

**PROPUESTAS PARA UNA TRANSICIÓN
CONSTITUCIONAL ACORDE A PRINCIPIOS DE
DERECHO CONSTITUCIONAL CHILENO Y
COMPARADO**

Gonzalo García Pino¹

Abril 2022

¹ Doctor en Derecho U. Carlos III de Madrid y ex Ministro del Tribunal Constitucional (2011-2022). Profesor de Derecho Constitucional Universidad Alberto Hurtado.

INDICE

- A.- **La relevancia de la transición.**
- B.- **Un examen de normas sobre la transición.**
- C.- **Los problemas teóricos de la transición constitucional.**
- D.- **Las normas y los problemas de la transición constitucional chilena a partir de un análisis de constitucionalismo comparado.**

1. ¿Qué hacer con la Constitución vigente y qué se deroga?
2. ¿Qué pasa con las normas constitucionales viejas que no se contradicen con la nueva?
3. ¿Quién ejecuta la transición constitucional?
4. ¿Quién determina cómo se aplica el artículo 138 de la Constitución?
5. ¿Qué hacer con el ordenamiento jurídico que pasa a ser preconstitucional?
6. ¿Quién resuelve la contrariedad de una norma legal vieja con el nuevo ordenamiento constitucional? ¿Bajo qué criterios?
7. ¿A partir de qué momento entra en vigor la nueva Constitución y cuándo la transición?
8. ¿Cómo se establecen normas de conflictos independientes a la antigua o nueva norma constitucional?
9. ¿Cómo resolver problemas de transición en relación con sectores regulados?
10. ¿Cómo se afectan los derechos constitucionales, legales o contractuales a partir del cambio constitucional?
11. ¿Qué límites existen para dicha afectación? ¿Qué función cumple el artículo 135 de la Constitución vigente?
12. ¿Qué normas permanentes de la nueva Constitución pueden servir como criterios de resolución de conflictos transitorios y sus límites?
13. ¿Se puede limitar el poder constituyente derivado transitorio? ¿Cómo hacerlo?
14. ¿Cuál es la importancia de normas especiales, finales o de cuño permanente dentro de las transitorias?

- E.- **Resumen ejecutivo de sugerencias.**

A.- La relevancia de la transición.

La Convención Constitucional está trabajando en el tiempo extra de la prórroga. Los plazos se precipitan y a mediados de abril aún falta mucho por aprobar y, cuando se consolide un borrador, habrá de acometer su transición.

La transición normativa bien organizada y concretada es clave por dos razones. Primero, porque viabiliza el cambio constitucional al dialogar realmente con el ordenamiento vigente chileno mediante la imposición de límites normativos de los cambios, interpretaciones auténticas, costos fiscales, transformaciones legales condicionantes, requisitos, propuestas nuevas intermedias entre lo vigente y lo nuevo, derogaciones o todo tipo de especificaciones a las reformas que se impulsan. Y, en segundo lugar, porque la transición es un método de distribución de los tiempos, de la gradualidad y de las esperas. Esta metódica supone un determinado orden de realización.

Por el contrario, la transición mal propuesta puede devenir en el rechazo del texto constitucional propuesto. Muchas discusiones públicas centran el debate, pero el cómo y cuándo cambia el Senado, la Defensoría de la Niñez o el Tribunal Constitucional puede ser solo una organización de malas noticias, especialmente, si este cambio para varios resulta sorpresivo o si está en juego la mayor o menor continuidad del soporte institucional que habilita la transformación.

La propuesta constitucional puede tener mayor o menor libertad sobre la realidad del país y de su ordenamiento jurídico. La Convención tiene una autonomía amplísima para identificar ese texto que conquiste la voluntad del electorado. Pero no puede tener la misma libertad frente a las disposiciones constitucionales transitorias. La producción de estas normas debe confrontar realmente la Constitución y el ordenamiento vigente de un modo que la deje atrás, estableciendo los puntos de ruptura o continuidad con la mayor de las certezas y previsibilidades exigibles al derecho.

La Nueva Constitución se conecta con una cadena de legitimidad, que viene desde la antigua, en donde ésta prefigura todo el procedimiento que llevó a sustituirla. En esos textos residen los poderes de cambio. Por lo mismo, ésta rige hasta que nazca la Nueva Constitución, lo que obliga a sincronizar los efectos del mundo antiguo sobre el futuro y así como trapequista en un salto que debe calcular cuándo asir el listón a qué aferrarse, éste debe coordinar ese movimiento para no caer.

La falta de continuidad en el ordenamiento puede provocar una caída frente al horror del vacío y esto supone establecer un mapa constitucional, legal, fiscal e institucional de completamente todos los cambios sin que queden piezas desajustadas. Es razonable pedirlo porque es inaceptable la improvisación. Mal resuelta la transición, la Constitución nace débil. Esto no es como los niños que deben aprender a caminar. Una Constitución tiene

tiempos de espera porque ella misma los organiza para caminar bien desde el inicio. Eso es continuidad jurídica a paso firme.

Pero la transición también es cambio. Si lo permanente de la Constitución es identificar ese sistema que operará en plenitud a partir de un determinado momento; las reglas transitorias se encargan de la ruptura.

Si la futura Constitución ofrece un panorama de virtudes y críticas prospectivas en abstracto, lo transitorio no resuelve el desafío de la prueba de una libra de carne de Shylock, el personaje creado por Shakespeare en El Mercader de Venecia. Con un bisturí transitorio se ofrecerá la prueba del desgarrar del anterior ordenamiento produciendo efectos visibles.

Esta es la generalidad de las disposiciones transitorias de los países que han sustituido sus Constituciones. Así en Alemania, en su Ley Fundamental esas normas reflejan un continuo de efectos de la Segunda Guerra Mundial verificado en refugiados, expulsados, pérdidas de nacionalidad, integración territorial de una Alemania desmembrada, sucesión jurídica del patrimonio del Reich, etc. La experiencia nazi y la unificación alemana en un gran capítulo. Las reglas transitorias de la República Eslovaca como testimonio de su escisión jurídica y política con la República Checa. O España con la difícil distinción entre territorios forales y su implementación autonómica. O Panamá con la integración administrativa del manejo del Canal y sus reglas del juego.

Podría seguir, pero es clara la historicidad de cómo asoman las disposiciones transitorias en otra tesitura de la discusión. Es ingeniería de detalle o grandes delegaciones al futuro mediante plazos, reservas al legislador o gradualidades mediadas administrativamente.

En consecuencia, las normas transitorias no son los créditos finales de la película. Ni menos unas normas últimas con las que se cierra el proceso. Son aquellas normas con las cuales se abre paso la nueva Constitución. Ésta camina de la mano de su transitoriedad porque solo allí aparecen los desafíos reales de su fuerza normativa.

El diseño institucional toma tiempo porque se confronta con el denso ordenamiento y no con la transparencia del futuro. Ya existió un problema reglamentario sobre la única norma transitoria que se votó en el pleno antes de tiempo. Si es asunto de pleno o de una Comisión de Armonización más cercana a una Comisión Mixta, es una cuestión que al final, siempre ha de sustentarse en una aprobación general de pleno. Por lo mismo, la idea de una Comisión Especial sobre la Transición es una buena iniciativa.

La transición es amplísima y ello acontece en todos los planos. Desde los nuevos derechos fundamentales que tienen un evidente impacto institucional y también tiene un costo fiscal. La provisión de medios para el cumplimiento de los derechos sociales; para el desarrollo de las telecomunicaciones, servicios de conectividad y tecnologías de la información y comunicación; para la nueva organización estatal y social, etc. Para qué decir

en los sectores regulados a los que se les puede imponer un cambio en las reglas del juego en materia de derechos de agua, concesiones mineras o administrativas, entre otras, dimensiones.

Existen dos fuentes de acopio para la construcción de la transición. La propia historia nacional y, seguidamente, el Derecho Constitucional Comparado.

Desde la historia constitucional chilena, he de recordar que existe una incipiente y creciente tradición chilena sobre disposiciones transitorias en sus principales Constituciones históricas. Su uso se amplía en cada ciclo y en ellas se sedimentan algunas reglas que vale la pena tener presente, según el siguiente cuadro:

Disposiciones transitorias en las Constituciones chilenas

Constitución	Originales	Definitivas
1833	4	7
1925	10	23
1980	29	79 (50 vigentes)

Hay métricas para identificar cuándo el diseño constitucional propuesto contuvo errores. Las dos maneras de medirlo es examinando aquellas instituciones que nunca llegaron a nacer porque simplemente fueron eliminadas antes de su vigencia. En los ejemplos chilenos, está la facultad de disolver la Cámara de Diputados por una sola vez (artículo 32, N° 5 de la Constitución de 1980 original) o la concurrencia de voluntad del Presidente de la República para disminuir sus facultades (artículo 118 de la Constitución original).

Otra forma de medirlo es el período que media entre su entrada en vigor y la primera reforma constitucional. Por cierto, que la cantidad de reformas también es muy relevante.

Continuidad y cambio en las Constituciones chilenas

Constitución	Primera reforma	Leyes de reforma	Normas reformadas
1833	1865	8	45
1925	1943	10	63
1980	1989	60	321

Cabe constatar en el caso de la Constitución vigente que la gran reforma de 2005 fue la N° 18 y que 42 leyes de reforma están asociadas a sus contenidos permanentes. Dieciocho de ellas, se vinculan al proceso de nueva Constitución así como a efectos relativos a la pandemia. La determinación del número de normas constitucionales reformadas de la Constitución vigente siempre es objeto de debate acerca de su exacta contabilidad, pero

verificadas en el cambio específico constan 321 modificaciones, teniendo en su actualidad 200 artículos (150 permanentes y 50 transitorios)

Del mismo modo, otro punto de vista interesante del proceso constitucional histórico es el efecto que pueden producir normas transitorias particulares sobre las permanentes. El ejemplo está en los estados de excepción constitucional de esta misma Constitución, los que fueron sobrepasados por el exceso de su imposición bajo la dictadura y por la aplicación de la disposición 24° transitoria, paradigma de la arbitrariedad. Nunca se aplicaron hasta varios años después de su reforma integral, con ocasión del terremoto de 27/F del 2010.

La relevancia de las disposiciones transitorias reside en su capacidad de resolver problemas existentes, de anticiparse a los previsibles y de establecer un mecanismo que deje encaminada la solución a los eventuales. Por el contrario, el pensar que una solución sea dejarlos entregados a una resolución judicial o interpretativa, es una opción, pero sus consecuencias son claras. La Constitución pierde fuerza normativa por sí misma, se debilita en interpretaciones que tardan en llegar.

Cabe preguntarse dentro del exhaustivo esquema que se ha de afrontar, ¿qué pasará con toda la actual legislación orgánica constitucional y con las leyes de quórum calificado? ¿Qué aspectos de las disposiciones transitorias históricas se han de adoptar como criterios generales? Por ejemplo, la adelantada disposición en su tiempo que decretó la Ley de Efecto Retroactivo de las Leyes (1861) en su artículo 12 y que fue ampliado para el derecho constitucional por la disposición segunda transitoria sobre la subsistencia de los derechos previos, salvo en lo relativo a goces, cargas y extinción los que se rigen por la nueva normativa. ¿Podrá ser un criterio que se mantenga vigente para un conjunto de transformaciones que ha impulsado la Convención Constitucional?

Asimismo, está en juego la interpretación del artículo 135 con sus límites. No parece razonable que se desconozcan los alcances de los tratados internacionales, puesto que se trata de autolimitaciones que han sido adoptadas de buena fe y que obligan. El Estado de Chile garantizó ante la comunidad internacional que “el texto de Nueva Constitución que se someta a plebiscito deberá respetar el carácter de República del Estado de Chile, su régimen democrático, las sentencias judiciales firmes y ejecutoriadas y los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.”

No es posible afirmar que, a la vez, todos esos tratados aparecen respetados ante la comunidad internacional, pero, para el ámbito interno, promover normas u actos que unilateralmente desconocen sus contenidos.

Las transiciones no son neutras. En ellas mismas se contiene la clave de éxito de la transformación. Si la norma transitoria es en buena medida derecho, el manejo de los tiempos es parte de la travesía política. Lo esencial es llevar el barco a puerto. Si demora o si toma viento fuerte de impulso o lo circunda en recovecos amplios, será parte de la

destreza de quiénes lo conducen, cuestión para lo cual también hay que organizar la implementación constitucional mediante sus protagonistas identificados en una norma transitoria (mezcla de convencionales, legislador, órgano ad hoc, Ejecutivo, etc.). Y así como en una misma raíz etimológica, la noción de travesía de un barco se asocia a timón, a gobernar y a cibernética. Al conducir, con la carga equilibrada, con los instrumentales de esta época y las amarras ajustadas de toda la Constitución propuesta, habrá que tomarse los tiempos adecuados porque la mar está brava.

B.- Un examen de normas sobre la transición.

No existe un recetario de criterios para realizar una transición entre un ordenamiento jurídico bajo una determinada Constitución y su sustitución por una nueva Carta Fundamental. Pocas cuestiones dependen más del sentido contingente y político del cambio que impulsa el poder constituyente.

Sin embargo, la transición tiene niveles diferentes y respecto de las cuales el artículo 138 de la Constitución vigente se dedica a especificar algunos de ellos, pero está lejos de ofrecer una comprensión completa de todos los problemas jurídicos que se derivan de la transformación constitucional que fluye detrás de la propuesta que está articulando la Convención Constitucional.

Este es un trabajo realizado para la Convención Constitucional, sin mediar encargo de ésta, y se basa en una investigación más extensa sobre el Derecho intertemporal y las disposiciones transitorias en el Derecho Público en diversos ordenamientos constitucionales del mundo y que concluirá en un libro a ser publicado en el segundo semestre de este año en el que se abordarán las disposiciones transitorias específicas que se deriven de la presente propuesta constitucional, además de un marco teórico sobre los procesos de aplicabilidad temporal de una nueva Constitución con una óptica preferente de Derecho Constitucional Comparado.

Más allá de cómo se aplicarán todas las innovaciones, esas reglas nuevas suponen un modo especial de inserción en el nuevo ordenamiento que es el que, a la vez, constituyen y predeterminan. Ese acto es complejo porque por decisión constituyente vinculan todo el futuro a partir de la vigencia de la Nueva Constitución y de las disposiciones transitorias que las ponen en ejecución. Pero, a la vez, subordinan un ordenamiento jurídico pasado que de ninguna manera han contribuido a producir. Por lo mismo, el principio inicial supone cambio constitucional y continuidad del ordenamiento jurídico infra constitucional.

En este sentido, durante esta indagación aparece nítido un conjunto de orientaciones de mínimos sobre cómo puede establecerse un cierto marco de la transición más allá de lo que dispone el artículo 138 de la Constitución.

Esas guías o sugerencias no pueden ser escondidas a la espera de la propuesta de texto constitucional y el propósito sencillo de este trabajo es disponer el conjunto de

problemas y las normas respectivas que los resuelven y que puedan ser analizados con anterioridad al examen final de las normas transitorias. Asimismo, es probable que se especifiquen algunos dilemas que no tienen una solución sencilla. Omitiremos las referencias bibliográficas que sostienen estas notas, con la salvedad de las normas constitucionales extranjeras que referiremos, y tampoco argumentaré con profundidad, cuestión sobre la cual nos extenderemos en el libro que está en gestación.

El objetivo de este texto, en consecuencia, no será referirme a cambios concretos propuestos y su examen transitivo, salvo para ejemplificar uno que otro asunto, y se centrará en una especie de “derecho constitucional sobre la transición”, las que vale la pena considerar antes de que concluya el proceso de deliberación de la propuesta de Nueva Constitución.

C.- Los problemas teóricos de la transición constitucional.

La concurrencia de cuestiones propias de la teoría jurídica; de la génesis y evolución del ordenamiento y de la historicidad de un sistema constitucional real y vigente, dan el horizonte normativo de los problemas teóricos y prácticos de la transición constitucional.

Desde la teoría del derecho, el cambio constitucional debe ofrecer una solución normativa que establezca un orden básico. Si no lo produce se sitúa en un ámbito de ensayo constitucional exploratorio que perpetúa inestabilidad. Por eso, siguiendo a Hart, el orden buscado obedece a una idea amplia de seguridad jurídica que incorpora una dimensión de certeza y previsibilidad al servicio de la libertad e igualdad que articula el ordenamiento constitucional.

Así un sistema jurídico tiene dos tipos de normas: las primarias o básicas que son las dirigidas a todas las personas permitiendo que realicen u omitan ciertos actos, de un modo tal que estas normas predeterminan el orden buscado. Por el contrario, las secundarias, se subordinan a las primarias, pero organizan el derecho con variadas reglas. En primer lugar, con la regla de reconocimiento que establece qué normas pertenecen al sistema y forman parte del Derecho; las normas de cambio, que indican cómo se pueden modificar y crear nuevas normas y quién puede hacerlo, y las normas de adjudicación o de juicio, que establecen los órganos que deben decidir si se ha infringido o no una norma primaria y fijan las consecuencias de ello.

En tal sentido, el primer problema es que una nueva Constitución incide en el nivel máximo de la reformulación de la regla de reconocimiento² del sistema jurídico chileno, esto es, de identificar qué normas pertenecen al nuevo sistema jurídico y su cadena de razonamientos. Al establecer, constituir o reconocer nuevas normas primarias se obliga a resignificar todo el ordenamiento de un modo tal que éste se subordine a los nuevos

² No entraré aquí en el carácter metajurídico de la regla de reconocimiento.

contenidos. Para ello, hay que recurrir a las normas de cambio que son aquellas que realizan dicha articulación y sobre las cuáles me centraré.

Las normas de cambio del ordenamiento constitucional suponen proponer (para poder resolver después), desde ya las vías que permitan que el nuevo ordenamiento constitucional se asiente.

Desde el punto de vista de la evolución normativa; el derecho no son puras reglas estáticas, sino que contiene en su seno dimensiones dinámicas puesto que el ordenamiento se prueba día a día en su vigor práctico. Por lo mismo, en la génesis de la Nueva Constitución hay que tener presente la perspectiva evolutiva, especialmente, de las normas constitucionales. En tal sentido, el texto fundamental tiene en su ADN las huellas que le permiten nacer, crecer, desarrollarse y envejecer. Si se promueve un orden estable no puede surgir con debilidades que le acorten su ciclo normativo. Las herramientas claves para la adecuada renovación normativa constitucional son variadas: a) normas con conceptos abiertos y con una cierta ambigüedad normativa así como principios generales; b) remisiones normativas al legislador y a otros centros de innovación normativa; c) incorporación de cláusulas esclusas cuyo propósito es acentuar la normación sociológica de cuestiones como las buenas costumbres, el orden público o el Estado Social y Democrático de Derecho; d) las normas pétreas o con vocación de eternidad, que reflejan las líneas rojas de lo no reformable; e) las normas de excepción constitucional que mal llevadas pueden desbaratar la estabilidad constitucional; f) las normas de reforma constitucional y su adecuada dosis de flexibilidad y rigidez; y, finalmente, g) las normas sobre la transición, las disposiciones transitorias y las reglas especiales que coordinan un ordenamiento constitucional saliente con el entrante.

Por último, no se trata solo de dimensiones teóricas ni de factura normativa aséptica de la nueva Constitución. La historicidad de cada proceso constitucional identifica los límites y problemas que se derivan de cada una de las reglas reformadas. Sin embargo, hay que hacerse cargo de lo que puede hacerse o no con el derecho constitucional transitorio a partir de la aplicación práctica en Chile. Eso es también parte del horizonte de los problemas.

D.- Las normas y los problemas de la transición constitucional chilena a partir de un análisis de constitucionalismo comparado.

Los problemas que resolver son los siguientes, aunque en un orden que no sugiere jerarquización de estos:

1. ¿Qué hacer con la Constitución vigente y qué se deroga?
2. ¿Qué pasa con las normas constitucionales viejas que no se contradicen con la nueva?
3. ¿Quién ejecuta la transición constitucional?
4. ¿Quién determina cómo se aplica el artículo 138 de la Constitución?

5. ¿Qué hacer con el ordenamiento jurídico que pasa a ser preconstitucional?
6. ¿Quién resuelve la contrariedad de una norma legal vieja con el nuevo ordenamiento constitucional? ¿Bajo qué criterios?
7. ¿A partir de qué momento entra en vigor la nueva Constitución y cuándo la transición?
8. ¿Cómo se establecen normas de conflictos independientes a la antigua o nueva norma constitucional?
9. ¿Cómo resolver problemas de transición en relación con sectores regulados?
10. ¿Cómo se afectan los derechos constitucionales, legales o contractuales a partir del cambio constitucional?
11. ¿Qué límites existen para dicha afectación? ¿Qué función cumple el artículo 135 de la Constitución vigente?
12. ¿Qué normas permanentes de la nueva Constitución pueden servir como criterios de resolución de conflictos transitorios y sus límites?
13. ¿Se puede limitar el poder constituyente derivado transitorio? ¿Cómo hacerlo?
14. ¿Cuál es la importancia de normas especiales, finales o de cuño permanente dentro de las transitorias?

La idea es poder despejar sintéticamente estos problemas

1. ¿Qué hacer con la Constitución vigente y qué se deroga?

Uno de los efectos de la aprobación de la nueva Constitución y su entrada en vigor es que, a partir de la publicación en el Diario Oficial de este texto, en esa “fecha, quedará derogada la presente Constitución Política de la República, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado se encuentra establecido en el decreto supremo N° 100, de 17 de septiembre de 2005.”³

La claridad del precepto es más aparente que real y, en el examen de su literalidad, ha surgido una polémica acerca de cuáles serían las reglas constitucionales que efectivamente se estimarían “derogadas” expresamente por la vigencia de la nueva Constitución.

El dilema es doble. Por una parte, el entendimiento de limitar la derogación de la “presente Constitución Política de la República” a aquella establecida en “el decreto supremo N° 100, de 17 de septiembre de 2005”. Y una segunda cuestión sería el alcance normativo mismo de la propia derogación.

Todos sabemos que las reformas constitucionales posteriores al año 2005 se cuentan por decenas abarcando un conjunto muy variopinto de reglas, incluyendo aquellas que condujeron a sustituir la propia Constitución, entre tantas otras que se pueden comentar.

³ Inciso décimo del artículo 142 de la Constitución.

Algunos entienden⁴ que se trata de una hipótesis muy defectuosa de derogación, puesto que, al no ser taxativa, produce incertezas y termina siendo indeterminada. Por ello, habría una especie de dos mecanismos derogatorios, el expreso hasta las reformas del 2005, y uno orgánico hasta el mismo segundo semestre del año 2022 donde hipotéticamente se tendría la nueva Constitución, esto último basado en el numeral 7° del Acuerdo conducente a la sustitución de la Carta Fundamental.

Creo que esto está resuelto en la propia Constitución de 1980 en el inciso final del artículo 129 de la misma, relativo a todas las reformas constitucionales. La regla sostiene que “una vez promulgado el proyecto (de reforma constitucional) y desde la fecha de su vigencia, sus disposiciones formarán parte de la Constitución y se tendrán por incorporadas a ésta”.

En consecuencia, la remisión al Decreto Supremo N° 100 de 17 de septiembre de 2005 que contiene el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Constitución integra todas y cada una de las reformas constitucionales realizadas con posterioridad a esa fecha, por mandato directo del inciso final del artículo 129 de la propia Constitución.

2. ¿Quién deroga? ¿Qué pasa con los contenidos constitucionales antiguos que no se contradicen con la nueva?

Dos cuestiones son relevantes. Una es la derogación del cuerpo normativo denominado “Constitución Política de la República de Chile” y en particular, de su D.S. N° 100 que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la misma. ¿Los efectos de esta derogación se produce por el procedimiento de la antigua Constitución o por decisión constituyente establecida en la nueva Constitución? La otra cuestión es saber si las normas constitucionales antiguas, individualmente consideradas, pueden subsistir fuera de su continente derogado.

Para resolver estos dilemas interpretativos hay algunos institutos jurídicos que contribuyen a decidir sobre esas normas constitucionales antiguas. En tal sentido, hay figuras relativas a la vigencia de las normas, a su caducidad, a su derogación, o a su integración mediante la recepción. Del mismo modo, podemos encontrar en la categoría de normas transitorias, aquellas que realizan una vacancia constitucional, imponen un efecto repristinatorio que no es lo mismo que realizar una repristinación. En todas estas figuras adquiere un papel central el uso de la retroactividad, a veces de ultractividad o derechamente de técnicas como la desconstitucionalización.

La derogación total de la Constitución actual es, aparentemente, su última decisión normativa. Sin embargo, puede no ser la última definición, porque más allá de que en ésta reside el procedimiento que concluye en su derogación, el verdadero poder derogatorio se produce por una decisión del poder constituyente popular en el plebiscito de salida respecto

⁴ Agüero San Juan (2020).

de la propuesta de la Convención Constitucional, conforme al principio de continuidad institucional.

Sin embargo, cuando se cambia una Constitución no se tiene por ese solo acto un nuevo ordenamiento. La fundación de la Nueva Constitución contiene el acta de nacimiento de un sistema normativo diferente respecto del que venía siendo, y, por lo mismo, está rodeado de a lo menos dos actos jurídicos simultáneos: de creación y de derogación.

Con la derogación de la Constitución, para algunos autores ha subsistido la idea de que pueden pervivir algunas normas que, en línea de principio, no serían consideradas en el nuevo texto, pero que tampoco se oponen a él. Es una discusión propuesta por Esmein y continuada por Schmitt, que entienden que simplemente hay un reordenamiento del sistema de fuentes que llevaría a que esas normas pasen a ser simplemente leyes. Así, por ejemplo, el Consejo de Seguridad Nacional podría mantenerse bajo otra consideración.

Por lo mismo, la necesidad de derogación es una decisión constituyente que debe estar integrada en la nueva ley fundamental porque es la única manera de acreditar que una parte del derecho constitucional anterior es recepcionado en el nuevo y otro es completamente desechado.

Lo anterior, no implica que no puedan adaptarse determinadas instituciones bajo criterios expresos de recepción.⁵ Asimismo, que exista repristinación sobre contenidos constitucionales antiguos, cuestión que la deliberación de la Convención Constitucional ha avanzado en el caso de los tribunales administrativos que fueron creados dos veces en el nivel constitucional, tanto en 1925 como en 1980, pero que jamás fueron puestos en práctica por omisión o derogación en 1989. Ahora son vueltos a traer a la vida del derecho. O que exista desconstitucionalización de algunos contenidos expresamente. Esto es, que sea el propio constituyente el que degrade una materia al plano legal, aunque pareciera que el movimiento inverso de sobreconstitucionalización es el factor que domina en las deliberaciones.

En lo práctico, se sugiere disponer de una regla de derogación expresa y nominativa del texto fundamental del ordenamiento constitucional anterior.⁶

3. ¿Quién ejecuta la transición constitucional?

La transición es una forma de travesía y desde siempre se ha asociado la política al arte de navegar (Sartori). La transición constitucional puede estar esencialmente en las disposiciones transitorias, pero no exclusivamente en ellas puesto que depende de la vigencia inmediata de la Constitución. La transición puede estar al servicio de variados

⁵ Tal puede ser el ejemplo del artículo 327.1.b de la Constitución de 1972 de Panamá.

⁶ Tales son los ejemplos de las Constituciones de Bolivia (disposición abrogatoria), Colombia (art.380), Costa Rica (art. 197), Ecuador (disposición derogatoria), Guatemala (art. 22 derogatoria), Honduras (art. 378), Paraguay (art. 1 transitorio)

propósitos. Puede ser una atenuación del cambio político, institucional o económico o una graduación de los conflictos normativos o territoriales.

Por esta razón, el determinar quién impulsa el proceso de constitucionalización del ordenamiento a partir de la nueva Carta Magna, supone una decisión política y no técnica.

Sin embargo, desde la perspectiva de la teoría jurídica en una dimensión de derecho comparado vale la pena mirar porque hay que transformarlo en regla de derecho.

Definida que sea el texto de una nueva Constitución, ésta debe contener el modo en que sus múltiples mandatos normativos se implanten en la sociedad llama a ser gobernada por dicho texto. El conjunto de reservas de ley, nuevos órganos estatales, coordinaciones, revisiones, contendidas de competencias, actos jurídicos en etapas intermedias de concreción, pero, normalmente, nuevos cuerpos legales, tomará un tiempo que dependerá también de esa gran determinación.

Una guía de las decisiones que se han de adoptar tiene que ver con quién realiza la transición y para ello examinaremos algunas fórmulas del Derecho Constitucional Comparado. Estos ejemplos aparecen disociados del régimen político y forma de gobierno que cada país representa. Lo cierto es que estas modalidades evidencian la distribución del poder y el carácter democrático o autoritario de la organización del poder.

La transición constitucional tiene cinco opciones de guardianes: a) la realiza el constituyente; b) la delega exclusivamente al legislador; c) creación de órganos ad hoc; d) delegación en el Gobierno o e) se define de un modo mixto con participación en grados variables del constituyente, del legislador o del Gobierno.

- a) La transición desde el constituyente puede ser un reflejo de decisiones detallistas o de ausencia de las mismas. En el primer caso, está el ejemplo de Brasil con el denominado Acto de las Disposiciones Constitucionales Transitorias que tenía 70 disposiciones originales y actualmente llega a 118. Peor, por otro lado, no hay transición y el constituyente define directamente la nueva Constitución como son los ejemplos de Croacia, Dinamarca o Estonia que carecen de artículos transitorios.
- b) La transición delegada en el legislador. La Constitución se limita a indicar todo lo nuevo y deriva toda la transición a un cuerpo normativo posterior para el cual, usualmente, le fija un plazo de cumplimiento e integración al ordenamiento. En tal sentido, algunos de los ejemplos que valen la pena recoger es el de la Constitución de Eslovenia que impone la transición mediante una ley especial.⁷ O el de la

⁷ Artículo 174 de la Constitución de Eslovenia: “Se promulgará una ley constitucional para desarrollar la presente Constitución y garantizar la transición a la aplicación de las disposiciones de la misma”.

Constitución de Finlandia en un plano similar.⁸ Quizás ésta es la única forma pura en que no hay intervención del constituyente en la transición. Hay otros casos en donde la transición es predominantemente legislativa y queda entregada de un modo determinado a la primera legislatura postconstitucional. Tal es la situación de Bolivia.⁹ Finalmente, está la concesión implícita de poderes de ejecución de la Constitución al propio legislador mediante la imposición de plazos que suponen o requieren de su intervención.¹⁰

c) Creación de órganos ad hoc. Se trata de casos en donde se confía en la guía de expertos que pueden estar o no vinculados a quienes redactaron la nueva Constitución pero que, en la práctica, son juristas que tienen un mandato autónomo desvinculado de la acción del constituyente salvo por las circunstancias de que su labor consiste en el desarrollo de sus mandatos o por haber sido elegidos por éstos. Uno de los casos en donde existe un conjunto de expertos, disociados de quienes desarrollaron los cambios constitucionales, es la Comisión ad hoc que implemente la nueva Constitución de Kenia de 2010.¹¹

⁸ Artículo 130 de la Constitución de Finlandia: “Entrada en vigor. La presente Constitución entrará en vigor el primero de marzo de 2000. Las normas necesarias para la ejecución de la Constitución se establecerán por ley especial”.

⁹ Lo mandata de dos maneras. Por un lado, en su segunda disposición transitoria imponiendo un plazo máximo de 180 días para sancionar la Ley del Órgano Electoral Plurinacional, la Ley del Régimen Electoral, la Ley del órgano Judicial, la Ley del Tribunal Constitucional Plurinacional y la Ley Marco de Autonomías y Descentralización. Y por la disposición transitoria quinta indicando que “durante el primer mandato de la Asamblea Legislativa Plurinacional se aprobarán las leyes necesarias para el desarrollo de las disposiciones constitucionales”.

¹⁰ Los ejemplos son variados, pero está la modalidad de Japón como uno de ellos: “Artículo 100: Esta Constitución entrará en vigor a partir del primer día después de transcurridos seis meses de la fecha de su promulgación. La promulgación de las leyes necesarias para la entrada en vigor de esta Constitución, la elección de los miembros de la Cámara de Consejeros, el procedimiento para la convocación de la Dieta y los demás procedimientos preparatorios necesarios para la entrada en vigor de esta Constitución pueden ser llevados a cabo antes del día señalado en el párrafo anterior.

¹¹ Este es el caso del Anexo VI (artículo 262) de la Constitución de Kenia de 2010 que en su punto 5 dispone la creación de la Comisión de Implementación de la nueva Constitución en los siguientes términos: “Comisión de Implementación de la Constitución. **1.** Se crea la Comisión para la Implementación de la Constitución. **2.** La Comisión estará formada como sigue: **a.** un presidente; **b.** otros ocho miembros. **3.** Los miembros de la Comisión: **a.** Incluirán personas con experiencia en la administración pública, los derechos humanos y las tareas de gobierno. **b.** No incluirá ninguna persona que haya sido parte del Comité de Expertos nombrados de conformidad con la Ley de Reforma de la Constitución de Kenia de 2008. **4.** Los artículos 248 a 254 se aplican a la Comisión. **5.** Una vez que la Comisión para la Asignación de los Ingresos se haya creado, la Comisión para la Implementación de la Constitución notificará la fecha de sus reuniones a esa Comisión, y un miembro de la Comisión para la Asignación de los Ingresos podrá asistir y participar en esas reuniones, sin derecho a voto. **6.** Las funciones de la Comisión serán: **a.** Vigilar, facilitar y supervisar el desarrollo de la legislación y de los procedimientos requeridos para implementar esta Constitución. **b.** Coordinar con el Abogado general del Estado y la Comisión para la Reforma del Derecho Keniata la preparación de la legislación requerida para implementar esta Constitución, para que el Parlamento determine el momento de su discusión. **c.** Informar periódicamente al Comité de Supervisión de la Implementación Constitucional sobre **i.** el progreso en la

- d) Transición por el Gobierno o el Poder Ejecutivo. Hay Constituciones que directamente entregan su desarrollo al propio Ejecutivo en el contexto de sus propios sistemas normativos. Esta preeminencia gubernamental, usualmente, se da por configurarse ellos mismos como el poder colegislador central. Un caso práctico es Jordania que en términos literales, en su última norma constitucional¹² dispone que “el Consejo de Ministros se encargará de la ejecución de las disposiciones de esta Constitución.”
- e) Transiciones mediante fórmulas mixtas. He descrito cuatro fórmulas, pero pueden existir tantas como criterios mixtos de organización de la transición. No es del caso realizar un examen exhaustivo de los mismos, sino que simplemente dar cuenta de la categoría de estas descripciones. En estas cuatro fórmulas cabe concebir las reglas mixtas de intervención en grados diversos del constituyente, del legislador, de comisiones ad hoc o del Gobierno que pueden resultar ser las modalidades habituales de configuración y diseño de la propia transición normativa entre la publicación de la nueva Constitución y la implantación del nuevo ordenamiento en términos efectivos. En general, en las modalidades mixtas prima el principio de colaboración entre distintos órganos y es una forma de concretización activa de contenidos que involucra a diversos poderes del Estado combinando pericia jurídica con garantía política de su aprobación. Un ejemplo más cercano a nuestra realidad es el de la Constitución de Colombia de 1991 con la creación de una Comisión Especial pero electa por la propia Asamblea Nacional Constituyente que sirve de base para la preparación de los proyectos de ley ante el Congreso incluso con poderes de iniciativa de ley.¹³

implementación de esta Constitución, ii. cualquier obstáculo a su implementación. d. Trabajar con todas las otras comisiones constitucionales para garantizar que la letra y el espíritu de esta Constitución sea respetado. 7. La Comisión para la Implementación de la Constitución se disolverá cinco años después de ser establecida o cuando haya sido implementada totalmente esta Constitución en opinión del Parlamento, lo que primero ocurra, pero la Asamblea Nacional puede prorrogar su vida mediante una resolución.”

¹² Artículo 131 de la Constitución de Jordania.

¹³ Artículo transitorio 6. Créase una Comisión Especial de treinta y seis miembros elegidos por cuociente electoral por la Asamblea Nacional Constituyente, la mitad de los cuales podrán ser Delegatarios, que se reunirá entre el 15 de julio y el 4 de octubre de 1991 y entre el 18 de noviembre de 1991 y el día de la instalación del nuevo Congreso. La elección se realizará en sesión convocada para este efecto el 4 de julio de 1991. Esta Comisión Especial tendrá las siguientes atribuciones: a. Improbar por la mayoría de sus miembros, en todo o en parte, los proyectos de decreto que prepare el Gobierno Nacional en ejercicio de las facultades extraordinarias concedidas al Presidente de la República por el artículo anterior y en otras disposiciones del presente Acto Constituyente, excepto los de nombramientos. Los artículos improbados no podrán ser expedidos por el Gobierno; b. Preparar los proyectos de ley que considere convenientes para desarrollar la Constitución. La Comisión Especial podrá presentar dichos proyectos para que sean debatidos y aprobados por el Congreso de la República; c. Reglamentar su funcionamiento. Parágrafo. - Si la Comisión Especial no aprueba antes del 15 de diciembre de 1991 el proyecto de presupuesto para la vigencia fiscal de 1992, regirá

Las transiciones normativas dependen de su definición política asociado al origen de la nueva Constitución, pero bajo algunas condiciones jurídicas. La Constitución como norma suprema debe ser eficaz y tener la fuerza normativa que le asegure que el cambio ha sido puesto en movimiento. Sin embargo, dicha transformación puede ser un requisito *sine qua non* en determinados sectores institucionales y en otras quedar sujeto al libre desarrollo de las fuerzas democráticas con impulso político. Por ejemplo, definir si el Estado regional depende de la delimitación territorial de éstos o, por el contrario, se inicia desde la actual configuración regional existente, son cuestiones que están en el seno de tal definición previa. Si las fuentes primarias requieren un plan de ejecución

4. ¿Quién determina cómo se aplica el artículo 138 de la Constitución?

El artículo 138 de la Constitución vigente establece tres tipos de mandatos de normas transitorias. Una relativa a la imposición de plazos de vacancia para la entrada en vigor de determinadas normas o capítulos de la Constitución. Otra relativa al impedimento de poner término anticipado al período de autoridades electas democráticamente, salvo “que aquellas instituciones que integran sean suprimidas u objeto de una modificación sustancial”. Y, finalmente, el modo en “otras autoridades que esta Constitución establece cesarán o continuarán en sus funciones”.

Es previsible que exista controversia acerca del alcance interpretativo de lo que se entienda por “supresión” o “modificación sustancial” de instituciones democráticas, así como el efecto sobre otras autoridades de órganos del Estado no electos por votación democrática. El precepto con deficiencias de redacción los asocia a las “autoridades” y no a los órganos, y los restringe a aquellos que la Constitución “establece”, dejando en silencio todas las decisiones que podría y que va adoptando respecto de órganos que “desaparecen” o que son eliminados.

Por ejemplo, ¿qué pasa en el caso de una modificación de la función legislativa que mantiene una cámara con mayores competencias, pero discontinúa la otra? Resulta evidente que hay un cambio sustancial, pero al estar asociadas ambas instituciones -como Congreso Nacional- al proceso de formación de la ley, mientras no se estipulen las normas legales constitucionales y legales que determinan cómo se produce derecho en Chile ni se configuren los mecanismos de la nueva cámara, parece también evidente que ha de primar el mandato democrático, sin ni siquiera enjuiciar cómo se ha de producir la organización legítima de la cámara de las regiones, cuestión básica para sostener la transformación. ¿Hasta cuándo? Hasta que se fije de modo independiente por el constituyente en norma transitoria o se delegue su decisión mediante un mecanismo definido del mismo modo.

el del año anterior, pero el Gobierno podrá reducir gastos, y, en consecuencia, suprimir o fusionar empleos, cuando así lo aconsejen los cálculos de rentas del nuevo ejercicio.”

La propia Constitución vigente impide reclamaciones relativas a las disposiciones elaboradas por la Convención Constitucional, pero nada obstaculizaría que conforme a las nuevas reglas generales se puedan establecer reclamaciones específicas a este alcance transicional, salvo que exista una interpretación auténtica en disposición transitoria que lo resuelva o aborde directamente, tanto en lo general como detalladamente por cada cambio institucional.¹⁴

5. ¿Qué hacer con el ordenamiento jurídico que pasa a ser preconstitucional?

Una nueva Constitución cumple con dos grandes finalidades. Por una parte, la Constitución nueva rige hacia el futuro derogando la vieja Constitución y, como consecuencia, subordina de otra manera todo el derecho vigente a la condición de preconstitucional. Esta condición supone el otro acto jurídico de recepcionar el ordenamiento establecido bajo otros ordenamientos constitucionales y garantizar la continuidad del sistema jurídico infra constitucional, salvo que se opusiera a los términos de la Ley Fundamental que se inaugura.

Casi todas las nuevas Constituciones se hacen cargo del derecho anterior y lo someten a una cláusula derogatoria innominada. En tal sentido, la norma que confronta al derecho anterior tiene un carácter genérico. Simplemente, un ejemplo, la República Eslovaca dispone en su artículo 152.1 que:

“las leyes constitucionales, las leyes y los reglamentos permanecerán en vigor en la República Eslovaca a menos que contradigan esta Constitución. Pueden ser modificadas y derogadas por las autoridades correspondientes de la República Eslovaca”.

La norma debe ser precisa en orden a requerir que el derecho preconstitucional sea “contraria” o que implique “contradecir” la nueva carta fundamental. No se puede establecer que “no sean conformes” con el texto constitucional que se crea, porque es evidente que gran parte de ese derecho tendrá contradicciones formales porque no se estableció bajo las “formas” o “conforme” al nuevo ordenamiento. En tal sentido, esta cláusula derogatoria del derecho anterior incompatible con la nueva Constitución es un elemento insustituible de los cambios con el objeto de evitar artificiosas interpretaciones de inconstitucionalidades formales. Por lo mismo, lo usual es que esta cláusula derogatoria general esté dentro de las últimas normas permanentes y en sí mismo no es derecho transitorio.

6. ¿Quién resuelve la contrariedad de una norma legal vieja con el nuevo ordenamiento constitucional? ¿Bajo qué criterios?

¹⁴ Ver disposición transitoria V de la Constitución de Uruguay.

Siguiendo lo anteriormente indicado, es fundamental definir qué órgano resuelve la contrariedad del ordenamiento anterior infra constitucional con el nuevo texto. Si nada se dice dicha contrariedad va a ser tramitada como “derogación tácita de normas legales” bajo competencia de todos los tribunales ordinarios de justicia.

Si, en cambio, la contrariedad se entiende como un conflicto de jerarquía de normas, dicha derogación se funda en un supuesto constitucional que debe ser tramitado como “inconstitucionalidad sobrevenida o sobreviniente”, siendo, en línea de principio, competencia del Tribunal Constitucional o Corte Constitucional a partir de las atribuciones que se le otorguen de impugnar en concreto o en abstracto la ley.

Respecto de la primera modalidad, hay que recordar que en el proceso de elaboración de la nueva Constitución se produce algo inevitable que se denomina el interconstitucionalismo, esto es, la interpretación del nuevo texto a partir de prácticas interpretativas del viejo texto. Mal que mal una nueva Constitución no erradica los conocimientos de los intérpretes y éstos los adaptan desde el único lugar en donde los concibieron y adquieren sentido.

En consecuencia, la suma de interconstitucionalismo más jurisdicción difusa puede llevar a una sujeción muy lenta del ordenamiento infra constitucional a los nuevos términos de la Constitución, cuestión que puede ser precavida por la centralización del fenómeno jurídico en una Corte o Tribunal Constitucional. Este es un conflicto normativo que se ha arrastrado en el tiempo y que cabe definir reduciendo incertidumbres. Es un asunto evidente de competencia de una Corte Constitucional habida cuenta del efecto producido por la aplicación de un criterio de máxima jerarquía.

7. ¿A partir de qué momento entra en vigor la nueva Constitución y cuándo la transición?

Esta determinación es esencial puesto que la Constitución tiene una vigencia inmediata y el artículo 138 de la Constitución vigente nos indicaría eso al otorgar poderes limitativos para establecer vacancias solo referidos a “normas” o “capítulos” y no a toda la Constitución. En consecuencia, no se puede imponer un plazo general de vacancia, como fue el caso de la Constitución de 1980, que se concedió seis meses sin darle fuerza normativa a sus mandatos.

Sin embargo, el propio artículo 138 es parte del viejo orden y quedará derogado, pero sus criterios implícitos parecen sostener la vigencia inmediata de la nueva Carta Fundamental con las excepciones que se establezcan nominativamente en la transición constitucional.

8. ¿Cómo se establecen normas de conflictos independientes a la antigua o nueva norma constitucional?

Es esencial tener claridad que la transición constitucional es un ejercicio competencial de auténtica ingeniería constitucional. No supone un papel binario entre mantener la solución del viejo orden fundamental o imponer las nuevas reglas que dimanen de la proposición normativa de la Convención Constitucional.

Por lo mismo, la transición en sí misma contiene disposiciones transitorias llamadas a resolver conflictos intertemporales. Lo que ordena el sentido de sus normas es su capacidad para orientar soluciones que pueden ser perfectamente independientes a una mera decisión de continuidad o de ruptura. La gradualidad en su imposición es signo que se va estableciendo la Constitución de un modo de implantación en el ordenamiento.

En consecuencia, no es extraño al proceso constitucional soluciones innovadoras. Así, a raíz de algunos casos propuestos de limitación de mandato por el cual las personas han sido designadas en un cargo público, puede acontecer que la regla pareja introduzca alteraciones sustanciales al número de integrantes de un determinado órgano, resulta evidente que ni la antigua norma ni la nueva tienen aptitud para resolver los casos particulares. De este modo, la construcción ad hoc permite una mezcla de continuo y novedad que asienta el criterio aplicable hacia el futuro.

En general, el derecho transitorio respecto de los hechos intertemporales es una secuencia significativa de soluciones independientes.

9. ¿Cómo resolver problemas de transición en relación con sectores regulados?

Las normas constitucionales permanentes pueden alterar las reglas del juego de determinados sectores o actividades económicas intensamente reguladas. De hecho, al momento de este trabajo se imponen obligaciones en materia de gestión de residuos; se prohíbe la función privada respecto del cumplimiento de penas y medidas privativas de libertad; se reconoce la función social de las cooperativas o se impone el acceso a información privada en el ámbito ambiental de conformidad a la ley. Por ahora, éstas son solo disposiciones o enunciados, pero aún no son normas jurídicas atendido su carácter principal en cuanto normas-fin más que reglas que aún carecen de la concreción suficiente para estimar su determinación y especificidad real.

Justamente, dentro de las reglas transitorias, una de las primeras determinaciones es estimar si la obligación o nueva regla está definida o se ha de esperar su concreción por parte del legislador, en cuyo caso, estará demás la existencia de una norma transitoria. En principio, la transitoriedad sólo aparece ligada a una vinculación de relación de medio a fin con una norma permanente.

En consecuencia, puede ser posible que la norma constitucional no inhabilite el funcionamiento de los sectores más sensibles, sino que ésta solo represente un título central para dicha innovación futura, la que se precisa de modo definitivo por el legislador.

Asimismo, dependerá de modo central de cómo se configuren las potestades legislativas y reglamentarias para la atribución definitiva del mandato constitucional.

Una cuestión central es que los sectores regulados se sostienen en una densa normativa que hace parte del derecho anterior pre-constitucional. Así, sólo será posible asumir estas derivaciones normativas cuando esa legislación pre-constitucional y, aparentemente, contradictoria con el nuevo texto constitucional, quede definitivamente derogada por el legislador o por decisiones jurisdiccionales en el ejercicio de competencias derogatorias o de inconstitucionalidad sobrevenida, según vimos, y dependiente del órgano jurisdiccional que se encargue de dicha labor.

10. ¿Cómo se afectan los derechos constitucionales, legales o contractuales a partir del cambio constitucional?

Dentro de los hechos intertemporales que puede regular el constituyente se encuentra el cambio de las reglas del juego o la configuración de nuevos derechos fundamentales que impliquen una redistribución de la carga de quiénes deben soportar el establecimiento de nuevos límites.

Una de las grandes incertidumbres que abre el proceso constituyente vigente tiene que ver con el efecto de titularidad de derechos de la naturaleza. Es el segundo país en el mundo en consagrarla después de Ecuador y establece en una síntesis, el derecho que se respete y proteja su propia existencia, así como el derecho a la regeneración, mantención y restauración de sus funciones y equilibrios dinámicos que comprenden los ciclos naturales, los ecosistemas y la biodiversidad. Sabemos que la cultura antropocéntrica, valor desde el Renacimiento, es puesta en cuestión porque toda actividad humana entra en una dimensión de conflictividad con la protección debida al medio ambiente y con los límites que ha impuesto a la propia civilización humana procesos como el cambio climático, la crisis hídrica o los deberes alimentarios. Hay actividades humanas insoslayables, pero hay otras que son parte de una actividad económica de subsistencia de nuestras sociedades. Este pacto con la naturaleza, antes se realizaba como objeto de protección y definiendo el derecho al medio ambiente como un derecho de las personas. Ahora viene propuesto como derechos de la naturaleza, pero bajo un régimen de titularidad vicaria que está pendiente de consagración y con deberes legales para imponer restricciones a derechos o libertades. La gestión de esa titularidad de derechos de la naturaleza será objeto de conflictos.

Pongo este ejemplo, porque el principio aplicable es la continuidad del ordenamiento el que ha sedimentado garantías a favor de ciudadanos, sociedades, empresas y comunidades que se traducen en derechos fundamentales, garantías legales o internacionales y reglas contractuales de protección. Es parte de la certeza jurídica el que estas garantías se respeten, pero también, es parte de la evolución normativa, el no impedir el cambio de un modo tal que se perpetúen reglas inconciliables con el ordenamiento nuevo.

En tal sentido, hay que distinguir entre el cambio de las normas del juego o afectaciones constitucionales indirectas, por ejemplo, en el ámbito regulatorio del agua que incidan en la disposición de dicho bien en otra actividad económica, como por ejemplo la minería; de las afectaciones de las garantías que cubren la actividad económica tal cual se está desarrollando hoy. Las normas constitucionales pueden afectar un sentido sustancial de un área de la economía, pero no puede innovar sustituyendo las garantías jurídicas, nacionales e internacionales, que permiten que esa área funcione hoy. La delimitación de un régimen pro-futuro respecto de una relectura de los hechos pasados o retrospectión de estos, esto es, una nueva valoración supone eso, sustituir una garantía por otra, pero no eliminarlas como si no hubieran existido. Esas protecciones suponen que la actividad está fortificada jurisdiccionalmente, tanto interna como externamente, pudiendo ocasionar una judicialización innecesaria.

Pero volviendo a las reglas del juego y no a sus garantías, es perfectamente posible que en una modalidad transitoria se despliegue un modo de régimen de coexistencia normativa de dos órdenes. Así, por ejemplo, hay casos en donde se ha extendido una visión del *statu quo* que nace como una garantía y que de eternizarse puede transformarse en una carga aún más desequilibrada. Tal es el ejemplo de la inadecuación de la justicia militar (artículo 83 inciso final de la Constitución en relación con el octavo transitorio de la actual Constitución) por resistencia a los cambios.

De este modo, en el ejercicio de restablecimiento de nuevas cargas hacia el futuro habrá que tener en cuenta esa dimensión transitoria pero también de los efectos perniciosos que implica no introducir los ajustes a tiempo. Asimismo, es fundamental la distinción entre norma sustantivo que cambia hacia el futuro de las garantías con las cuales estaba protegida una actividad. No obstante, al nivel de reglas de derecho transitorio solo caben aquellas que imponen una transformación que supone que nos encontremos frente a un hecho intertemporal auténticamente nuevo. Muchas veces, éstos aparecen después de las reformas legales y, no tanto, desde las normas constitucionales. Lo anterior, resulta claro cuando se contradicen con nuevos principios pero que exigen alguna articulación normativa infraconstitucional. No obstante, es una definición constituyente no exenta de límites, según veremos.

11. ¿Qué límites existen para dicha afectación? ¿Qué función cumple el artículo 135 de la Constitución vigente?

Los límites para el establecimiento de afectaciones a derechos fundamentales provienen de la misma Constitución que se está modificando. En consecuencia, garantías como la invocación del artículo 19, numeral 26°, en lo relativo a la posibilidad de imponer límites al legislador en su capacidad de restringir derechos constitucionales, ya no estarán. Aquí una buena cantidad de reglas del juego son modificadas por el propio constituyente mediante una reformulación sistémica de las mismas.

En tal sentido, los límites podrían provenir desde el mismo proceso constituyente. Para ello, se estableció una remisión a una cláusula de identidad constitucional acerca de un núcleo de lo no modificable que indica que “el texto de Nueva Constitución que se someta a plebiscito deberá respetar el carácter de República del Estado de Chile, su régimen democrático, las sentencias judiciales firmes y ejecutoriadas y los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes” (inciso final del artículo 135 de la Constitución). Sin embargo, “no podrá interponerse la reclamación a la que se refiere este artículo respecto del inciso final del artículo 135 de la Constitución” (inciso final del artículo 136 de la Constitución).

De este modo, la tarea de la Convención Constitucional es un ejercicio normativo de autolimitación sustancial para respetar el carácter republicano, democrático y con garantía de las sentencias judiciales ejecutoriadas y los tratados internacionales ratificados y vigentes. En tal sentido, todo intento para impugnar propuestas y decisiones de las comisiones o el pleno han devenido en reclamaciones rechazadas por los tribunales de justicia, siguiendo lo dispuesto por el artículo 136 de la Constitución.

¿Las mismas normas que cautelan a la Convención de la interferencia externa y sustancial sobre el proceso constituyente, no pueden proteger de la interferencia indebida de ésta sobre los derechos fundamentales de las personas reconocidos en tratados internacionales o en sentencias judiciales ejecutoriadas?

Entonces, ¿qué sentido práctico tienen esas normas que no serán parte de un orden que se acaba y que desde otro orden constitucional no tiene la pervivencia suficiente como para limitar decisiones futuras? Por lo mismo, cabría identificar algunas vías de solución o interpretación. Por de pronto, cabe auspiciar el deber de reiterarlas como límite en la nueva Constitución, siendo una opción definir como regla transitoria sostener que esos límites se han cumplido o se redefinen. Eso es reiteración en un efecto simultáneo de dos Constituciones, pero es parámetro de control para la Constitución futura.

La segunda posibilidad es consolidar el efecto interpretativo respecto de actos que han cumplido la plenitud de sus efectos, como es el caso de las sentencias judiciales firmes y ejecutoriadas y las normas de ejecución de los tratados internacionales. Una cláusula interpretativa podría ratificar, como norma transitoria, que en la concreción y ejecución del proceso constituyente jamás se podrán alterar los efectos ya producidos ni alterar los medios de aplicación del derecho internacional.

Por ahora, no están completamente determinados ni las facultades de establecer cláusulas interpretativas respecto de los tratados internacionales ni tampoco se han concluido un capítulo completo sobre derechos fundamentales u otras áreas con incidencia sobre los derechos en las Comisiones de Principios; Sistemas de Conocimiento; Sistemas de Justicia o Medio Ambiente y Economía. De este modo, nos encontramos frente a una eventualidad.

Sin embargo, cabe sostener que aún sin norma permanente (artículo 135) o sin la reiteración de esos criterios en una norma transitoria del nuevo proceso constitucional, es discutible que pueda producirse el efecto denunciado. La afectación sobre la cosa juzgada formal se da en tiempos de específico cuidado sobre los alcances de la producción de una cosa juzgada plena. En consecuencia, se estima que no se debieran dar casos en ningún ámbito. Y, asimismo, los modos de inaplicar el derecho internacional no son disponibles mediante reglas ajenas a las propias del Derecho Internacional. Pero el espíritu y la norma del artículo 135 debería cumplirse claramente.

Finalmente, hay un último argumento esencial que protege todo tipo de derechos reconocidos en tratados internacionales. El Estado de Chile se impuso autolimitaciones que implicaba respetarlos. Tal obligación ha de ser cumplida ante el Derecho Internacional y normas internas no pueden poner fin unilateralmente a esas obligaciones sin respetar las normas establecidas en el propio tratado o de acuerdo con las normas generales del Derecho Internacional. La buena fe es integral, tanto dentro del ordenamiento como de cara a sus compromisos internacionales libremente adquiridos.

12. ¿Qué normas permanentes de la nueva Constitución pueden servir como criterios de resolución de conflictos transitorios y sus límites?

Actualmente, es posible estimar que hay deberes generales del Estado; principios interpretativos y criterios orgánicos que facilitan el establecimiento de límites que no afecten los fines normativos y sustantivos que deben ser protegidos y que están reflejados en el artículo 135 de la Constitución.

Pese a que existen acuerdos y normas pendientes, es posible clarificar algunos puntos de partida que tienen incidencia sobre estos fenómenos transitorios desde una determinación permanente.

Desde el punto de vista de las cláusulas de obligaciones generales, la obligación estatal de “respetar, proteger, garantizar y promover la plena satisfacción y ejercicio de los derechos fundamentales, así como adoptar las medidas necesarias para eliminar todos los obstáculos que pudieran limitar o entorpecer su realización”¹⁵, supone que se abstenga de afectar posiciones jurídicas consolidadas como supondría desconocer el efecto de cosa juzgada de sentencias judiciales ejecutoriadas o de inhibir la protección garantizada mediante instrumentos internacionales ratificados y vigentes en Chile que son indisponibles unilateralmente. En consecuencia, los deberes de tránsito entre un orden constitucional y otro diferente, deben partir desde esta óptica de respeto de estos mínimos evitando ser el propio Estado, quién ponga obstáculos en situaciones normativas resueltas.

Ahora bien, no se trata solamente de una cláusula estatal genérica, sino que se ampara en un criterio interpretativo que es una modalidad sustantiva de entender la integración de

¹⁵ Artículo 2 de los Derechos Fundamentales.

los derechos fundamentales en un Estado de Derecho democrático, a partir del principio de progresividad y no regresión. En consecuencia, “el Estado debe adoptar todas las medidas necesarias para lograr de manera progresiva la plena satisfacción de los derechos fundamentales. Ninguna medida podrá tener un carácter regresivo que disminuya, menoscabe o impida injustificadamente su ejercicio.”

Es fundamental esta última determinación por cuanto el carácter potencialmente regresivo de algunas normas transitorias iría de frente en contra de esta determinación en el plano de los derechos fundamentales.

Asimismo, desde el punto de vista jurisdiccional, los conflictos de relevancia jurídica deben resolverse de “conformidad a la Constitución y a las leyes, así como los tratados e instrumentos internacionales sobre derechos humanos de los que Chile es parte”.¹⁶

Las interpretaciones conformes, constitucionales o convencionales, dependerán del tipo de problema a plantear. Por de pronto, todos los dilemas de aplicación de la fuerza de la cosa juzgada están resueltos a favor del impedimento de revisarlas. En tal sentido, están fuera de toda decisión pública porque “ningún otro órgano del Estado, persona o grupo de personas, podrán ejercer la función jurisdiccional, conocer causas pendientes, modificar los fundamentos o el contenido de las resoluciones judiciales o reabrir procesos concluidos”.¹⁷

Adicionalmente, el establecimiento de algunos criterios constitucionales que vienen de la Ley de Efecto Retroactivo de las Leyes puede tener algún campo de aplicación como ha acontecido en el caso de la minería en el pasado.

En consecuencia, existen normas hoy que permiten consolidar los límites que están establecidos en el artículo 135 de la actual Constitución.

13. ¿Se puede limitar el poder constituyente derivado transitorio? ¿Cómo hacerlo?

En este tipo de problemas hay dimensiones teóricas y prácticas.

En lo teórico, ésta es una de las grandes preguntas contemporáneas: ¿cómo concebir que normas que son constitucionales pueden ser estimadas inconstitucionales? Para ello, hay tres líneas que se han intentado para su objeción.

Primero, recurrir a la noción de que las normas constitucionales transitorias no serían “constitucionales” sino que mera ley¹⁸.

Segundo, que hay dos tipos de normas constitucionales, aquellas que reflejan su “identidad” (democracia, Estado de Derecho y protección de derechos fundamentales), y

¹⁶ Artículo 1 Capítulo Sistemas de Justicia.

¹⁷ Artículo 3 Capítulo Sistemas de Justicia.

¹⁸ STC 9797.

las demás. Existiendo normas de estas últimas que afecten su identidad, habría que disponer una dimensión interpretativa para rechazarlas.¹⁹

Tercero, la tendencia académica que concibe diversas modalidades que podríamos estimar reflejan un fraude contra los valores y normas constitucionales que se intentan establecer. Esta línea teórica se agrupa bajo la noción de “constitucionalismo abusivo”.²⁰

En mi concepto, detrás de esta última alternativa hay diversos tipos de discusiones relativas a las tendencias que erosionan el proceso democrático y que son de diferente entidad. En tal sentido, más allá de verificar casos, lo relevante es identificar prácticas que son propicias para generar efectos contrarios al interés democrático y republicano, pero en particular, aquellas decisiones que afecten el proceso regular de producción del derecho desde la Constitución.

En tal sentido, las prácticas que imponen tributos²¹, indemnizaciones²², delitos o responsabilidades fiscales mediante normas transitorias constitucionales, no es que sean inconstitucionales sustantivamente ni que sean normas de otra jerarquía, son deficiencias formales de la génesis de esas normas.

Para ello, sugiero mantener la categoría de disposiciones transitorias reservadas a la ejecución de reformas constitucionales del poder constituyente derivado. En consecuencia, no es posible limitar el establecimiento de una Constitución nueva que sustituye integralmente a otra, por el sinnúmero de situaciones sobre las cuales puede y debe pronunciarse. Sin embargo, parece razonable establecer limitaciones formales de ejecución de un tránsito mediante esta regla al poder constituyente derivado. No es que una norma constitucional transitoria pueda ser estimada contraria a la Constitución por razones sustantivas, eso sería desconocer el sentido de una norma transitoria constitucional, la cual puede ofrecer una solución distinta a un conflicto intertemporal que la mera mantención del statu quo.

El dilema es solo formal. Disponer de una atribución de la Corte Constitucional para que, durante la tramitación de una ley de reforma constitucional, pueda desestimar una norma del proyecto de ley que no se vincule con una reforma constitucional en curso. De este modo, se preserva la mantención de la arquitectura constitucional que diseñó el constituyente. Así un constituyente transitorio abarcará cualquier modalidad que implique realizar esa travesía, pero no una independiente y enteramente desvinculada de la Constitución, especialmente, si existe tal nivel de detalle del texto constitucional propuesto.

¹⁹ Caso de impedimento de re-reelección del expresidente Uribe, Corte Constitucional de Colombia.

²⁰ Landau (2013).

²¹ Capítulo 2, Disposiciones transitorias, artículo 196.2 de la Constitución de Suiza.

²² Artículo 54-A del Acto de las Disposiciones Constitucionales Transitorias de la Constitución de Brasil.

14. ¿Cuál es la importancia de normas especiales, finales o de cuño permanente dentro de las transitorias?

Finalmente, debería existir un apartado que diferencie las normas constitucionales transitorias de las especiales. Estas son las únicas independientes y obedecen a razones propias que las caracterizan mejor con su carácter “especial”, que no es ni permanente ni transitorio. Ejemplo, la norma primera transitoria argentina sobre las Islas Malvinas y otras.²³ No es norma permanente porque sería una especie de reconocimiento que no son parte de su territorio y no son transitoria porque es una aspiración que no tiene plazo ninguno hasta consolidar su completitud territorial.

O por iguales circunstancias, la continuidad de las Empresas que eran parte de la Gran Minería del Cobre, desde la nacionalización, y que hoy es Codelco y que no puede ser puesta en duda por norma alguna. De este modo, no es permanente porque el estatuto empresarial es una regla abstracta pero tampoco es transitoria porque Codelco es una empresa que representa la máxima expresión de la industria nacional. En tal sentido, es una norma especial en relación con la modalidad de dominio y concesión minera de la Constitución de 1980 y será especial en relación con cualquiera modalidad que se establezca sobre empresas estatales generales, puesto que esta norma garantiza la continuidad de un determinado hecho pasado.

En consecuencia, sugiero el establecimiento separado dentro de un gran capítulo de normas transitorias, todas aquellas que tienen un perfil independiente, especial y autónomo respecto de normas constitucionales permanentes como son los actuales ejemplos de Codelco²⁴ y de la Corte Penal Internacional.²⁵

E.- Resumen ejecutivo de sugerencias.

Este documento propositivo contiene un conjunto de sugerencias que no se involucran en la transición específica de cada cambio constitucional y se vinculan a algunas conclusiones que, esencialmente, desde el Derecho Constitucional Comparado debería tener una transición por sustitución constitucional. La fundamentación está hecha y solo cabe numerar las indicaciones:

A.- Decisiones político – administrativas.

1.- Crear una Comisión Especial para el diseño transicional.

²³ “Primera: La Nación Argentina ratifica su legítima e imprescriptible soberanía sobre las Islas Malvinas, Georgias del Sur y Sandwich del Sur y los espacios marítimos e insulares correspondientes, por ser parte integrante del territorio nacional. La recuperación de dichos territorios y el ejercicio pleno de la soberanía, respetando el modo de vida de sus habitantes, y conforme a los principios del derecho internacional, constituyen un objetivo permanente e irrenunciable del pueblo argentino”.

²⁴ Tercera disposición transitoria de la Constitución de Chile.

²⁵ Vigésimo cuarta disposición transitoria de la Constitución de Chile.

2.- Establecer un mapa constitucional, legal, fiscal e institucional de completamente todos los cambios que se derivan de la propuesta de nueva Constitución.

3.- Definir quién hará la transición constitucional, para lo cual tiene, a lo menos, cinco opciones de guardianes: a) la realiza el constituyente; b) la delega exclusivamente al legislador; c) creación de órganos ad hoc; d) delegación en el Gobierno o e) se define de un modo mixto con participación en grados variables del constituyente, del legislador o del Gobierno.

B.- Decisiones normativas.

1.- Distinguir en la propuesta de Nueva Constitución entre disposiciones transitorias y disposiciones especiales o finales, sea como capítulos o secciones diferenciadas de un solo capítulo final.

2.- Derogar expresamente la Constitución vigente.

3.- Establecer una norma derogatoria innominada que tácitamente derogue todo el derecho infra constitucional que resulte contrario al nuevo orden fundamental.

4.- Otorgar competencia ad hoc a un órgano especial para verificar el cumplimiento de los límites establecidos en el artículo 138 de la Constitución vigente en lo relativo al respeto del mandato democrático o la interpretación de cambios sustanciales. La alternativa es que, en el propio diseño institucional transitorio, bajo interpretación auténtica, se determine ese conjunto de instituciones que entran bajo esa categoría de cambios.

5.- Zanzar que los problemas interpretativos de posible contrariedad de una ley vieja frente a una nueva Constitución es competencia de una Corte Constitucional como efecto de una inconstitucionalidad sobreviniente y no como derogatoria de normas.

6.- Establecer explícitamente el mandato de aplicación inmediata de la nueva Constitución con las salvedades que se indicarán.

7.- Definir en la transición normas de conflicto ad hoc cuando no sea posible darle continuidad a la norma constitucional antigua ni se pueda concretizar la nueva.

8.- Identificar los grados de afectación de los derechos fundamentales y, especialmente, sus garantías internacionales, constitucionales y legales de modo que el establecimiento de una nueva Constitución no produzca regresividad y equilibre adecuadamente el interés constitucionalmente legítimo que produce la innovación. La constitucionalización de la regla sobre la subsistencia de los derechos previos, salvo en lo relativo a goces, cargas y extinción, los que se rigen por la nueva normativa, parece ser un criterio aconsejable.

9.- Reiterar los límites del inciso final del artículo 135 de la Constitución, especialmente, como regla de buena fe en la autolimitación del proceso constitucional ante la comunidad internacional.

10.- Disponer de una atribución específica para la Corte Constitucional con el objeto de limitar las prácticas abusivas del poder constituyente derivado y transitorio. De este modo, durante la tramitación de una ley de reforma constitucional, la Corte pueda desestimar una norma del proyecto de ley, por infracción formal, en la medida que no se vincule con una reforma constitucional en curso. De este modo, se preserva la mantención de la arquitectura constitucional que diseñó el constituyente original.

NO COPIAR