largo de su historia”<sup>40</sup>.

Para concluir esta sección, quiero señalar, por ahora, que todas estas discusiones arrancan desde el desacuerdo respecto de la concepción de la constitución y no tenemos, por ende, algo así como un criterio objetivo al que apuntar para poder dirimir con precisión qué materias son propiamente constitucionales y cuáles no. Carecemos, de la misma forma, de un criterio objetivo conforme al que podemos identificar qué materias deben ser reguladas con detalles y cuáles dejadas a las regulaciones vagas y generales y —

---

39 Ídem.

40 MARSHALL, Pablo y CHARNEY, John: “¿Qué es una Constitución?”. En: Lorca, Rocío et al. (eds.): *La hoja en blanco. Claves para conversar sobre una nueva Constitución*. La Pollera Ediciones, Santiago, 2020. Pág. 25.

como se hará evidente inmediatamente —, incluso si lo tuviéramos, hemos incorporado arreglos institucionales como la revisión judicial que han sido generosos a la hora de leer en las constituciones más de lo que éstas dicen.

### 3. LA OBJECCIÓN DEMOCRÁTICA

#### 3.1. El argumento

La objeción democrática apunta a la forma en que una constitución demasiado extensa podría terminar constriñendo a la política ordinaria, en general, y las atribuciones legislativas, en particular<sup>41</sup>.

El argumento es conocido: una constitución muy detallada, extensa y maximalista, confiere demasiado poder a la judicatura, la que termina adoptando decisiones por sobre la política representativa. Luego, para reducir la discrecionalidad judicial, por una parte, y consecuentemente dejar espacio de maniobra a las cámaras de representación popular, por otra, el constituyente debería “optar por un acercamiento minimalista a la Constitución”<sup>42</sup> y “abstenerse de incluir en el texto constitucional cláusulas excesivamente

---

41 Aunque está vinculada, la crítica es diferente — como diré más abajo — a la que se formula a la posibilidad de que la judicatura (ordinaria o especial) pueda controlar la constitucionalidad de las leyes. Sobre esta objeción, en general, véase BICKEL, Alexander M.: *The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of Politics*. Yale University Press, New Haven y Londres, 1962. Págs. 16-23. Acá, además, reviso solo las razones que se han esgrimido en contra de la extensión de las constituciones por el impacto que acarrear en términos de reducción del espacio democrático. No abordo otras como su mayor tendencia a la rigidez y (consecuente) necesidad de reforma. TSEBELIS, George y NARDI, Dominic J.: “A Long Constitution is a (Positively) Bad Constitution: Evidence from OECD Countries”. En: *British Journal of Political Science*, Vol. 46, N° 2, 2014.

42 SUNSTEIN, Cass: “The Minimalist Constitution”. En: Balkin, Jack y Siegel, Reva (eds.): *The Constitution in 2020*. Oxford University Press, Nueva York, 2009. Pág. 37.

abstractas”<sup>43</sup>. Este peligro — la mixtura entre cláusulas constitucionales vagas y atribuciones judiciales de revisión de la constitucionalidad de las leyes — ya había sido advertido por el mismo Kelsen. Así, sostuvo que,

“para evitar un semejante desplazamiento del poder — que la Constitución no quiere y que, políticamente, es completamente contraindicado — del Parlamento a una instancia que les extraña y que puede convertirse en el representante de fuerzas políticas diametralmente distintas de las que se expresan en el Parlamento, la Constitución debe, sobre todo si ella crea un tribunal Constitucional, abstenerse de ese género de fraseología, y si quiere establecer principios relativos al contenido de las leyes, deberá formularlos de una manera tan precisa como sea posible”<sup>44</sup>.

El problema es evidente. Las cuestiones comunes terminan siendo definidas en foros cerrados a la participación ciudadana, por funcionarios que nadie ha elegido y con formas que solo un puñado de profesionales capacitados pueden manejar. El gobierno del pueblo es, de esta forma, reemplazado por el gobierno de los jueces y las juezas, lo que incluye decisiones que van desde la determinación los valores fundamentales de una comunidad, la administración del presupuesto y la definición de las urgencias políticas, a la identificación de las estructuras básicas de un orden constitucional que quedaría indisponible para el poder político representativo<sup>45</sup>. Todo lo ante-

---

43 Como la describe, sin suscribirla necesariamente, FERRES COMELLA, Víctor: *Justicia constitucional y democracia*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007. Págs. 77 y ss. La tesis que apuesta por una constitución de detalle, además, envía también recomendaciones a la judicatura constitucional que, ejerciendo sus atribuciones, debería abstenerse de echar mano a las cláusulas más abstractas. En especial, SUSTEIN, Cass: *One Case at the Time*, ob. cit. Págs. 10-14.

44 KELSEN, Hans: *La garantía jurisdiccional de la Constitución (La justicia constitucional)*. UNAM, Ciudad de México, 2001. Págs. 81-82.

45 Cf. ROZNAI, Yaniv: *Unconstitutional Constitutional Amendments: The Limits of Amendment Powers*. Oxford University Press, Oxford, 2019.



rior, sin que logre justificarse — lo que ha empujado a algunos a considerar la procedencia de la revisión judicial — que se trata de un foro en el que puede arribarse a mejores respuestas sobre los asuntos arriba identificados<sup>46</sup>.

Este argumento ha tenido un correlato en nuestra discusión, tanto en general como a propósito del desarrollo del proceso constituyente, aunque casi siempre cuando se trata de derechos sociales<sup>47</sup>. Así, un ejemplo de lo primero lo encontramos en la que es, quizá, la versión más elaborada de esta crítica. Según el profesor José Francisco García, una Constitución no debiera aspirar a zanjar las controversias sociales fundamentales. Para ello debe ser mínima, privilegiando los arreglos institucionales y orgánicos por sobre los sustantivos, permitiendo que sea el proceso democrático el que adopte “el grueso de las decisiones de la vida social”<sup>48</sup>. ¿Por qué esto es relevante en el contexto de esta objeción? Porque en caso contrario, esto es, en caso de optarse por constituciones demasiado cargadas de derechos y otras declaraciones sustantivas — o sea constituciones maximalistas: lo que obviamente ocurriría cuando incluyen derechos sociales, pero no los civiles y políticos<sup>49</sup> —, “su judicialización genera espacios para el activismo judicial, esto es, el que los jueces y no el proceso político tome las decisiones de política pública (por ejemplo, en materia de legislación social) más relevantes del país”<sup>50</sup>. Alvarado, aunque escrutando un programa presidencial que buscaba avanzar en el reconocimiento de derechos sociales, señalaba que “esto abre enormemente el campo de la actuación judicial, en desmedro de la legislativa. El

---

46 Cf. WALDRON, Jeremy: “Judges as moral reasoners”. En: *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 7, Nº 1, 2009.

47 El vínculo lo advierte, acertadamente, ZÚÑIGA, Francisco: “Constitución: el Estado social y las ‘cláusulas económicas y sociales’”. En: Asociación Chilena de Derecho Constitucional (Coord.): *Tránsito Constitucional: Camino hacia una nueva Constitución*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2021. Pág. 60.

48 GARCÍA, José Francisco: “Minimalismo e incrementalismo constitucional”. En: *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 41, Nº 1, 2014. Pág. 274. Debe advertirse que García no opta por una concepción que concibe a las constituciones como orientadas exclusivamente a limitar el poder. En sus palabras, los arreglos procedimentales e institucionales deberían crear “un equilibrio virtuoso entre habilitación y restricción al poder público” (ídem).

49 Ibíd, pág. 284.

50 Ibíd, pág. 293.

resultado de lo que venimos diciendo es claro: mientras más derechos y más amplios, menor es el espacio para la deliberación democrática”<sup>51</sup>. Marshall y Charney, por último — aunque a propósito de la regulación constitucional del derecho de propiedad contenida en el texto de 1980 y no de los derechos sociales —, han dicho que el problema de una regulación constitucional demasiado detallada “reduce el ámbito de acción de la política”<sup>52</sup>.

En el caso del proceso constituyente, ahora, se dijo, por ejemplo, que existía “una suerte de confusión entre materias constitucionales y elementos de programa político partisano”<sup>53</sup>. Reiterando el argumento en su versión más tradicional, y criticando la posibilidad de plagar la nueva Constitución de principios, se dijo que se corría el riesgo de trasladar el poder a quienes a su cargo la interpretación de aquélla. En palabras de Sebastián Soto, “cuando el derecho se abandona en los principios, quienes asumen más poder son los jueces; ellos pasan a decidir cuestiones que tradicionalmente estaban en el ámbito de los representantes de la ciudadanía”<sup>54</sup>. Tratándose de derechos sociales, desde luego, el reclamo solo aumenta su intensidad: su reconocimiento importa “transferir a la judicatura las decisiones de política pública”<sup>55</sup>. Otro constitucionalista aseguraba que “si usted lleva estos temas a la Constitución, lo único que puede lograr es que estos temas terminen judicializados, o sea, que terminen los jueces resolviendo cuánta cultura debemos recibir, y a mí me parece que eso es un error político muy grave”<sup>56</sup>. En fin, un grupo de profesores de derecho observó que, en su opinión, “la

51 ALVARADO, Claudio: *La ilusión constitucional: sentido y límites del proceso constituyente*. IES, Santiago, 2016. Pág. 49.

52 MARSHALL, Pablo y CHARNEY, John, ob. cit. Págs. 26 y 27.

53 OTTONE, Ernesto: “El proyecto de nueva Constitución es malito, así que conviene rechazarlo y hacer uno mejor”. En: *El País*, 28 de agosto de 2022. Disponible en: <https://elpais.com/chile/2022-08-28/el-proyecto-de-nueva-constitucion-es-malito-asi-que-conviene-rechazarlo-y-hacer-uno-mejor.html>

54 SOTO, Sebastián: *La Hora de la Re-Constitución*. Ediciones UC, Santiago, 2020. Pág. 180.

55 *Ibíd.*, pág. 112.

56 VEGA, Maximiliano y DONOSO, Nicolás: “¿Más o menos texto?: Cómo y por qué influye el tipo de extensión de una Constitución”. En: *La Tercera*, 15 de mayo de 2020. Disponible en: <https://www.latercera.com/reconstitucion/noticia/mas-o-menos-texto-como-y-por-que-influye-el-tipo-de-extension-de-una-constitucion/GCJX3XSFEZFAQ5DEKNNISIDL6AQQ/>

propuesta en ocasiones viene a constituir en estas materias un programa de política pública basado en una visión política que va más allá de lo propiamente constitucional...la propuesta zanja o al menos toma posición en debates que son parte de la política ordinaria en Chile...limitando fuertemente al legislador democrático quien está llamado a determinar la configuración específica de estos derechos”<sup>57</sup>.

### 3.2. Errando el blanco

Asumiendo que la democracia y la constitución, como ha sido entendida por el constitucionalismo, son susceptibles de ser reconciliadas<sup>58</sup>, lo que acá quiero sostener es que este criterio que he denominado la objeción democrática, y que desde el punto de vista teórico comparto, descansa no tanto en la forma de las constituciones y los derechos que éstas contengan, como sí en el arreglo institucional que ha acompañado al neoconstitucionalismo<sup>59</sup> en tanto dispositivo indiscutible para el resguardo — la concreción, dice Eduardo Aldunate — de la supremacía constitucional:<sup>60</sup> la revisión judicial de la constitucionalidad de las leyes<sup>61</sup>.

---

57 EDITORIAL REVISTA CHILENA DE DERECHO: “Análisis de la propuesta de nueva constitución a la luz de los principios del constitucionalismo”. En: *Revista Chilena de Derecho*, vol. 49 N° 2, 2022. Pág. XI.

58 MOUFFE, Chantal: *The Return of the Political*. Verso, Londres y Nueva York, 2005. Págs. 150 y ss.

59 BAYÓN, Juan Carlos: “Derechos de democracia y Constitución”. En: Carbonell, Miguel (ed.): *Neoconstitucionalismo(s)*. Trotta, Madrid, 2003. Pág. 213.

60 ALDUNATE, Eduardo, ob. cit. Pág. 183.

61 Acá me interesa, entonces, abordar solo el andamiaje de la crítica y no las posibles justificaciones que desde la misma teoría democrática se han ofrecido — con cuestionable éxito — para justificar la intervención de tribunales en el control de constitucionalidad de las leyes. Véase, por todos, FERRERES COMELLA, Víctor: “The rise of specialized constitutional courts”. En: Ginsburg, Tom y Dixon, Rosalind (eds.): *Comparative Constitutional Law*. Cheltenham y Northampton, Edward Elgar, 2011. Págs. 270-271.

Pero esto no tienen que ser así. Al menos no necesariamente. Como se ha señalado, no hay razones conceptuales<sup>62</sup> (y podríamos cuestionar que las haya desde el punto de vista de la práctica constitucional de los países)<sup>63</sup> para sostener que solo hay una Constitución o que los derechos en ella reconocidos se encuentran debidamente protegidos únicamente si existe una forma de protección judicial de la Constitución<sup>64</sup>. Podríamos pensar en constituciones que, con independencia de su forma, puedan dejar las cuestiones más abiertas al diálogo y actualización democráticas, en las que puede caberle un rol o no a la judicatura, pero no necesariamente uno principal o supremo<sup>65</sup>.

Este criterio, o quienes echan mano a él para objetar la extensión de las constituciones, además, parece desaparecer cuando de lo que se trata es de determinar políticas estatales vinculadas a derechos individuales. Como ha escrito Michelman, “el hecho de que los derechos sociales planteen exigencias presupuestarias, o exijan la actuación del gobierno y no solo su abstención, no los diferencia radicalmente, desde el punto de vista de la justiciabilidad, de los derechos constitucionalmente protegidos a la propiedad, a la igualdad ante la ley, o a las llamadas libertades negativas”<sup>66</sup>. Pero incluso si no existirán recursos involucrados — lo que, desde luego, es bastante discutible<sup>67</sup> —, el punto sigue siendo que resulta sorprendente que no sea problemático para

---

62 CRAIG, Paul: “Democracy”. En: Masterman, Roger y Schütze, Robert (eds.): *The Cambridge Companion to Comparative Constitutional Law*. Cambridge University Press, Cambridge, 2019. Pág. 203.

63 WALDRON, Jeremy: “Revisión de constitucionalidad de la ley y supremacía judicial”. En: *Anuario de Derecho Público*, N°1, 2015. Págs. 509-511; ATRIA, Fernando: “Revisión judicial: el síndrome de la víctima insatisfecha”. En: *Estudios Públicos*, N° 79 (invierno), 2000.

64 En esto apunta bien Soto y vuelvo a reiterar su reclamo: la judicatura, escribe, “pasa [ ] a decidir cuestiones que tradicionalmente estaban en el ámbito de los representantes de la ciudadanía”, SOTO, Sebastián, ob. cit. Pág.180. Pero ello no acontece por el tipo de normas que contiene una Constitución, como por este arreglo institucional que hoy día se impone como la forma en que se concreta la supremacía constitucional.

65 KRAMER, Larry D.: *The People Themselves. Popular Constitutionalism and Judicial Review*. Oxford University Press, Oxford y Nueva York, 2004.

66 MICHELMAN, Frank: “The constitution, social rights, and liberal political justification”. En: *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 1, N° 1, 2003. Pág. 16.

67 Cf. HOLMES, Stephen y SUNSTEIN, Cass: *The Cost of Rights. Why Liberty Depends on Taxes*. Norton, Nueva York, 1999.

quienes formulan esta objeción que los jueces y juezas sí puedan gobernar, en desmedro de nuestros y nuestras representantes, cuando se trata de políticas públicas que involucran derechos individuales.

Finalmente, este criterio debe tener un correlato en el andamiaje institucional de una Constitución. Es decir, si el problema es que una Constitución demasiado extensa y general coloca en riesgo el desarrollo de la política representativa, lo que debemos ser capaces de demostrar es que esa política representativa estaba capacitada o habilitada (esto es, procedimentalmente) para poder adoptar esas decisiones que supuestamente se usurparía a nivel constitucional (y complementariamente judicial)<sup>68</sup>. Dicho de otro modo, no habría usurpación del poder político a las ramas representativas si los procedimientos a que ellas deben echar mano se encuentran diseñados de modo de colocarnos al margen de las mismas. Allí las decisiones político-representativas no podrían ser posibles, entonces, no por estar resueltas a nivel constitucional o por una imposición judicial, sino que por un diseño institucional que es poco fiel a la soberanía democrática<sup>69</sup>.

Por otro lado, además, la crítica debe ser capaz de dar cuenta de que toda ella será justiciable y que, por lo mismo, será eficaz en reducir al ámbito de acción de la política. Pero esto dista de ser así. Entre nuestra doctrina, por ejemplo, Luis Alejandro Silva ha sido insistente en apuntar y evidenciar aquellos ámbitos de la Constitución en los que no ingresan las cortes<sup>70</sup>. Como hemos tenido oportunidad de abordarlo en otro trabajo, no debe dejar de advertirse — develando de esta manera la disonancia descriptiva del reclamo que acá se retrata — que “la misma regulación constitucional, así como un cierto desarrollo jurisprudencial, ha definido zonas de la Constitu-

---

68 Este, sabemos, es uno de los pecados de ejercicio (amén del de origen) de la regulación constitucional de 1980. Véase, en general, sobre el diseño HUNEEUS, Carlos: *La democracia semisoberana. Chile después de Pinochet*. Taurus, Santiago, 2014. Págs. 155-190. Sobre la práctica, HEISS, Claudia: *¿Por qué necesitamos una nueva Constitución?* Aguilar, Santiago, 2020. Págs. 82-90.

69 WEBBER, Grégoire, ob. cit. Págs. 40 y 41.

70 Cf. SILVA, Luis Alejandro: *La Garantía Política de la Constitución*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.

ción cuya aplicación está vedada al ingreso de los tribunales”, sin que ello transforme esas secciones sobre las que no existe control judicial en normas no constitucionales<sup>71</sup>.

Si en el caso de la objeción analizada arriba (en 2) carecemos de un criterio objetivo para poder dirimir qué normas debieran estar en una Constitución, y de qué forma debieran ser recogidas, acá he querido mostrar que la denominada objeción democrática descansa en un supuesto institucional que puede estar presente como no. La objeción democrática puede ser un principio que guíe el diseño institucional conforme al que una comunidad política va a buscar formas de asegurar la vigencia de su Constitución — y de hecho creo que es el camino correcto atenderla —. Pero no es una que, sin más, pueda esgrimirse respecto de las Constituciones.

## 4. LA CULTURA JURÍDICA

### 4.1. El argumento

Un tercer grupo de objeciones alude a la existencia de una suerte de acervo jurídico y constitucional que podría observarse y que, de hecho, tiende a replicarse en los procesos de elaboración o (re)definición constitucional<sup>72</sup>. En efecto, esos momentos son ricos en tomar prestado e insertar experiencias desde otras tradiciones,<sup>73</sup> lo que ocurre, en parte, porque las constituciones enfrentan problemas similares para los que existe (prácticamente) siempre

---

71 LOVERA, Domingo y VARGAS, Catalina: “El Congreso Nacional y la interpretación constitucional en el proceso legislativo: criterios y momentos”. En: *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 48, N° 3, 2021. Pág. 90.

72 Se ha sostenido una variante horizontal de esta objeción, aludiendo a la necesidad de que los procesos constituyentes respeten o mantengan una relativa deferencia para con las definiciones constitucionales previas. Ese sería, se ha dicho, algo que podría constatare en nuestra propia historia. OSSA, Juan Luis: *Chile Constitucional*. FCE-CEP, Santiago, 2020. Pág. 116. No la abordo acá en detalle, asumiendo que queda cubierta, *grosso modo*, por la versión del reclamo (y las críticas a la misma) que acá se ofrecen.

73 GODERIS, Benedikt y VERSTEEG, Mila: “Transnational Constitutionalism: A Conceptual Framework”. En: Galligan, Denis J. y Versteeg, Mila (eds.): *Social and Political Foundations of Constitutions*. Cambridge University Press, Cambridge, 2013. Págs. 103-104.

una experiencia de la que aprender<sup>74</sup>. Las constituciones, de esta forma — usualmente presentadas como producto de una voluntad soberana nacional —, son, en verdad, “documentos bastante estandarizados”<sup>75</sup>.

Según observan Goderis y Versteeg, estos procesos de estandarización ocurren por una serie de razones que van desde la coerción, esto es la presión que tanto otros estados como organizaciones internacionales pueden ejercer sobre los países al momento en que (re)diseñan sus marcos constitucionales, a una cierta aculturación “cuya lógica sugiere que los Estados emulan las normas constitucionales extranjeras no porque estén convencidos de los méritos intrínsecos de estas normas, sino porque pretenden ganar aceptación y legitimidad internacional”<sup>76</sup>. De todos esos mecanismos merece especial atención, por la libertad que envuelve — en términos republicanos<sup>77</sup> —, el aprendizaje. En los procesos de aprendizaje, los estados toman prestadas disposiciones constitucionales en tanto equivalente funcionales “entre Estados que comparten importantes similitudes preexistentes, como un sistema jurídico similar”<sup>78</sup>. En un contexto socioconstitucional tal, no es extraño que estos intercambios y diálogos, en la medida que envuelven genuinos procesos de aprendizaje en que las decisiones constitucionales de unos estados terminan impactando las de otros, vayan dando lugar a ese acervo común del tipo de disposiciones que generalmente se incluyen en las constituciones. Y se incluyen, en una de sus variantes, porque se considera que ese mayor grado de consistencia en las decisiones hace probable que esas decisiones sean correctas.

---

74 GINSBURG, Tom: “Introduction”. En: Ginsburg, Tom (ed.): *Comparative Constitutional Design*. Cambridge University Press, Cambridge, 2012. Págs. 1 y 2. Al desafío de enfrentar problemas comunes, con derroteros locales, debe sumarse, además, el proceso de constitucionalización que se desenvuelve más allá de las fronteras estatales. TEUBNER, Gunther: *Constitutional Fragments. Societal Constitutionalism and Globalization*. Oxford University Press, Oxford, 2012. Págs. 1-2.

75 GODERIS, Benedikt y VERSTEEG, Mila, ob. cit. Pág. 104

76 Ibid, págs. 104 y 105.

77 Los autores anotan, desde luego, la diferencia entre los mecanismos de difusión coercitivos y estratégicos, del de aprendizaje. GODERIS, Benedikt y VERSTEEG, Mila, ob. cit. Pág. 115.

78 GODERIS, Benedikt y VERSTEEG, Mila, ob. cit. Págs. 104 y 105.

Es innegable que este tercer tipo de reclamo descansa en una cierta experiencia — tanto local, como comparada — que permite advertir que las constituciones *suelen* incorporar un cierto tipo de asuntos, dejando otros, así como el detalle de los incluidos, efectivamente, a la ley (reglamentos y otras fuentes normativas). Por eso, es un lugar común, de los buenos, el que suela decirse — aunque esto aún a un nivel muy general — que las constituciones distribuyen poder, reconocen derechos y organizan la forma en que se ejerce ese poder. Todo lo demás debiera quedar en manos de la ley.

#### **4.2. Los momentos constituyentes como dislocación de la cultura jurídica**

Sin negar esta experiencia — ¿quién podría hacerlo? —, me interesa advertir que quienes alzan la voz en los términos que acabo de explicar, pasan por alto que se trata de una frontera entre asuntos constitucionales y asuntos legales, trazada por una historia humana que responde a necesidades, anhelos y (no hay razón para negarlas) buenas razones, también, situados en un cierto contexto político, social y económico<sup>79</sup>. De allí que algunos de esos préstamos o injertos, suelen ser rechazados o sencillamente no funcionar en la tradición constitucional en la que se insertan<sup>80</sup>.

---

79 Como acertadamente lo ha advertido Joel Colón-Ríos, el estado mismo del derecho constitucional comparado suele presentar bajo la apariencia de estar ofreciendo meras descripciones, un conjunto de arreglos institucionales y de otro tipo como “componentes principales” de las constituciones. Se esconde, sin embargo — el principal reclamo de su trabajo —, que se trata de decisiones normativas. COLÓN-RÍOS, Joel: “El estado del derecho constitucional comparado: ¿para qué son las constituciones?”. En: *Dikaion*, Vol. 31, N° 2, 2022. Págs. 6 y 7. Otro tanto advierte Ran Hirschl, a propósito de su crítica al cooperativismo constitucional que suele ofrecer generalizaciones a partir de un grupo pequeño y no representativo de experiencias, las que, además, enfatizan el reconocimiento de derechos liberales y limitaciones al gobierno, en desmedro de lo que son las preocupaciones del sur global que apuntan más al desarrollo humano (como se ve, una crítica que se conecta con la concepción de la Constitución). HIRSCHL, Ran: *Comparative Matters. The Renaissance of Comparative Constitutional Law*. Oxford University Press, Oxford, 2016. Págs. 217-218.

80 GARGARELLA, Roberto: “Injertos y rechazos: radicalismo político y trasplantes constitucionales en América”. En: Gargarella, Roberto (coord.): *Teoría y Crítica del Derecho Constitucional, Tomo I: Democracia*. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2009. Págs. 489 y ss.



En efecto, este reclamo conforme al que se estaría sobrepasando un límite entre asuntos que sí deben ser incorporados en la Constitución y otros que no, parece pasar por alto que esa experiencia que miramos descansa, justamente, en una cierta práctica humana; que el diseño constitucional, de hecho, tiene más de arte que de ciencia<sup>81</sup>. Y que, por lo mismo, se trata de una línea que, incluso si estuviera perfectamente delineada (que no lo está), puede moverse más acá o más allá. Por ello, apunta bien Ginsburg, debemos movernos con cautela cuando echamos manos a la ciencia positiva social con fines normativos<sup>82</sup>. De paso, esa falta de reflexión puede empujarnos, además, a terminar canonizando arreglos institucionales cuyos objetivos fueron pensados en términos bastante más estratégicos por las élites políticas — cualquiera que esta sea — detrás de un momento constituyente.

La Constitución de los Estados Unidos de América, por ejemplo, dispone que el Congreso Federal tendrá atribuciones para regular las oficinas y rutas de correos. ¿Es esta una materia constitucional? Probablemente hoy diríamos que no. ¿Pero lo era en 1788? Así lo señaló la Corte Suprema de Estados Unidos cuando sostuvo que, “a principios del siglo XVIII, los servicios de correo se convirtieron en una función soberana en casi todas las naciones, porque se consideraban una necesidad soberana”<sup>83</sup>. En efecto, dejando esa atribución en manos del Congreso, así como su control en las de una agencia independiente, pero estatal, se buscaba acuñar fondos para la naciente república. Otro tanto podría decirse de la Constitución italiana, que se abre (Art. 1, párrafo 1º) con la conocida declaración de que “Italia es una República democrática fundada en el trabajo”. Esa afirmación, que hoy cuestionaríamos si es siquiera una que deba ser incorporada en las constituciones, es indisoluble del momento político y cultural de la Italia de fines de los años 40. En efecto, escribe Grossi sobre el trabajo de la constituyente italiana, “comunistas y socialistas, católicos y liberales, todos estaban dispuestos a

---

81 GINSBURG, Tom, *Introduction*, ob. cit. Pág. 5.

82 Ídem.

83 *USPS v. Council of Greenburgh Civic Assns.*, 453 U.S. 114 (1981), p. 121.

leer en el entramado de la sociedad italiana y, haciendo a un lado el propio alcance ideológico que podía ser motivo de separación, buscaron un terreno de convergencia”<sup>84</sup>.

En nuestra experiencia, y solo por mencionar un caso, podemos recordar Art. 234 de la Constitución Política del Estado de Chile de 1822. Ubicado dentro del epígrafe ‘De la Educación Pública’, disponía expresamente el deber constitucional de “conservar y adelantar el instituto Nacional, cuidado el Supremo Director (entonces cabeza del Poder Ejecutivo) de sus progresos, y del mejor orden...”<sup>85</sup>. ¿Sería posible siquiera pensar hoy en la posibilidad de nombrar un establecimiento educacional público como uno de especial preocupación para la labor presidencial? Por cierto, las condiciones políticas, culturales y sociales de entonces, sin embargo, así lo justificaban. Al estar recién configurándose los cimientos de la república, el Instituto — principal institución de enseñanza durante los primeros años de vida independiente — cumplía con la función estatal de brindar educación.

Como se observa, las cuestiones constitucionales están atadas a la experiencia, demandas, necesidades y épocas de los pueblos que se las dan. Es posible que aquellos asuntos que algunas voces reclaman que no deberían estar en la Constitución sean hoy, en cambio, asuntos que bien merecen ser incorporados. La novedad de los asuntos que se vuelven constitucionales en el tiempo, además, afecta — o debiera afectar — decisivamente el tipo de arreglos institucionales — probablemente la tarea más relevante que debe desempeñar una constitución — que nos daremos para tratar de satisfacer esas metas. De otra parte, si bien es cierto que ese acervo constitucional de experiencias pasadas termina ejerciendo en los hechos una fuerza innegable

---

84 GROSSI, Paolo: “La Constitución italiana como expresión de un tiempo jurídico posmoderno”. En: *Historia Constitucional*, N°15, 2014. Pág.8. Más recientemente, MILIONE, Ciro y NAPOLI, Santo: “L’Anima Lavoristica della Costituzione della Repubblica Italiana”. En: *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Vol. 53, N°158, 2020. Págs. 827-828.

85 Debo esta referencia al profesor Flavio Quezada.

en los momentos de diseño constitucional, la verdad es que ese mismo acervo muchas veces es cuestionado en los momentos de redefinición constitucional, así como su impacto matizado.

Esto es algo, de hecho, que puede anotarse desde los primeros procesos de definición del constitucionalismo moderno, como aconteció cuando los padres fundadores norteamericanos descansaron en parte importante de las enseñanzas y experiencias de los diseños constitucionales anteriores a su tiempo, sin dejar de exhibir una capacidad incombustible para desafiar esos aprendizajes — notablemente, la enseñanza conforme a la que, entonces, las democracias parecían estar reservadas solo a unas pequeñas repúblicas —. Este tipo de fenómenos no es extraño. En los momentos constituyentes los diferentes conceptos en torno a los que giran nuestros acuerdos constitucionales (y jurídicos) son tensionados, debatidos y puestos en cuestión — “se reabre la pregunta acerca de los significados de conceptos fundamentales”, escribe Cordero<sup>86</sup> —, junto con toda nuestras experiencias y los polos que miramos como inamovibles, incluida la noción misma del tipo de sociedad que somos<sup>87</sup>.

Por eso es que mientras Bello, en una versión algo estrecha de los conceptos, parece creer que la función de los arreglos constitucionales es la de recoger mecánicamente el corazón de la sociedad a riesgo de terminar sucumbiendo a las prácticas y costumbres en caso de no hacerlo<sup>88</sup>, los conceptos jurídicos — entre ellos los constitucionales — operan menos como

---

86 CORDERO, Rodrigo: *La fuerza de los conceptos. Ensayos en teoría crítica e imaginación política*. Ediciones Metales Pesados, Santiago, 2021. Pág. 16.

87 CORDERO, Rodrigo: “Giving society a form: Constituent moments and the force of concepts”. En: *Constellations*, Vol. 26, N° 2, 2019.

88 BELLO, Andrés: “Constituciones”. En: Squella, Agustín (selecc.): *Andrés Bello. Escritos jurídicos, políticos y universitarios*. LexisNexis, Santiago, 2005. Pág. 35.

envoltorios de las estructuras sociales y más como “la materia misma que hace posible la constitución, la autodescripción y la observación de la sociedad como sociedad”<sup>89</sup>.

La capacidad de poner a prueba el conocimiento y experiencias recibidas, además, puede ser todavía más demandante en contextos democráticos de redefinición constitucional donde las preguntas que debemos hacernos (y responder) es qué objetivos queremos trazarnos y cuáles son los arreglos institucionales que mejor podrían permitirnos alcanzar esos objetivos. Otra vez, esas preguntas pueden responderse en base a la experiencia pasada, pero ella no debe ser sinónimo de inmovilismo (o lo que Unger llama fetichismo) institucional<sup>90</sup>. Si a esta objeción añadimos lo señalado a propósito de las concepciones constitucionales analizadas en 2, podemos anotar, por ejemplo, como América Latina ha sido cuna de importantes innovaciones institucionales al margen de lo que al acervo al que siempre miramos (o mirábamos) había ofrecido. Y, de hecho, algunas de esas innovaciones generadas a nivel regional son presentadas hoy día como parte de ese acervo común constitucional.

Todavía podríamos preguntarnos si acaso es cierto que existe ese acervo constitucional común. Esta pregunta no debe ser vista con extrañeza. En el mundo real del diseño constitucional, quienes las redactan (y podemos agregar, quienes critican en los términos que acá se analizan a quienes las redactan) operan bajo información imperfecta, por ejemplo echando mano a las experiencias comparadas que les son más familiares<sup>91</sup>. Como otros estudios empíricos han apuntado, no hay un patrón sistemático, tampoco,

---

89 CORDERO, Rodrigo: *La fuerza de los conceptos*, ob. cit. Pág. 95. Una tarea, por cierto, nada ajena a lo que nos ha acostumbrado el derecho. COHEN, Felix: “Transcendental Nonsense and the Funcional Approach”. En: *Columbia Law Review*, Vol. 35, Nº 6, 1935.

90 MANGABEIRA UNGER, Roberto: *Democracy Realized: the progressive alternative*. Verso, Londres y Nueva York, 1998. Págs. 16-20 y 63-67.

91 GODERIS, Benedikt y VERSTEEG, Mila, ob. cit. Pág. 117.

de evidencia sobre la denominada convergencia constitucional — esto es, el modo en que las experiencias constitucionales de unos países afectan las definiciones de otros —<sup>92</sup>.

Aún más, habría que preguntarse si esta idea del acervo común constitucional, de la que arrancan algunas de las críticas que se formularon a la PNC, no es más que un conjunto de regulaciones de pretendida validez global, pero cuya configuración se construye sobre la base de un puñado de experiencias. Hirschl, por ejemplo — criticando la metodología de los estudios comparativos constitucionales —, ha reclamado convincentemente que hay buenas razones para cuestionar que lo que se presenta como la evidencia comparada sea, efectivamente, comparada. La más de las veces, dice, se trata de arreglos institucionales, reconocimientos de derechos y regulaciones dibujadas a partir de “los sospechosos de siempre”: un puñado de países del norte global, políticamente estables, que exhiben economías prósperas y democracias liberales<sup>93</sup>. Sus vacíos, como contrapartida — como ocurre con la falta de análisis constitucional de la extensa brecha socioeconómica que exhiben algunas de sus comunidades —, se transforman también en cánones de lo indebido, lo que queda de manifiesto cuando se observa el origen de la literatura que se opone a la constitucionalización de los derechos sociales<sup>94</sup>.

Por último, los modelos que han servido para inspirar otras experiencias de diseño constitucional también mutan en el tiempo. Este ha sido el caso del constitucionalismo de los Estados Unidos<sup>95</sup>, lo que no debiera resultar

---

92 DIXON Rosalind y POSNER Eric A.: “The Limits of Constitutional Convergence”. En: *Chicago Journal of International Law*, Vol. 11, Nº 2, 2010-2011. Pág. 402.

93 HIRSCHL, Ran: *Comparative Matters*, ob. cit. Págs. 192 y 193, 205 y ss. Véase, también, SAUNDERS, Cherylk: “Towards a Global Constitutional Gene Pool”. En: *National Taiwan University Law Review*, Vol. 4, Nº 3, 2009. Pág. 3.

94 Para lo que a nivel local, como se ha visto, suele invocarse el modelo constitucional federal (escasamente se aborda la cuestión a nivel estadual) de los Estados Unidos de Norteamérica.

95 GINSBURG, Tom y HUI Aziz Z.: *How to Save a Constitutional Democracy*. Chicago University Press, Londres y Chicago, 2018. Págs. 169-170.

sorprendente. Parafraseando las palabras de la jueza Ruth Ginsburg, ¿quién diseñando una constitución en pleno siglo XXI miraría a un diseño de hace 200 años?<sup>96</sup>

Por supuesto, nada de lo dicho proscribía la posibilidad de reclamar que ciertos asuntos no merecen estar en la Constitución. Pero haríamos bien, antes que echar mano a una supuesta frontera que está lejos de ser exacta y estar claramente definida, que ofreciéramos las razones por las que ello es o no conveniente. Sin esas razones a la vista, el reclamo puede terminar siendo nada más que un slogan vacío que, de gobernar el resultado de una Constitución, podría desatender el corazón de los reclamos de la sociedad, las necesidades de una época y las urgencias del momento.

## 5. LA CULTURA (POLÍTICA Y MORAL) DE UN PAÍS<sup>97</sup>

### 5.1. El argumento

Hay, por último, una cuarta objeción que proviene de la sociología constitucional. De acuerdo a esta objeción — que de alguna forma se conecta con él, aunque no es idéntica al, criterio revisado en 2 —, hay cuestiones que serían contraculturales, esto es, que no estarían a tono o irían a contrapelo con el estado del corazón de la sociedad. Para evitar su rápido decaimiento — o como aconteció, se dice, en el caso chileno, el rechazo de la propuesta

---

96 FOX NEWS: “Ginsburg to Egyptians: I wouldn’t use U.S. Constitution as a model”. En: *Fox News*, 22 de diciembre de 2015. Disponible en: <https://www.foxnews.com/politics/ginsburg-to-egyptians-i-wouldnt-use-u-s-constitution-as-a-model>.

97 Desde luego, y en especial tratándose de los esquemas constitucionales, se ha sostenido que los nuevos procesos transnacionales permitirían apreciar valores igualmente transnacionales que — como digo, en especial tratándose de procesos de elaboración o reemplazo constitucional — pondrían en jaque una visión más tosca de la soberanía anclada en la nación o una comunidad política singular. Como en el caso del proceso chileno el reclamo descansó en la idea de valores culturales o patrones morales de índole doméstica, o en cualquier caso anclados en Chile, prescindo (como lo hace esa objeción en el caso chileno, lo que evidencia la limitación de la misma) de este enfoque. Una visión de al respecto puede consultarse en TEUBNER, Gunther, ob. cit. y GALLIGAN, Denis J. y VERSTEEG, Mila, *Theoretical Perspectives on the Social and Political Foundations of Constitutions*, ob. cit. Pág. 13-16.

—, la elaboración de las constituciones debe cuidar mantenerse alineada con esos valores. En los términos de Hegel, las constituciones no pueden ser solo diseños, por perfectos que sean, que se hacen. Son, en cambio, “el trabajo de siglos, la idea y la conciencia de lo racional, en la medida en que se ha desarrollado en un pueblo. Ninguna constitución puede ser creada...”<sup>98</sup>.

Este reclamo tiene una larga tradición en nuestra cultura jurídica. Las palabras de Andrés Bello son, en efecto, de utilidad acá: “Hemos dicho, y repetimos — escribía Bello en 1833 — que ‘las constituciones políticas escritas no son a menudo verdaderas emanaciones del corazón de sociedad, porque suele dictarlas una parcialidad dominante o engendrarlas en la soledad del gabinete un hombre que ni aun representa un partido...’<sup>99</sup>”. Por eso, insistía Bello, cuando se “nos dice que solo el historiador constitucional que penetra a fondo el modo de ser de la sociedad, puede darnos las verdaderas causas de los acontecimientos políticos, no dice nada a que no estemos dispuestos a suscribir; pero el historiador que así proceda, no habrá ceñido sus ideas a la constitución escrita sino al fondo de la sociedad, a las costumbres, a los sentimientos que en ella dominan, que ejercen una acción irresistible sobre los hombres y las cosas, y con respecto a los cuales el texto constitucional puede no ser más que una hoja ligera que nada a flor de agua sobre el torrente revolucionario, y al fin se hunde en él”<sup>100</sup>.

Más recientemente, aunque a propósito del frustrado proceso de reemplazo constitucional promovido por la Presidenta Bachelet, Javier Couso afirmó que las soluciones normativas que se proponen para el reemplazo constitucional

---

98 HEGEL, G.W.F.: *Principios de la Filosofía del Derecho*. Editorial Sudamericana, Buenos Aires, 2004. Pág. 257.

99 BELLO, Andrés, ob. cit. Pág. 35.

100 BELLO, Andrés, ob. cit. Pág. 41. Las palabras de Lasalle son casi idénticas: “Allí donde la constitución escrita no corresponde a la real”, esto es, no se condice con los factores de poder que rigen en una sociedad, “la constitución escrita, la hoja de papel, tiene necesariamente que sucumbir ante el empuje de la constitución real, de las verdaderas fuerzas vigentes en el país”. LASALLE, Ferdinand: *¿Qué es una Constitución?* Ediciones Coyoacán, Ciudad de México, 2019. Pág. 67.

(podríamos agregar que tanto las sustantivas como las procedimentales)<sup>101</sup>, han carecido de una adecuada contextualización. Esta falta de atención habría llevado a muchos a “imaginar fórmulas normativamente adecuadas — esto es, que satisfagan el estado del arte de la teoría democrático constitucional contemporánea —, olvidando atender cómo dichas fórmulas se engarzan con la trayectoria histórico-institucional y con el actual contexto político, social y cultural del país”<sup>102</sup>.

Esto — que, como puede apreciarse, se trata de una crítica que colisiona o tiene un potencial innegable de colisión con la objeción repasada en 4 conforme a la que el contenido de las constituciones va evolucionando en el conjunto de las experiencias comparadas que no debiéramos dejar de observar — es exactamente lo que se dijo en Chile de la PNC. Así, por ejemplo, y dando algunas luces de lo que veía como algunas de las razones por las que se había terminado rechazando la propuesta, Gonzalo García señaló que,

“La variopinta representación derivó en una construcción de una propuesta constitucional tamizada de identidades. Desde el diseño institucional aparecieron unas como mayoritarias (paridad de género) — y exitosas, por lo mismo —, y otras minoritarias, que pugnaban por un reconocimiento normativo añadido (minoría indígena; de la comunidad LGTBI+; de personas en situación de discapacidad; de niñas, niños y adolescentes; de adultos mayores; de personas privadas de libertad; y de grupos de presión, desde bomberos, animalistas y veganos hasta deportistas). Muchas de ellas deben

---

101 Sobre la adecuación cultural de instancias procedimentales, entendidas por estas como los mecanismos para que una comunidad se dé una nueva Constitución, véase CONTIADES, Xenophon y FOTIADOU Alkmene: “The People as amenders of the constitution”. En CONTIADES, Xenophon y FOTIADOU, Alkmene: *Participatory Constitutional Change. The People as Amenders of the Constitution*. Routledge, Londres y Nueva York, 2017. Pág.12 y FLINER, Thomas: Fleiner, “Participation of citizens in constitution-making. Assets and challenges — the Swiss experience”, pp. 69-71 en el mismo volumen.

102 COUSO, Javier: “La ‘solución constitucional’: una aproximación desde la sociología constitucional”. En: FUENTES, Claudio y Joignant, Alfredo: *La Solución Constitucional: Plebiscitos, asambleas, congresos, sorteos y mecanismos híbridos*. Catalonia, Santiago, 2015. Pág. 72.



pasar por el grado de aceptación que tienen culturalmente en la población, respecto de lo cual recién esta década ha dado pasos claros en la repulsa a la discriminación”<sup>103</sup>.

## 5.2. Los momentos constituyentes: más que una (pura) foto

Creo que acá pueden ofrecerse, en parte, similares objeciones a las que se señalaron antes a propósito de la cultura jurídica. Y es que los momentos constituyentes — y el derecho, en general — parecen no quedar adecuadamente retratados cuando solo se los presenta como instancias de formalización (y a veces de petrificación) de un cierto estado de cosas social o cultural. Para volver a insistir con Cordero: los momentos constituyentes — y las decisiones jurídicas, en general — no son solo (o en absoluto) momentos de transmisión mecánica en que unas ciertas conclusiones empíricamente observadas y catalogadas son escrituradas. Antes bien, los conceptos legales, y los constitucionales también, que se debaten, resignifican y tensionan en los momentos constituyentes — momentos de dislocación, dice Cordero — son también espacios de disputas. En sus palabras: “la sociedad no es un hecho constitucionalmente dado, por así decirlo, sino un espacio inestable de posibilidades e imposibilidades constitucionales” que los conceptos legales (constitucionales) ayudan a tematizar<sup>104</sup>.

Por cierto, los cambios en la que podríamos seguir denominando cultura jurídica externa no se gatillan de manera automática al momento de alterar un texto normativo, ni siquiera uno de la relevancia de la Constitución. Sin embargo, ella — Cárdenas se refiere a los “patrones normativos”, en general — colaboran al tener una función estabilización, orientación y disciplina<sup>105</sup>.

---

103 GARCÍA, Gonzalo: “Decálogo de razones de una gran derrota”. En: *Ciper Chile*, 9 de septiembre de 2022. Disponible en: <https://www.ciperchile.cl/2022/09/09/decalogo-de-razones-de-una-gran-derrota/>

104 CORDERO, Rodrigo: *La fuerza de los conceptos*, ob. cit. Pág. 113 y 114.

105 CÁRDENAS, Hugo: “La cultura de la cultura jurídica: aportes desde la teoría de los sistemas sociales”. En: Millaleo, Salvador et al. (eds.): *Sociología del Derecho en Chile*. Ediciones U. Alberto Hurtado, Santiago, 2014. Págs. 96-98.

Desde el punto de vista del derecho propiamente tal, ahora, éste se encuentra lejos de ser solo una correa transmisora, como he dicho, de acuerdos políticos, sociales y culturales (asumiendo, además, solo para efectos del argumento, que algo así como ese acuerdo es posible). En efecto, y por una parte, el derecho muchas veces opera como un obstáculo a la consolidación de cambios sociales y culturales<sup>106</sup>, no obstante en última instancia su propia estructura pueda terminar volando por los aires<sup>107</sup>. Por otra, hay ocasiones en las que el derecho llega antes que se produzcan esos cambios, con el objetivo, de hecho, de estimularlos. Robert Post ha dicho que este es el caso, por ejemplo, de las legislaciones antidiscriminación<sup>108</sup>.

Todavía más, tratándose del derecho constitucional, en general, y de los momentos constituyentes, en específico, debe anotarse que se trata de contextos en que los valores nacionales, la definición de las identidades y el rescate de las tradiciones juegan un importante papel. Pero también es cierto que, en esos mismos momentos, muchos de esos valores, tradiciones e identidades (los conceptos fundamentales de una comunidad política) son puestas en cuestión, en especial si ellas provienen de un pasado autoritario o reñido con la democracia (y, descriptivamente, con cualquier régimen al que se quiera transitar)<sup>109</sup>. Como lo señalan Galligan y Versteeg, es posible

---

106 “Los preceptos, esquemas y principios jurídicos en boga — escribió Novoa Monreal — se van convirtiendo gradualmente no solo en un pesado lastre que frena el progreso social, sino que llega, en muchas ocasiones, a levantarse como un verdadero obstáculo para éste”. NOVOA, Eduardo: *El derecho como obstáculo al cambio social*. Siglo Veintiuno Editores, México, D.F., 1975. Pág. 13.

107 MARX, Carlos: “Prólogo a la Contribución a la Crítica de la Economía Política”. En: Marx, Carlos y Engels, Federico: *Obras Escogidas*. Editorial Progreso, Moscú, 1974. Pág. 183.

108 Cf. POST, Robert: “Law and Cultural Conflict”. En: *Chicago-Kent Law Review*, Vol. 78, Nº 2, 2003.

109 Como Cordero lo ha señalado, detalladamente, durante los procesos de redefinición constitucional es la forma misma de la sociedad la que es puesta en tensión y se transforma en “objeto de disputa política”. Desde luego, de esto no se sigue — ni Cordero lo afirma — que la manera en que se da forma a una nueva sociedad solo opere a nivel de la definición constitucional. Pero la fuerza de sus conceptos, y los aparatares bajo ellos cobijados, (como en el caso de la dictadura en Chile) ayudan. CORDERO, Rodrigo: *Giving society a form*, ob. cit. Pág. 1 y 2. En resumen, ese fue, en efecto, un proceso refundacional. OSSA, Juan Luis, ob. cit. Pág. 80-81.

identificar prácticas constitucionales en las que la Constitución (y su momento de definición, más propiamente) apunta a remediar parte de ese pasado y escapar de su legado<sup>110</sup>.

Este constitucionalismo ha recibido un nombre en la experiencia comparada: el constitucionalismo transformador. Se trata de un constitucionalismo que se orienta a modificar las bases de desigualdad estructural sobre las que descansa (o ha descansado) una comunidad política, y que concibe las constituciones y los momentos de redefinición constitucional, como unos que son capaces de dar origen a proyectos de largo aliento orientados a transformar las instituciones políticas, sociales y las relaciones de poder de un país<sup>111</sup>. Este constitucionalismo descansa en parte en pasado de valores, identidades e instituciones ya forjadas, pero asume, también, la tarea de avanzar en transformaciones que puedan hacerse cargo de demandas especialmente sensibles de la comunidad<sup>112</sup>. Y esa posibilidad, la de comenzar a dibujar una sociedad distinta, muestra que las constituciones no solo descansan en un pasado — como si este fuera, además, uno que puede identificarse de modo no polémico e inamovible —, sino que también se orientan al cambio.

---

110 GALLIGAN, Denis J. y VERSTEEG, Mila, *Theoretical Perspectives on the Social and Political Foundations of Constitutions*, ob. cit. Pág. 9. Este, no obstante el inevitable peso que las prácticas y comprensiones constitucionales y jurídicas puedan seguir teniendo (proyectándose) al futuro. MAZZONE, Jason y TECIMER, Cem: “Interconstitutionalism”. En: *The Yale Law Journal*, Vol. 132, N° 2, 2022.

111 KLARE, Karl: “Legal Culture and Transformative Constitutionalism”. En: *South African Journal on Human Rights*, Vol. 14, 1998. Pág. 150.

112 Esta es, quizás la clave de lo que termina siendo jurídica y constitucionalmente canónico para una comunidad: decisiones colectivas que se han forjado a lo largo de años, de modo consciente e inconsciente, en las que hay tanto espacio para la preservación (lo que se mantiene) y el cambio (lo que se desafía). BALKIN, Jack y LEVINSON Sanford, ob. cit. Pág. 68-69.

Por lo tanto, el constitucionalismo transformador es también aspiracional y se orienta al futuro ofreciendo las estructuras orgánicas y sustantivas conforme a los que pueda comenzar a configurarse una nueva comunidad<sup>113</sup>, sin dejar de mirar atrás para identificar los legados de exclusión y marginalidad a los que quiere hacer frente<sup>114</sup>.

En definitiva, es discutible que las constituciones sean solo instrumentos que recogen los valores, ideales e identidades forjados en el pasado. Muchas veces, como la evidencia lo demuestra, se orientan a transformar ese mismo pasado y a tensionar los acuerdos constitutivos de una comunidad. En ese sentido — uno diverso, como digo, en el que usualmente se suele presentar el derecho y el rol de las constituciones —, los momentos constituyentes devienen o pueden devenir en instancias por medio de las que se da “forma legal a una comunidad política”, y por ende momentos en los que los conceptos fundamentales de esa comunidad “son problematizados — el concepto mismo de nación, como vimos durante 2020-2 — y eventualmente transformados”<sup>115</sup>. Por cierto, nada de esto quiere decir que parte de su propia estabilidad no se juegue en ese mayor o menor correlato con las ideas e ideales que se encuentran enraizados en la sociedad<sup>116</sup>.

## 6. CONCLUSIONES

El objetivo de este trabajo ha sido el de articular un mapa de los criterios conforme a los que podría determinarse — y que, de hecho, fueron esgrimidos durante parte de los debates generados durante el trabajo de la Convención Constitucional — qué asuntos debieran abordarse a nivel constitucional y

---

113 HAILBRONNER, Michaela: *Traditions and Transformations: the rise of German constitutionalism*. Oxford University Press, Oxford, 2015. Pág. 14.

114 LIEBENBERG, Sandra: *Socio-Economic Rights. Adjudication under a Transformative Constitution*. Claremont, Juta & Co., 2010. Págs. 25-28.

115 CORDERO, Rodrigo; MASCAREÑO, Aldo; HENRÍQUEZ, Pablo y RUZ, Gonzalo: “Drawing constitutional boundaries: A digital historical analysis of the writing process of Pinochet’s 1980 authoritarian constitution”. En: *Historical Methods: A Journal of Quantitative and Interdisciplinary History*, Vol. 55, N° 3, 2022, Págs. 1-3.

116 LAW, David S. y VERSTEEG, Mila: *Constituciones aparentes*. Universidad del Externado, Bogotá, 2018.

cuáles dejados a la decisión legislativa. No obstante que se trata de criterios que encuentran correlato en la literatura especializada, no resuelven, sin embargo — solo apuntándolos —, el debate.

En efecto, como se ha mostrado respecto de cada uno de esos criterios acá repasados, estos pueden cuestionarse (como ocurre con una concepción tan debatible desde el punto de vista normativo como poco contrastable empíricamente de la Constitución); tensionarse (como ocurre con un supuesto canon o acervo constitucional que se ha acuñado sobre la base de un puñado de experiencias); y, en algún caso, mostrarse inútiles (como el reclamo que apunta a la judicialización de cuestiones que deberían ser dejadas a la legislatura, lo que, en verdad, es un reclamo contra el arreglo institucional y no, en cambio, contra el tipo de normas que una Constitución recoge).

Esto permite terminar afirmando, me parece, que los criterios se esgrimen para distinguir las materias que deberían estar contenidas en una constitución y las materias de ley sean tan inestable como infructuosos en su cometido. Ello podría deberse en parte, pero en una parte muy predominante, a que todos estos desacuerdos relativos a la cuestión sobre qué normas deben ser incluidas en una constitución y cuáles no, evidencian un desacuerdo político y, si se prefiere, de política constitucional<sup>117</sup>.

Por cierto, nada de esto quiere decir que se trata de debates que no pueden sostenerse. De hecho es saludable que se sostengan. Pero estas discusiones serían más transparentes si se desarrollan derechamente en base a las razones (institucionales, de política pública y otras) a favor o en contra de la inclusión de una determinada disposición, antes que apuntando a un criterio que, no obstante su raigambre en la literatura, dista de resolver por sí solo la discusión. En momentos de redefinición constitucional, para decirlo de otra

---

117 TUSHNET, Mark: “The Politics of Constitution Making”. En: Tushnet, Mark & Kochenov, Dimitry (eds.): *Elgar Handbook on the Politics of Constitutional Law*. Edward Elgar, Cheltenham, 2023.

forma, debemos abogar por transparentar los argumentos, dejando de actuar como si los criterios a que se hace alusión fueran algo así como reglas cuyos fundamentos, razones y objetivos fueran opacos al pueblo.

## BIBLIOGRAFÍA CITADA

ALDUNATE, Eduardo: *Derechos Fundamentales*. Legal Publishing, Santiago, 2008.

ALVARADO, Claudio: *La ilusión constitucional: sentido y límites del proceso constituyente*. IES, Santiago, 2016.

ATRIA, Fernando; SALGADO, Constanza y WILENMANN, Javier: *Democracia y neutralización. Origen, desarrollo y solución de la crisis constitucional*. LOM Ediciones, Santiago, 2017.

ATRIA, Fernando: “Revisión judicial: el síndrome de la víctima insatisfecha”. En: *Estudios Públicos*, N° 79 (invierno), 2000. Págs. 35-54.

BALKIN, Jack y LEVINSON Sanford: “Los cánones en el derecho constitucional”. En: Carbonell Miguel y García Leonardo (eds.): *El canon neoconstitucional*. Editorial Trotta - Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, Madrid, 2010.

BARBER, Nicholas W.: *The Principles of Constitutionalism*. Oxford University Press, Oxford, 2018.

BAYÓN, Juan Carlos: “Derechos de democracia y Constitución”. En: Carbonell, Miguel (ed.): *Neoconstitucionalismo(s)*. Trotta, Madrid, 2003.

BELLO, Andrés: “Constituciones”. En: Squella, Agustín (selecc.): *Andrés Bello. Escritos jurídicos, políticos y universitarios*. LexisNexis, Santiago, 2005.

BICKEL, Alexander M.: *The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of Politics*. Yale University Press, New Haven y Londres, 1962.

CÁRDENAS, Hugo: “La cultura de la cultura jurídica: aportes desde la teoría de los sistemas sociales”. En: Millaleo, Salvador et al. (eds.): *Sociología del Derecho en Chile*. Ediciones U. Alberto Hurtado, Santiago, 2014.

CEA, José Luis: *Tratado de la Constitución de 1980. Características generales*. Garantías constitucionales. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1988.

CHECHILNITZKY, Alexandra: “Se instala debate sobre conveniencia de tener una Constitución maximalista”. En: *Emol*, 9 de enero de 2022. Disponible en: <https://www.emol.com/noticias/Nacional/2022/01/09/1043412/cronica-constitucional.html>

COHEN, Felix: “Transcendental Nonsense and the Funcional Approach”. En: *Columbia Law Review*, Vol. 35, Nº 6, 1935. Págs. 809-849.

COLÓN-RÍOS, Joel: “El estado del derecho constitucional comparado: ¿para qué son las constituciones?”. En: *Dikaion*, Vol. 31, Nº 2, 2022. Págs. 1-27.

COLÓN-RÍOS, Joel: *Weak Constitutionalism: Democratic Legitimacy and the Question of Constituent Power*. Routledge, Londres y Nueva York, 2013.

CONTIADES, Xenophon y FOTIADOU Alkmene: “The People as amenders of the constitution”. En: CONTIADES, Xenophon y FOTIADOU, Alkmene: *Participatory Constitutional Change. The People as Amenders of the Constitution*. Routledge, Londres y Nueva York, 2017.

CORDERO, Rodrigo; MASCAREÑO, Aldo; HENRÍQUEZ, Pablo y RUZ, Gonzalo: "Drawing constitutional boundaries: A digital historical analysis of the writing process of Pinochet's 1980 authoritarian constitution". En: *Historical Methods: A Journal of Quantitative and Interdisciplinary History*, Vol. 55, N° 3, 2022. Págs. 1-22.

CORDERO, Rodrigo: "Giving society a form: Constituent moments and the force of concepts". En: *Constellations*, Vol. 26, N° 2, 2019. Págs. 1-26.

CORDERO, Rodrigo: *La fuerza de los conceptos. Ensayos en teoría crítica e imaginación política*. Ediciones Metales Pesados, Santiago, 2021.

COUSO, Javier: "La 'solución constitucional': una aproximación desde la sociología constitucional". En: Fuentes, Claudio y Joignant, Alfredo: *La Solución Constitucional: Plebiscitos, asambleas, congresos, sorteos y mecanismos híbridos*. Catalonia, Santiago, 2015.

CRAIG, Paul: "Democracy". En: Masterman, Roger y Schütze, Robert (eds.): *The Cambridge Companion to Comparative Constitutional Law*. Cambridge University Press, Cambridge, 2019.

CONVENCIÓN CONSTITUCIONAL: *Propuesta Nueva Constitución*. En: Chile Convención, 2022. Disponible en: <https://www.chileconvencion.cl/>

DIXON Rosalind y POSNER Eric A.: "The Limits of Constitutional Convergence". En: *Chicago Journal of International Law*, Vol. 11, N° 2, 2010-2011. Págs. 399-423.

DIXON, Rosalind: "Constitutional drafting and distrust". En: *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 13, N° 4, 2015. Págs. 819-846.



EDITORIAL REVISTA CHILENA DE DERECHO: “Análisis de la propuesta de nueva constitución a la luz de los principios del constitucionalismo”. En: *Revista Chilena de Derecho*, vol. 49 N° 2, 2022.

El MERCURIO: “Constitución no debe resolver el sistema social y económico”. En: *Diario El Mercurio de Valparaíso*, 23 de octubre de 2022.

ELY, John H.: *Democracy and Distrust: A theory of judicial review*. Harvard University Press, Cambridge, 1980.

FERRES COMELLA, Víctor: “The rise of specialized constitutional courts”. En: Ginsburg, Tom y Dixon, Rosalind (eds.): *Comparative Constitutional Law*. Cheltenham y Northampton, Edward Elgar, 2011.

FERRES COMELLA, Víctor: *Justicia constitucional y democracia*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007.

FIORAVANTI, Maurizio: *Constitución. De la antigüedad a nuestros días*. Trotta, Madrid, 2001.

FOX NEWS: “Ginsburg to Egyptians: I wouldn’t use U.S. Constitution as a model”. En: *Fox News*, 22 de diciembre de 2015. Disponible en: <https://www.foxnews.com/politics/ginsburg-to-egyptians-i-wouldnt-use-u-s-constitution-as-a-model>.

GALLIGAN, Denis J. y VERSTEEG, Mila (eds.): *Social and Political Foundations of Constitutions*. Cambridge University Press, Cambridge, 2013.

GALLIGAN, Denis J. y VERSTEEG, Mila: “Theoretical Perspectives on the Social and Political Foundations of Constitutions”. En: Galligan, Denis J. y Versteeg, Mila (eds.): *Social and Political Foundations of Constitutions*. Cambridge University Press, Cambridge, 2013.

GARCÍA, Gonzalo: “Decálogo de razones de una gran derrota”. En: *Ciper Chile*, 9 de septiembre de 2022. Disponible en: <https://www.ciperchile.cl/2022/09/09/decalogo-de-razones-de-una-gran-derrota/>

GARCÍA, José Francisco: “Minimalismo e incrementalismo constitucional”. En: *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 41, N°1, 2014. Págs. 267-302.

GARGARELLA, Roberto (coord.): *Por una justicia dialógica: El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática*. Siglo XXI Editores, Buenos Aires, 2014.

GARGARELLA, Roberto: “Injertos y rechazos: radicalismo político y trasplantes constitucionales en América”. En: Gargarella, Roberto (coord.): *Teoría y Crítica del Derecho Constitucional, Tomo I: Democracia*. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2009.

GARGARELLA, Roberto: *El derecho como una conversación entre iguales: Qué hacer para que las democracias contemporáneas se abran — por fin — al diálogo ciudadano*. Siglo XXI, Buenos Aires, 2021.

GARZÓN VALDÉS, Ernesto: “Consenso, racionalidad y legitimidad”. En: *ISEGORÍA*, Vol. 2, 1990. Págs. 13-28.

GINSBURG, Tom y HUI Aziz Z.: *How to Save a Constitutional Democracy*. Chicago University Press, Londres y Chicago, 2018.

GINSBURG, Tom: “Introduction”. En: Ginsburg, Tom (ed.): *Comparative Constitutional Design*. Cambridge University Press, Cambridge, 2012.

GOBIERNO DE CHILE: “Declaración de Principios del Gobierno de Chile”. En: Archivo Chile, 11 de marzo de 1974. Disponible en: [http://www.archivochile.com/Dictadura\\_militar/doc\\_jm\\_gob\\_pino8/DMdocjm0005.pdf](http://www.archivochile.com/Dictadura_militar/doc_jm_gob_pino8/DMdocjm0005.pdf)

GODERIS, Benedikt y VERSTEEG, Mila: “Transnational Constitutionalism: A Conceptual Framework”. En: Galligan, Denis J. y Versteeg, Mila (eds.): *Social and Political Foundations of Constitutions*. Cambridge University Press, Cambridge, 2013.

GROSSI, Paolo: “La Constitución italiana como expresión de un tiempo jurídico posmoderno”. En: *Historia Constitucional*, N° 15, 2014. Págs. 1-22.

HAILBRONNER, Michaela: *Traditions and Transformations: the rise of German constitutionalism*. Oxford University Press, Oxford, 2015.

HEGEL, G.W.F.: *Principios de la Filosofía del Derecho*. Editorial Sudamericana, Buenos Aires, 2004.

HEISS, Claudia: *¿Por qué necesitamos una nueva Constitución?* Aguilar, Santiago, 2020.

HERRERA, Mariela: “Números y riesgos de una Constitución maximalista con 499 artículos, más de 100 derechos y 20 nuevos órganos”. En: *El Líbero*, 16 de mayo de 2022. Disponible en: <https://ellibero.cl/libero-constituyente/numeros-y-riesgos-de-una-constitucion-maximalista-con-499-articulos-mas-de-100-derechos-y-20-nuevos-organos/>

HIRSCHL, Ran: *Comparative Matters. The Renaissance of Comparative Constitutional Law*. Oxford University Press, Oxford, 2016.

HIRSCHL, Ran: *Towards Juristocracy. The origins and consequences of the new constitutionalism*. Cambridge University Press, Cambridge y Londres, 2004.

HOLMES, Jr., Oliver Wendell: *The Common Law*. Little Brown and Co., Boston, 1881.

HOLMES, Stephen y SUNSTEIN, Cass: *The Cost of Rights. Why Liberty Depends on Taxes*. Norton, Nueva York, 1999.

HUNEEUS, Carlos: *La democracia semisoberana. Chile después de Pinochet*. Taurus, Santiago, 2014.

KELSEN, Hans: *La garantía jurisdiccional de la Constitución (La justicia constitucional)*. UNAM, Ciudad de México, 2001.

KLARE, Karl: “Legal Culture and Transformative Constitutionalism”. En: *South African Journal on Human Rights*, Vol. 14, 1998. Págs. 146-188.

KRAMER, Larry D.: *The People Themselves. Popular Constitutionalism and Judicial Review*. Oxford University Press, Oxford y Nueva York, 2004.

LASALLE, Ferdinand: *¿Qué es una Constitución?* Ediciones Coyoacán, Ciudad de México, 2019.

LATHAM-GAMBI, Alexander: “Jeremy Waldron and the Circumstances of Politics”. En: *The Review of Politics*, Vol. 83, N° 2, 2021. Págs. 242-263.

LAW, David S. y VERSTEEG, Mila: “The Evolution and Ideology of Global Constitutionalism”. En: *California Law Review*, Vol. 99, N° 5, 2011. Págs. 1163-1257.

LAW, David S. y VERSTEEG, Mila: *Constituciones aparentes*. Universidad del Externado, Bogotá, 2018.

LEVINSON, Sanford: *Our Undemocratic Constitution. Where the Constitution goes wrong (and how we the people can correct it)*. Oxford University Press, Oxford y Nueva York, 2006.

LIBERTAD Y DESARROLLO: “Informe sobre el desarrollo de la discusión en la Convención Constitucional”. En: *Actualidad Constituyente*, N° 42, 20 de mayo de 2022. Disponible en: <https://lyd.org/wp-content/uploads/2022/05/ACTUALYDAD-CONSTITUYENTE-42.pdf>

LIEBENBERG, Sandra: *Socio-Economic Rights. Adjudication under a Transformative Constitution*. Claremont, Juta & Co., 2010.

LOVERA, Domingo y VARGAS, Catalina: “El Congreso Nacional y la interpretación constitucional en el proceso legislativo: criterios y momentos”. En: *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 48, N° 3, 2021. Págs. 79-105.

MANGABEIRA UNGER, Roberto: *Democracy Realized: the progressive alternative*. Verso, Londres y Nueva York, 1998.

MARSHALL, Pablo y CHARNEY, John: “¿Qué es una Constitución?”. En: Lorca, Rocío et al. (eds.): *La hoja en blanco. Claves para conversar sobre una nueva Constitución*. La Pollera Ediciones, Santiago, 2020.

MARTÍNEZ, José Ignacio: *Constitución, Conceptos Indeterminados y Conceptos Controvertidos*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.

MARX, Carlos: “Prólogo a la Contribución a la Crítica de la Economía Política”. En: Marx, Carlos y Engels, Federico: *Obras Escogidas*. Editorial Progreso, Moscú, 1974.

MAZZONE, Jason y TECIMER, Cem: “Interconstitutionalism”. En: *The Yale Law Journal*, Vol. 132, N° 2, 2022. Págs. 1-74.

MICHELMAN, Frank: “The constitution, social rights, and liberal political justification”. En: *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 1, N° 1, 2003. Págs. 13-34.

MILIONE, Ciro y NAPOLI, Santo: “L’Anima Lavoristica della Costituzione della Repubblica Italiana”. En: *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Vol. 53, Nº158, 2020. Págs. 826-861.

MONDACA, Gabriela y NAVARRETE, Esperanza: “499 artículos: ¿Maximalista y detallista? Las dudas que rodean al primer borrador de nueva Constitución”. En: *La Tercera*, 15 de mayo de 2022. Disponible en: <https://www.latercera.com/la-tercera-domingo/noticia/499-articulos-maximalista-y-detallista-las-dudas-que-rodean-al-primer-borrador-de-nueva-constitucion/4OQUMIZRWFGVJP2L4RLDKDYIJM/>

MOUFFE, Chantal: *The Return of the Political*. Verso, Londres y Nueva York, 2005.

NOVOA, Eduardo: *El derecho como obstáculo al cambio social*. Siglo Veintiuno Editores, México, D.F., 1975.

OSSA, Juan Luis: *Chile Constitucional*. FCE-CEP, Santiago, 2020.

OTTONE, Ernesto: “El proyecto de nueva Constitución es malito, así que conviene rechazarlo y hacer uno mejor”. En: *El País*, 28 de agosto de 2022. Disponible en: <https://elpais.com/chile/2022-08-28/el-proyecto-de-nueva-constitucion-es-malito-asi-que-conviene-rechazarlo-y-hacer-uno-mejor.html>

PEREDO, Marcela: *El margen de apreciación del legislador y el test de margen proporcionado. Ley versus Tribunal Constitucional*. Thomson Reuters, Santiago, 2018.

PEREDO, Marcela: *Lecciones de teoría constitucional chilena*. Thomson Reuters, Santiago, 2019.

PEÑA, Carlos: *El desafío constitucional*. Taurus, Santiago, 2020.

POST, Robert: “Law and Cultural Conflict”. En: *Chicago-Kent Law Review*, Vol. 78, N° 2, 2003. Págs. 485-508.

ROZNAI, Yaniv: *Unconstitutional Constitutional Amendments: The Limits of Amendment Powers*. Oxford University Press, Oxford, 2019.

SAUNDERS, Cherylk: “Towards a Global Constitutional Gene Pool”. En: *National Taiwan University Law Review*, Vol. 4, N° 3, 2009. Págs. 99-123.

SEIDMAN, Louis Michael: *From Parchment to Dust. The Case for Constitutional Skepticism*. The New Press, Nueva York y Londres, 2021.

SILVA, Luis Alejandro: *La Garantía Política de la Constitución*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.

SOTO, Sebastián: *La Hora de la Re-Constitución*. Ediciones UC, Santiago, 2020.

SUNSTEIN, Cass: “The Minimalist Constitution”. En Balkin, Jack y Siegel, Reva (eds.): *The Constitution in 2020*. Oxford University Press, Nueva York, 2009.

SUNSTEIN, Cass: *A Constitution of Many Minds. Why the Founding Document Doesn't Mean What It Meant Before*. Princeton University Press, Nueva Jersey 2009.

SUNSTEIN, Cass: *Designing Democracy. What Constitutions Do*. Oxford University Press, Oxford, 2001.

SUNSTEIN, Cass: *One Case at the Time. Judicial Minimalism on the Supreme Court*. Harvard University Press, Cambridge y Londres, 1999.

TEUBNER, Gunther: *Constitutional Fragments. Societal Constitutionalism and Globalization*. Oxford University Press, Oxford, 2012.

TRIBE, Laurence H. y DORF, Michael C.: *On Reading the Constitution*. Harvard University Press, Cambridge y Londres, 1991.

TSEBELIS, George y NARDI, Dominic J.: “A Long Constitution is a (Positively) Bad Constitution: Evidence from OECD Countries”. En: *British Journal of Political Science*, Vol. 46, N° 2, 2014. Págs. 1-22.

TUSHNET, Mark: “The Politics of Constitution Making”. En: Tushnet, Mark & Kochenov, Dimitry (eds.): *Elgar Handbook on the Politics of Constitutional Law*. Edward Elgar, Cheltenham, 2023.

VEGA, Maximiliano y DONOSO, Nicolás: “¿Más o menos texto?: Cómo y por qué influye el tipo de extensión de una Constitución”. En: *La Tercera*, 15 de mayo de 2020. Disponible en: <https://www.latercera.com/reconstitucion/noticia/mas-o-menos-texto-como-y-por-que-influye-el-tipo-de-extension-de-una-constitucion/GCJX3XSFEZQ5DEKNNSIDL6AQQ/>

WALDRON, Jeremy: “A Right-Based Critique of Constitutional Rights”. En: *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 13, N° 1, 1993. Págs. 18-51.

WALDRON, Jeremy: “Judges as moral reasoners”. En: *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 7, N° 1, 2009. Págs. 2-24.

WALDRON, Jeremy: “Never Mind the Constitution”. En: *Harvard Law Review*, Vol. 127, No. 4, 2014. Págs. 1147-1173.

WALDRON, Jeremy: “Revisión de constitucionalidad de la ley y supremacía judicial”. En: *Anuario de Derecho Público*, N°1, 2015. Págs. 505-532.

WALDRON, Jeremy: “The Core of the Case Against Judicial Review”. En: *The Yale Law Journal*, Vol. 115, N° 6, 2006. Págs. 1346-1406.



WALDRON, Jeremy: *Law and Disagreement*. Oxford University Press, Oxford, 1999.

WALDRON, Jeremy: *Political theory*. Harvard University Press, Cambridge y Londres, 2016.

WEBER, Grégoire C. N: *The Negotiable Constitution: On the Limitation of Rights*. Cambridge University Press, Cambridge, 2009.

ZÚÑIGA, Francisco: “Constitución: el Estado social y las ‘cláusulas económicas y sociales’”. En: Asociación Chilena de Derecho Constitucional (Coord.): *Tránsito Constitucional: Camino hacia una nueva Constitución*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.