

# P.

puntos de referencia

CENTRO  
DE ESTUDIOS  
PÚBLICOS

EDICIÓN DIGITAL  
N° 605, MAYO 2022

POLÍTICA Y DERECHO

# Propuestas para la transición constitucional

GONZALO GARCÍA Y ANTONIO BASCUÑÁN



# RESUMEN

- De aprobarse el texto que proponga la Convención Constitucional en el plebiscito de septiembre próximo, se iniciará el desafiante proceso para ponerla progresivamente en vigencia. La forma en que esto se haga estará diseñada por las disposiciones transitorias. Hoy una comisión especial de la Convención trabaja en ellas.
- A la luz de la teoría y de la experiencia comparada y chilena, Gonzalo García hace un conjunto de sugerencias para ese diseño. Subraya la necesidad de que sea exhaustivo, una suerte de mapa constitucional que contemple todos los cambios que serán necesarios, sin que ningún elemento relevante quede afuera.
- También debe conocerse el derecho vigente, para contrastarlo con la nueva Constitución y determinar que sigue vigente del actual ordenamiento jurídico y qué, cuánto y cómo cambiará bajo el nuevo texto. Y hay un riesgo que debe evitarse: la judicialización excesiva.
- ¿Qué hacer con la Constitución vigente, entonces, y qué se deroga? ¿Qué pasa con las normas constitucionales viejas que no se contradicen con la nueva? ¿Quién determina cómo se aplica el artículo 132 de la Constitución vigente? ¿A partir de qué momento entre en vigor la nueva Constitución y cuándo la transición? ¿Se puede limitar el poder constituyente derivado transitorio? ¿Cómo? Éstas y otras preguntas guían la propuesta del profesor García.
- Antonio Bascuñán examina críticamente el razonamiento y conclusiones de Gonzalo García. Sus observaciones tienen que ver con las normas relativas a la vigencia de las normas constitucionales, a la vigencia de las normas infraconstitucionales preexistentes a la nueva Constitución y a la (in)aplicabilidad del cambio constitucional a las relaciones jurídicas preexistentes, entre otras.
- Echa de menos el profesor Bascuñán en las propuestas un principio de irretroactividad aplicable al cambio constitucional, algo que es tan necesario como difícil de construir.
- Y también discute el papel que el actual Tribunal Constitucional y la futura Corte Constitucional podrían tener en el proceso crucial entre el viejo y el nuevo orden constitucional.

**GONZALO GARCÍA** es abogado, profesor de Derecho Constitucional, Universidad Alberto Hurtado, y ex Ministro del Tribunal Constitucional.

**ANTONIO BASCUÑÁN** es abogado, profesor de Derecho, Universidad Adolfo Ibáñez y Universidad de Chile.

Transcripción de seminario “Propuestas para la transición constitucional”, celebrado el 9 de mayo de 2022 en el CEP. En él presentó Gonzalo García y fue comentado por Antonio Bascuñán. El seminario fue moderado por Macarena Granese (CEP) y su grabación está disponible en: <https://www.cepchile.cl/cep/noticias/notas-de-prensa/propuestas-para-la-transicion-constitucional>



## PRESENTACIÓN DE GONZALO GARCÍA

### 1. De lo que pasa en el tránsito de un documento sobre la transición

Hace poco más de un mes (16 de abril) remití a la Convención Constitucional un trabajo denominado “PROPUESTAS PARA UNA TRANSICIÓN CONSTITUCIONAL ACORDE A PRINCIPIOS DE DERECHO CONSTITUCIONAL CHILENO Y COMPARADO”, el que después circuló profusamente en el ámbito jurídico llamando la atención del Centro de Estudios Públicos para discutir acerca de la trascendencia de la discusión constitucional que venía añadida a este esfuerzo.

Se realizó un Seminario el 9 de mayo de 2022 el que contó con el comentario de análisis del documento del profesor Antonio Bascuñán el que se adjunta a esta publicación en un trabajo coordinado por Macarena Granese, investigadora del propio Centro de Estudios Públicos.

En el tiempo intermedio, la propia Convención Constitucional estableció que una de las iniciativas que era necesaria de introducir a su Reglamento era la creación de una Comisión sobre Normas Transitorias la que fue aprobada el 20 de abril del presente.

En el marco del proceso de colaboración pública que solicitó la propia Convención Constitucional, el Ministerio Secretaría General de la Presidencia emitió un documento de 55 páginas que da cuenta general de un cierto plan de la transición constitucional, en el cual se cita tangencialmente el texto de estas propuestas dentro de sus fundamentos.

Actualmente, la Comisión sobre Normas Transitorias se encuentra en pleno trabajo bajo la modalidad de una intensa organización que pretende dar cuenta de la construcción de una transición bajo la propuesta de normas transitorias generales, transversales, orgánicas y de priorización temática.

Este relato inicial, necesariamente posterior al Seminario del Centro de Estudios Públicos, da cuenta de una sucesión de hechos que se vinculan parcialmente a los planteamientos reflejados en el documento borrador sugerido a mediados de abril a la Convención.

**El Ministerio Secretaría General de la Presidencia emitió un documento de 55 páginas en el cual da cuenta general de un cierto plan de la transición constitucional.**

Por cierto, que ninguna de esas decisiones ni el proceso mismo está motivada en la propuesta. Si ello sucedió, aunque sea mínimamente, fue al margen de la opinión o el conocimiento personal.

Nada más desafortunado sería identificar logros intermedios de procesos o coincidencias, cuando el eje del documento se centra en la factura de la transición tomando resguardos normativos y produciendo algunas discusiones que provienen desde el constitucionalismo comparado y desde nuestra propia historia. Las contribuciones accidentales están más cerca de la necesidad de haber producido toda una discusión seria y profunda con todos los antecedentes sobre la mesa, en algo tan crucial como la sustitución constitucional.

## 2. Acerca de la motivación sobre reflexionar en clave transitoria

Como lo menciono en el propio documento, el trabajo es parte de un esfuerzo diferente, en medio de la deliberación sobre la nueva Constitución, que espero sea conducente a la publicación sobre un libro en materia de transición constitucional.

Acá recuerdo que se trata de un asunto que trae historia creciente y que debe ser abordado de una manera sistemática. El debate actual sobre transitorias es el enésimo que se tiene a la vista en nuestro ordenamiento.

Disposiciones transitorias en las Constituciones chilenas		
Constitución	Originales	Definitivas
1833	4	7
1925	10	23
1980	29	79 (50 vigentes)

De hecho, la discusión económico y social desde el año 2020 a la fecha ha estado dominado por la pulsión del retiro de los fondos previsionales los que han sido un factor tectónico de la política local y, en lo constitucional, un escenario de enormes complejidades teóricas y prácticas. Desde esas motivaciones surge el interés, primero, por verificar cómo el constitucionalismo comparado ha entendido este dilema y, a partir de esas lecciones, entender cómo podemos redefinir los términos de esa discusión. No obstante, en la teoría constitucional, en un ámbito que se refleja de modo central en el Derecho Constitucional aplicado de cada país, se trata de una de las áreas de mayor déficit de investigaciones y artículos.<sup>1</sup> El déficit constitucional generalizado no supone que no existan elementos comunes detrás de la teoría general del derecho. Existen múltiples criterios transversales. Sin embargo, la modalidad de su escritura ha sido fuertemente abstracta, compleja, y con reminiscencias de las teorías jurídicas que sostienen algo más que unas ideas sobre el tránsito entre un ordenamiento y otro. La cuestión constitucional obliga

<sup>1</sup> Parte de la literatura en español significativa son los trabajos de Sauca Cano, José María (2008), Cuestiones lógicas en la derogación de las normas, Fontamara, México D.F. Primera reimpression. Muñoz Machado, Santiago (2015), Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General, Tomo IV, El ordenamiento jurídico, cuarta edición, Ministerio de la Presidencia, Boletín Oficial del Estado. Azpitarte, Miguel (2008), Cambiar el pasado, Tecnos, Madrid. Requejo Pagés, Juan Luis (1998), Las normas preconstitucionales y el mito del poder constituyente, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid. Gascón Abellán, Marina (1994), "Cuestiones sobre la derogación", Doxa. Mendonca Daniel (2001), Exploraciones normativas, segunda edición, Fontamara, México D.F. Satrústegui, Miguel y Varela, Santiago (1979), "Constitución nueva y leyes viejas", Revista del Departamento de Derecho Político, N° 4, UNED.

no solo a reproducir esas discusiones de notable profundidad, pero difícilmente comprensibles para los ciudadanos comunes y corrientes. En cambio, en el orden de las cosas fundamentales, la respuesta de cuándo viene un cambio es algo de sencilla comprensión. ¿Cuánto debo esperar? y ¿En qué condiciones se produce un impacto de las reformas? son preguntas que deben suponer respuestas para todos.

Lo cierto es que la disciplina normativa del tránsito se ha hecho en ámbitos acotados del ordenamiento (Derecho Civil, Derecho Penal<sup>2</sup>, Derecho Internacional Privado y algunas dimensiones del Derecho Administrativo) y, usualmente, en la perspectiva del cambio de una ley a otra. Sin embargo, no se trata de una cuestión en donde las soluciones puedan ser trasladadas automáticamente e injertadas como soluciones parche. Acá nos encontramos frente a un cambio que se produce en la cúspide del ordenamiento y que tiene un múltiple influjo sobre todos los sectores del ordenamiento.

**Lo cierto es que la disciplina normativa del tránsito se ha hecho en ámbitos acotados del ordenamiento (Derecho Civil, Derecho Penal, Derecho Internacional Privado y algunas dimensiones del Derecho Administrativo) y, usualmente, en la perspectiva del cambio de una ley a otra.**

La clave transitoria se ha instalado más fuertemente de lo que uno percibe habida cuenta que se van debilitando los fundamentos permanentes sobre los cuales reposa el propio ordenamiento. En este sentido, hablo de ordenamiento y no solo de lo constitucional puesto que los efectos sistémicos de estos cambios son centrales, según explico largamente en el documento de propuestas.

### **3. De cómo llegar a la otra orilla**

La transición constitucional es un cuadro poblado de objetivos y es central destacar la profundidad de sus objetivos los que a continuación visualizo como los más relevantes.

1. Viabiliza el cambio constitucional: Necesidad de establecer un mapa constitucional, legal, fiscal e institucional de todos los cambios sin que queden piezas desajustadas. Este mapa no implica que todas las dimensiones que se cambian se traduzcan en una norma de cierre del borrador. Sin embargo, es el resultado de la exigencia natural de un proceso bien llevado el que se consideren todos los alcances de los cambios. “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 Constitu-

---

<sup>2</sup> Para el caso chileno el trabajo de Bascuñán Rodríguez, Antonio (2013), El derecho penal intertemporal chileno.

ción tiene tiempos de espera porque ella misma los organiza para caminar bien desde el inicio. Eso es continuidad jurídica a paso firme.”<sup>3</sup>

2. La exigencia de conocer el derecho vigente y la nueva Constitución. Así como es relativamente posible construir una nueva Constitución *ex nihilo*, las normas transitorias son insostenibles de diseñar así metodológicamente. Aquí no hay “página en blanco” posible. Hay algo más que historicidad normativa, sino que reglas que rigen y que continuarán perviviendo bajo el nuevo ordenamiento. Por lo mismo, la transición es la medida de la implantación constitucional nueva. Desde el punto de vista del mandato normativo, ésta tendrá tanta transición cuanto tanta innovación.

3. Hay una dimensión adicional para la preocupación. Uno de los objetivos es resolver ahora en vez de judicializar demasiado después. En esto, parto de la constatación que todos los procesos de cambio constitucional por sustitución producen judicialización. El relato de esta es la alteración de las reglas del juego, bajo mayor o menor imprevisión, pero sus efectos son centrales para el debate jurídico. La judicialización es una patología de la transformación y una secuencia de que hubo conflictos inevitables y otros inesperados. Desalentar los imprevisibles es también función de la transición, porque la judicialización no es el resultado de plan alguno. Es más, una solución judicial creativa, activista y sin tener en cuenta el marco general de la transición pueden desbaratar los propósitos generales o parciales de los cambios.

4. También es necesario distinguir entre la teoría general del derecho transitorio y la teoría especial. El documento que presento se orienta hacia la discusión transversal a todo el cambio constitucional, sus directrices básicas y la capacidad que desde esas normas se alumbren soluciones a conflictos que no logran ser identificados como fenómenos de transitoriedad. Incluso, lo relevante de este punto es que allí reside buena parte de la capacidad supletoria o subsidiaria de normas para resolver conflictos. Finalmente, los dilemas de la teoría especial del derecho transitorio siguen la regla de cada cambio propuesto por las Comisiones y que estén en el borrador de una forma que suponga una travesía desde su actual situación a la futura.

5.- Por último, cabe tener presente la Comisión de Normas Transitorias y el Procedimiento de Normas Transitorias. En cuanto a la Comisión hay que distinguir esta propuesta para la deliberación de las transitorias, la que se ha revelado como la Comisión más significativa, después de definido el borrador. Por el contrario, ésta no debe ser confundida con la Comisión de Implementación (Puesta en Marcha) de la nueva Constitución, que es una propuesta necesariamente posterior a la aprobación de la Constitución. En tal sentido, hay que valorar no solo la Comisión de Normas Transitorias como última creación, sino que también su apertura al mundo académico y público, mediante presentaciones que concluyeron el 16 de mayo recién pasado.

Por cierto, que el cumplimiento de estos objetivos en nada garantiza alcanzar la otra orilla, en el salto del gran charco, hay un proceso electoral que ya hace un tiempo arremete prematuramente.

---

<sup>3</sup> “Propuestas para una transición constitucional acorde a principios de derecho constitucional chileno y comparado”, pp. 3-4.

## 4. Las respuestas dependen de las preguntas correctas

El documento de proposiciones se orienta como un brevísimo manual de la mano de preguntas las que, con mayor largueza o brevedad, son respondidas conforme suponen una secuencia. Al hilo de sus respuestas el profesor Bascuñán ha introducido dudas, requiebros y críticas más omisiones que son entendidas como asentimientos a las propuestas, aunque no lo diga, porque su agudeza es central para la crítica y lacónica en el halago.

El documento plantea un conjunto variopinto de preguntas que no es del caso reproducir ampliamente aquí aunque sí, para efectos sintéticos de la exposición, vale la pena repasar el eje de esa argumentación.

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

Es consustancial a la sustitución constitucional el proponer la derogación expresa de la Constitución vigente. No obstante, el propio texto del artículo 142 de la Constitución introdujo una variable compleja al indicar con eventuales resultados favorables al apruebo de la nueva Constitución, que “a partir de esta fecha (publicación en el Diario Oficial), 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”. Con ello abrió la duda acerca de las 44 reformas constitucionales posteriores a las reformas del 2005. No obstante, el propio artículo 129 de la Constitución sugiere la solución al entender que aprobada una reforma y “una vez promulgado el proyecto y desde la fecha de su vigencia, sus disposiciones formarán parte de la Constitución y se tendrán por incorporadas a ésta.” De este modo, lo derogado es la totalidad de la Constitución vigente, pero dejando a salvo la decisión que el propio constituyente diseñe. Es evidente que debe dejar capítulos subsistentes y eso es parte de las otras dimensiones de la transición.

### 2. ¿Qué pasa con las normas constitucionales viejas que no se contradicen con la nueva?

En general, el principio que hay que ratificar una vez más es que la sustitución de la Constitución no trae aparejado el cambio del ordenamiento sino que la continuidad del mismo, salvo en lo que resulte incompatible con el nuevo ordenamiento constitucional. De este modo, resulta esencial establecer una norma derogatoria innominada que tácitamente derogue todo el derecho infraconstitucional que resulte contrario al nuevo orden fundamental y, a partir del mismo, incluir una suerte de regla de convalidación formal. De este modo, se trata de permitir la depuración de las normas contrarias y no de aquellas que no resulten “conformes” con el nuevo ordenamiento, puesto que tanto por la génesis, el quórum, y las alteraciones del sistema de fuentes lo usual será que las formas de producción del derecho no serán iguales. De este modo, una cláusula derogatoria innominada más una cláusula de convalidación formal colaboran a esa tarea.

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

El artículo 138 de la Constitución<sup>4</sup> dispone la única regla sobre normas transitorias que orienta un cambio constitucional. Y en este se desenvuelven tres tipos de problemas: reglas de vacancia limitadas a artículos o capítulos de la Constitución. Y normas sobre qué hacer con los mandatos democráticos, así como con las normas que afecten órganos del Estado no democráticos o constitucionalmente autónomos.

### El artículo 138 de la Constitución dispone la única regla sobre normas transitorias que orienta un cambio constitucional.

De su lectura se infiere un buen número de conflictos explícitos e implícitos. Dentro de los primeros, ¿cuándo se produjo un cambio sustancial de una institución? ¿Hasta dónde se respetan los mandatos democráticos? Y de los implícitos, ¿la creación de un organismo supone la fusión, absorción o discontinuidad de otro organismo público? ¿Son las “autoridades” las que cesan o los organismos?

En fin, de este volumen de conflictos parece necesario 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. Sabiendo lo difícil de realizar un renuncio de esta naturaleza al poder constituyente, parece que 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.

### 4. ¿Qué hacer con el ordenamiento jurídico que pasa a ser preconstitucional? ¿Resuelve la contrariedad de una norma legal vieja con el nuevo ordenamiento constitucional? ¿Bajo qué criterios?

En mi concepto, ésta es de las propuestas centrales relativas a zanjar de un modo definitivo 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. Aquí el profesor Bascuñán acusa, con justa razón al autor, una incongruencia en la propuesta puesto que no puede proponerse una solución desde la fórmula jerárquica como un conflicto en que debe predominar la solución por la vía de superior control desde la Constitución y, por ende, desde una Corte Constitucional. El punto es que ello se realiza a título

<sup>4</sup> Artículo 138: “De las normas transitorias. La Convención podrá establecer disposiciones especiales de entrada en vigencia de alguna de las normas o capítulos de la nueva Constitución.

La nueva Constitución no podrá poner término anticipado al período de las autoridades electas en votación popular, salvo que aquellas instituciones que integran sean suprimidas u objeto de una modificación sustancial.

La nueva Constitución deberá establecer el modo en que las otras autoridades que esta Constitución establece cesarán o continuarán en sus funciones.”

de “derogación”, esto es, como un clásico conflicto de sucesión de las leyes en el tiempo, otorgando competencia a la jurisdicción ordinaria para resolverla. Una solución de esa naturaleza torna en incompatible la alternativa. No obstante, esta contrariedad no es del autor. Es del ordenamiento vigente y de otros sistemas constitucionales que denominan derogación al efecto de contrariedad con el nuevo ordenamiento. Lo dice el actual artículo 94 de la Constitución y lo dicen otras Constituciones como la de España<sup>5</sup> o de Italia.<sup>6</sup> Por lo mismo, en el ámbito constitucional existe jurisprudencia nuestra que distingue entre ambos fenómenos derogatorios, el proveniente de decisiones de mérito, propiamente legislativos, de aquél que es consecuencia de una inconstitucionalidad.

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

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

Dentro de las preguntas que el constituyente transitorio debe promover es el establecimiento explícito del mandato de aplicación inmediata de la nueva Constitución con las salvedades que se indicarán. Lo central no es tanto que la Constitución rija *in actum* o que se postergue la entrada en vigencia de toda la Constitución, en algo que no sugiere indicarlo el actual artículo 138, pero que de acontecido no resulta cómo impugnarlo al no ser un vicio sustancial.

Lo central son las salvedades, especialmente, porque el nuevo Poder Legislativo no tiene cómo consolidarse pronto. De este modo, todo el proceso de formación de la ley se ve afectado y debe continuar bajo el procedimiento actual. Hay otras muchas normas que deberán pervivir del actual ordenamiento en el ámbito presidencial como regional, por manifestar algunos ámbitos.

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

La creatividad de la transición permite la proposición de normas diferentes a la vigente y a la propuesta. Esa flexibilidad es central para dar soluciones. De este modo, 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.

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

Una de las sugerencias que parece clave es 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.

<sup>5</sup> Disposición derogatoria 3.

<sup>6</sup> Disposición transitoria XVI.

El recurrir al estándar básico de los tratados internacionales vigentes y ratificados por Chile así como respetar las sentencias judiciales ejecutoriadas puede ser un largo camino por la vía de la judicialización para reconocer la intangibilidad de lo evidente. Una vía para evitar judicialización inútil es reiterando esos límites de una Constitución que quedará derogada.

### ¿Cómo se afectan los derechos constitucionales, legales o contractuales a partir del cambio constitucional? ¿Qué límites existen para dicha afectación? ¿Qué función cumple el artículo 135 de la Constitución vigente?

8. ¿Cómo se afectan los derechos constitucionales, legales o contractuales a partir del cambio constitucional? ¿Qué límites existen para dicha afectación? ¿Qué función cumple el artículo 135 de la Constitución vigente?

Este es uno de los problemas centrales y respecto de los cuales el documento se explaya poco porque supone soluciones propias de la transición de cada ordenamiento. No obstante, en lo general es central 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. El profesor Bascañán critica el uso de reglas privatistas en soluciones públicas. Y lo comparto, porque lo propuesto no supone que todas las soluciones a los conflictos de normas sigan ese derrotero. Dependerá del tipo de derecho y de la intensidad de las potestades de poder público involucrado, tanto previo como posteriormente al cambio constitucional.

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

El borrador del texto constitucional ofrece un sinnúmero de alternativas de invocación de criterios. Ya sostuve algunos como el principio de no regresividad o de progresividad de los derechos. Asimismo, me parece clave entenderlos en perspectiva integrada en donde hay derechos que fueron mantenidos, como el derecho de autor, pero otros devaluados, como el de propiedad industrial. El problema es que eso puede generar regresión en determinadas industrias culturales que dependen de licencias, programas informáticos y marcas que son parte de la propiedad industrial. Tal es la realidad de la música o del cine que, por efecto de las reglas de reciprocidad y normas de trato nacional regulados por los Convenios internacionales, pueden derivar en regresión del sector. Aquí debería haber interpretaciones protectoras.

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

Finalmente, en cuanto a las enormes dificultades y cuasi aporías que implica el limitar el poder constituyente derivado y transitorio, parto por reconocer que es un problema real en Chile. Por lo mismo, propongo 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.

**Propongo disponer de una atribución específica para la Corte Constitucional con el objeto de limitar las prácticas abusivas del poder constituyente derivado y transitorio.**

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

Por último, cabe 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. Allí podrá estar un conjunto de normas simbólicas que nada tienen que ver con la transición entre un ordenamiento y otro pero que son centrales para la solución normativa constitucional. Ya en el pasado se hizo con normas sobre la nacionalización del cobre o de la Corte Penal Internacional. Habrán otros dilemas para normas especiales.

## 5. El diseño transicional

Por último, el documento se orientó a un conjunto de proposiciones, algunas de ellas adoptadas o en vías de adopción. Por ejemplo, el establecer un mapa constitucional, legal, fiscal e institucional de completamente todos los cambios que se derivan de la propuesta de nueva Constitución, es un efecto interesante del esfuerzo por tomar en serio el proceso transicional tardíamente asumido. Una Constitución tan ambiciosa como detallista; tan prescriptiva como vaga en su requerimiento, suscita dudas permanentes acerca de si es necesario o no disponer una regla nueva.

Por lo mismo, ese plan maestro lo que sugiere es un mapa. No una ruta. Por ahora, eso es lo que está en juego y se ha avanzado en situarlo cada vez en una escala manejable.

Dentro de esto, la propuesta crear una Comisión Especial para el diseño transicional se especifica para la parte previa del proceso. Siempre está abierta la opción que durante la transición, una vez aprobada

una Constitución, deje operar libremente a las mismas normas vigentes. De este modo, habrá potestades reglamentarias para Comisiones de rigor, con sugerencias o producción normativa.

Pero en medio de todo, siempre estará presente el problema de 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.

Esas son las vías que surgen desde el constitucionalismo comparado. Todas tienen realidades políticas particulares. En todas pesará el mayor o menor poder de impulso del cambio o del retardo del mismo. En tal sentido, la transición de ser automática puede defraudar el proceso completo y de ser excesivamente gradual puede impedir un cambio necesario. Sabemos mucho de esa historia, lo que nos falta es seguir ensayando fórmulas normativas para hacer cambios sostenibles, progresivos, firmes y sin regresiones ni autoritarias ni de Estado de Derecho incompleto ni de restricciones de derechos fundamentales. Quizás lo único que no se puede cambiar es la necesidad de hacerlo.



## LAS NORMAS TRANSITORIAS DE LA PROPUESTA DE TEXTO PARA UNA NUEVA CONSTITUCIÓN

(COMENTARIO A LA PRESENTACIÓN DE GONZALO GARCÍA)

Antonio Bascuñán

### 1. El diseño de la transición

Un nuevo orden constitucional requiere un período de transición para su implementación. Son pocos los grupos de reglas constitucionales susceptibles de ser aplicadas de manera inmediata apenas entradas en vigencia, y en todo caso esa aplicación supone que existan instituciones que puedan hacerlo. Esto último implica que el nuevo orden constitucional reconozca validez de las normas preexistentes relativas a la integración, competencia y procedimientos de esas instituciones. La transición requiere al menos un mínimo de regulación en el propio orden constitucional nuevo, como también el reconocimiento de las normas preexistentes. Ambos aspectos son abarcados por el trabajo de Gonzalo García

Al momento en que tiene lugar este comentario<sup>7</sup> las comisiones temáticas de la Convención Constitucional (en adelante “CC”) se encuentran elaborando propuestas normas transitorias<sup>8</sup>. El 17 de mayo se constituirá una comisión especial para elaborar las normas transitorias y recibirá ese mismo día un informe con las propuestas antedichas. Habrá un plazo breve para presentar indicaciones y la comisión deberá discutir y pronunciarse sobre las propuestas. El informe de la comisión será discutido y sometido a votación en un pleno especial de la Convención. Las normas aprobadas por el pleno serán remitidas a la comisión de armonización para su integración en el borrador que ésta tiene que entregar el 9 de junio. Entre el 13 y el 29 de junio la Convención deberá aprobar la propuesta de texto de nueva Constitución, incluyendo las normas transitorias. Esa propuesta deberá ser entregada al Presidente de la República a más tardar el 4 de julio<sup>9</sup> para ser sometida a plebiscito.

No se trata pues de una discusión acerca de las normas transitorias que corresponda diseñar para una constitución ya aprobada o por aprobar con independencia de esas normas transitorias. Muy por el

<sup>7</sup> La exposición oral del comentario tuvo lugar el día lunes 9 de mayo de 2022. Esta versión escrita la sucedió en menos de una semana.

<sup>8</sup> La elaboración de las normas transitorias se encuentra regulada en el art. 97 bis del Reglamento de la Convención, aprobado en su sesión 86<sup>a</sup>, de 20.04.2022, y el Protocolo de funcionamiento, forma de votación y tramitación de propuestas de normas transitorias, aprobado por la Mesa Directiva (Oficio 730, de 25.04.2022).

<sup>9</sup> Todo esto puede variar si se solicita y se obtiene una prórroga por el Congreso Nacional.

contrario, el diseño de la transición forma parte esencial de la propuesta de nueva Constitución y en tal condición será objeto de debate público y su valoración tendrá incidencia en la formación de la voluntad de voto del electorado. Esta es una consideración importante para comentar algunas ideas del trabajo de Gonzalo García.

## 2. El repertorio de las normas transitorias

Coincidiendo en general con el trabajo que se comenta, se pueden distinguir cinco grupos o clases de normas transitorias, atendiendo al objeto que ellas regulan:

- (i) normas relativas a la entrada en vigencia de las nuevas normas constitucionales, especialmente eventuales normas sobre vigencia diferida (“vacancia”) de las normas permanentes, y normas relativas a la derogación de las normas constitucionales actualmente vigentes;
- (ii) normas relativas a la continuidad de la vigencia, bajo la nueva Constitución, de las normas de rango infraconstitucional preexistentes a ella;
- (iii) normas relativas a la (in)aplicabilidad del cambio constitucional a relaciones jurídicas preexistentes;
- (iv) normas relativas a la satisfacción de las condiciones institucionales necesarias para la aplicación, inicial o indefinida, de las normas permanentes.

Las tres primeras clases de normas transitorias corresponden a criterios de vigencia y/o aplicabilidad temporal de las normas constitucionales. La cuarta clase corresponde a las normas de implementación del nuevo orden constitucional.

Comentaré el trabajo de Gonzalo García siguiendo este orden.

## 3. Normas relativas a la vigencia de las normas constitucionales

La constitución actualmente vigente (en adelante “CPR”, Constitución Política de la República) contempla las siguientes normas transitorias sobre este objeto, introducidas por la Ley de reforma constitucional 21.200 (24.12.2019)

**Art. 135 inciso segundo.** Mientras no entre en vigencia la nueva Constitución en la forma establecida en este epígrafe, esta Constitución seguirá plenamente vigente.

**Art. 138 inciso primero.** La Convención podrá establecer disposiciones especiales de entrada en vigencia de alguna de las normas o capítulos de la nueva Constitución.

**Art. 142 inciso décimo *in fine*.** [El] texto [de la nueva Constitución Política de la República] será publicado en el Diario Oficial dentro de los diez días siguientes a su promulgación y entrará en vigencia en dicha fecha. A partir de 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.

Como se puede apreciar, los artículos 135 y 142 establecen normas relativas a la entrada en vigencia de la nueva Constitución y al término de vigencia de la constitución actual. El artículo 138, en cambio, establece una regla de competencia para la CC acerca de normas transitorias que establezcan excepciones a los artículos 135 y 142.

Gonzalo García interpreta esta regulación como una restricción de la competencia otorgada a la CC para establecer normas transitorias de esta clase. Conforme a su lectura, la Convención no tendría otra competencia en esta materia que la otorgada por el artículo 138 para establecer reglas excepcionales acerca de la vigencia diferida de “alguna de las normas o capítulos de la nueva Constitución”<sup>10</sup>.

El fundamento de la prohibición establecida en el artículo 135 es obvio. La Ley 21.200 no estableció un órgano con poderes regulativos, gubernativos ni adjudicativos a ser ejercidos durante su tiempo de existencia institucional. El único poder conferido a la CC fue el de redactar el texto de una propuesta de nueva Constitución, sujeta a aprobación popular mediante plebiscito. Por esa razón, las normas introducidas por la Ley 21.200 en la CPR no pueden interpretarse en el sentido de derogar o declarar inaplicable alguna de las normas de la CPR con anticipación a la entrada en vigencia de la nueva Constitución.

Sin embargo, no advierto razón alguna, ni legitimatoria o estratégica, ni de técnica jurídica, que explique una decisión por parte de la Ley 21.200 de limitar la competencia de la CC en relación con la regulación de la entrada en vigencia de la nueva Constitución, impidiéndole establecer un plazo de vacancia para la totalidad de las normas permanentes. Semejante plazo de vacancia en nada afectaría la prohibición impuesta por el artículo 135. Es más, ratificaría el principio de afirmación de la validez del derecho constitucional actualmente vigente que expresa la Ley 21.200 y que protege el artículo 135.

Además, no es claro cuál pueda ser la consecuencia institucional de que la CC se “excediera” estableciendo un plazo de vacancia general. Siendo una cuestión de contenido y no de procedimiento, no es materia de reclamación posible ante la Corte Suprema conforme al artículo 136 CPR.

Finalmente, a menos que se interprete la expresión “alguna” del artículo 138 como expresiva de una sola norma o un solo capítulo de la nueva Constitución, lo que Gonzalo García sensatamente no sugiere, sería facilísimo satisfacer la regla mediante una norma que declarara inmediatamente vigente un capítulo de la nueva Constitución, por ejemplo, el capítulo inicial comprensivo de los principios, y sometiera el resto de las normas permanentes a uno o más plazos de vacancia legal.

**No es claro cuál pueda ser la consecuencia institucional de que la CC se “excediera” estableciendo un plazo de vacancia general.**

<sup>10</sup> No obstante, en sus propuestas B-2 y B-5 recomienda el establecimiento entre las normas transitorias de la nueva Constitución las mismas normas de vigencia. Puede que esto no sea contradictorio, pero resulta ciertamente redundante.

Por estas razones considero que la mejor lectura de los artículos 138 y 142 es la siguiente:

- (i) la CC tiene competencia para determinar diferenciadamente la entrada en vigencia de la nueva Constitución, sin restricciones; lo dispuesto en el artículo 138 es una consecuencia trivial de esa competencia y no implica incompetencia *a contrario sensu*;
- (ii) en ausencia de reglas especiales sobre entrada en vigencia de la nueva Constitución o de algunas de sus normas o capítulos opera la regla del inciso decimo del artículo 142, como regla transitoria anticipada;
- (iii) las normas de la CPR continuarán su vigencia mientras no entren en vigencia las normas de la nueva Constitución que las derogan u opere en su defecto la regla constitucional supletoria del inciso décimo del artículo 142.

#### **4. Normas relativas a la continuidad de la vigencia, bajo la nueva Constitución, de las normas de rango infraconstitucional preexistentes a ella**

Tal como Gonzalo García lo observa, la evolución histórica de los ordenamientos jurídicos demuestra que salvo por los acontecimientos más radicalmente revolucionarios la discontinuidad del derecho constitucional usualmente tiene lugar sin afectar la continuidad del derecho infraconstitucional. Esto no excluye, tal como él también lo observa, que el cambio constitucional implique consecuencias normativas que pueden ser incompatibles con la aplicación del derecho infraconstitucional preexistente.

Por estas razones comparto con él la idea de que la nueva Constitución establezca dos (clases de) normas transitorias sobre este objeto:

- (i) una norma de adopción por recepción del derecho de rango infraconstitucional preexistente por la nueva Constitución;
- (ii) una norma o grupo de normas que establezca(n) el criterio para resolver las antinomias que puedan producirse entre el derecho rango infraconstitucional preexistente y las nuevas normas constitucionales.

En lo que respecta a la norma de adopción por recepción, es conveniente que declare expresamente la convalidación formal del derecho preexistente, es decir, la irrelevancia del cambio constitucional en relación con los criterios procedimentales de validez conforme a los cuales fueron establecidas las leyes y reglamentos en el pasado. Entiendo que a esto es precisamente a lo que Gonzalo García alude al final del punto 5 de su trabajo, al distinguir entre la “no-conformidad” y la “contrariedad” a propósito de la norma sobre solución de antinomias, considerando irrelevante la no-conformidad del derecho preexistente con la nueva Constitución por razones puramente formales.

En lo que respecta a la(s) norma(s) sobre solución de antinomias hay dos soluciones posibles. Una, considerar que el conflicto debe ser resuelto mediante la aplicación de la norma constitucional como *lex*

*posterior*, es decir, conforme a la institución común de la derogación tácita (artículos 52 inciso tercero y 53 del Código Civil). La otra, considerar que el conflicto debe ser resuelto mediante la aplicación de la norma constitucional como *lex superior*, es decir, conforme al control de constitucionalidad de la ley o el reglamento.

La opción por una u otra solución depende del sistema de control de constitucionalidad que establezca la nueva Constitución. En esto lo que conocemos como su borrador podría ser considerado equívoco. Por una parte, se establece en él un control de constitucionalidad concentrado en una Corte Constitucional. Eso hace razonable optar por la solución conforme al principio de *lex superior*, sometiendo el conocimiento y resolución de la antinomia a ese procedimiento de control. Por otra parte, aparentemente también se establece un principio de aplicación directa de la constitución por todos los tribunales. Esto podría dar pie para dejar entregada a cualquier tribunal la solución de la antinomia ya sea por *lex superior* o por *lex posterior*.

En la práctica judicial chilena existe además una concepción extendida desde fines del siglo XX, consistente en restringir el control concentrado de constitucionalidad a las normas infraconstitucionales que sean dictadas bajo la vigencia constitución, dejando las normas preexistentes sometidas a la institución de la derogación tácita en caso de contrariedad a la constitución.

**En mi opinión, si el sistema jurídico concentra el control de constitucionalidad en un órgano, entonces la única solución consistente es someter a ese mismo procedimiento el conocimiento y solución de las antinomias entre el derecho infraconstitucional preexistente y el nuevo orden constitucional.**

En mi opinión, si el sistema jurídico concentra el control de constitucionalidad en un órgano, entonces la única solución consistente es someter a ese mismo procedimiento el conocimiento y solución de las antinomias entre el derecho infraconstitucional preexistente y el nuevo orden constitucional. Que la norma constitucional sea posterior es irrelevante. El criterio de *lex superior* es un principio necesariamente prevalente sobre el criterio de *lex posterior* cuando entran en conflicto. Cuando se encuentran en concurso también debe prevalecer institucionalmente.

A mi juicio, la concepción extendida en la práctica judicial chilena solo se explica como el resultado de una astuta maniobra de la Corte Suprema de la década de los ochenta para eludir la concentración en ella de la responsabilidad institucional de declarar inaplicable la legislación establecida por la propia

Junta de Gobierno con anterioridad a la entrada en vigencia de la Constitución de 1980. A su vez, la idea de que “conocer y juzgar (...) los conflictos de relevancia jurídica (...) de conformidad a la Constitución y las leyes” implica un control difuso de constitucionalidad incurre en el error de desconocer que una constitución es también un conjunto de normas que distribuyen competencias.

En lo que se refiere a las propuestas de Gonzalo García a este respecto, ellas me parecen contradictorias. Por una parte (B-3) propone “establecer una norma derogatoria innominada que tácitamente derogue todo el derecho infraconstitucional que resulte contrario al nuevo orden fundamental”. Por otra parte (B-5) propone “zanjar 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”.

Entiendo que lo prioritario en su propuesta es someter el conocimiento de las antinomias entre el derecho infraconstitucional preexistente y las normas de la nueva Constitución al procedimiento de control concentrado ante la Corte Constitucional. Eso no es consistente con una norma derogatoria innominada por razón de incompatibilidad, que no es más que una regla de derogación tácita especial y redundante<sup>11</sup>, sino con una norma que declare que las normas preexistentes están igualmente sometidas al control de constitucionalidad que las que se dicten a partir de la entrada en vigencia de la nueva Constitución. No hay necesidad de otra norma que la de la supremacía jerárquica de la constitución.

### No hay necesidad de otra norma que la de la supremacía jerárquica de la Constitución.

Con todo, cabría preguntarse por la conveniencia de dotar a las decisiones de la Corte Constitucional sobre estos casos de antinomia de un efecto institucional que trascienda el efecto relativo de la declaración de inaplicabilidad. Este es un error atávico del derecho constitucional chileno que la CC al parecer ya no fue capaz de corregir. Un control de constitucionalidad efectivo o bien es difuso y sometido al precedente del máximo tribunal del sistema, como en los Estados Unidos de Norteamérica, o bien es concentrado y necesariamente conducente a la cancelación de validez de la norma contraria a la constitución, como en Italia. Con el fin de reducir la proliferación de causas, para el control de constitucionalidad de las normas infraconstitucionales preexistentes podría pensarse una facilitación de la declaración directa de inconstitucionalidad en vez de la inaplicabilidad.

<sup>11</sup> Distinto es el caso de la derogación innominada por razón de materia, como la del inciso primero del artículo final del Código Civil (“...quedarán derogadas, aun en la parte que no fueren contrarias a él, las leyes preexistentes sobre todas las materias que en él se tratan”). Esta no es una regla redundante de derogación tácita, porque no requiere la constatación de una antinomia entre el derecho preexistente y el derecho que entra en vigencia para la derogación del primero. Es una norma explícita de derogación orgánica. Al respecto, Antonio Bascuñán, “Sobre la distinción entre derogación expresa y derogación tácita”, 18 Anuario de Filosofía Jurídica y Social (2000), págs. 227-261.

## 5. Normas relativas a la (in)aplicabilidad del cambio constitucional a relaciones jurídicas preexistentes

La afectación de los modos de producción por la nueva Constitución es una cuestión crucial. Desde el punto de vista del derecho intertemporal será indispensable clarificar de qué manera el cambio en la regulación de las actividades económicas afectará las relaciones jurídicas constituidas bajo la regulación actualmente vigente, o sea, preexistentes al cambio constitucional y sus derivaciones.

La cultura jurídica chilena dispone de dos paradigmas de derecho intertemporal: el derecho intertemporal privado y el derecho intertemporal penal. El segundo tiene rango parcialmente constitucional y probablemente será reproducido por la nueva Constitución. El primero, que tiene carácter general es de rango legal, por lo que su destinatario no es el legislador sino el tribunal. El principio general es la prohibición de aplicar la ley con efecto retroactivo (artículo 9° del Código Civil). Para su aplicación se distingue entre hechos pasados, hechos futuros y negocios pendientes. Se entiende que el principio prohíbe que el cambio legal sea aplicado a hechos pasados y se reconoce como problemático el caso de los negocios pendientes, esto es, las relaciones jurídicas constituidas antes del cambio legal (por eso, hechos pasados) pero cuyos efectos jurídicos o su terminación se producen después del cambio legal (por eso, hechos futuros).

La determinación de la ley aplicable a los negocios pendientes es efectuada por la Ley sobre efecto retroactivo de las leyes, de 7 de octubre de 1861, bajo la distinción entre derechos adquiridos —o sea, expectativas normativas protegidas frente a un cambio legal sobreviniente— y meras expectativas —o sea, expectativas normativas no protegidas frente a un cambio legal sobreviniente—. Así, se entiende que si la aplicación del cambio legal afecta derechos adquiridos en el pasado, entonces tiene efecto retroactivo y por lo tanto está prohibida por el principio general. Por el contrario, si solo afecta meras expectativas surgidas en el pasado, entonces no tiene efectos retroactivos y es aplicable. Tratándose del derecho público, en particular el derecho constitucional orgánico, por generalización de una regla referida al cambio en los procedimientos judiciales<sup>12</sup> se considera que el cambio es aplicable *in actum*, es decir, que nadie tiene derechos adquiridos sino únicamente meras expectativas.

**La cultura jurídica chilena dispone de dos paradigmas de derecho intertemporal: el derecho intertemporal privado y el derecho intertemporal penal.**

<sup>12</sup> “Art. 24. Las leyes concernientes a la sustanciación i ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben empezar a rejir.”

Siguiendo una terminología propuesta por un autor búlgaro a principios del siglo XX<sup>13</sup>, Gonzalo García denomina “hechos intertemporales” a las relaciones jurídicas constituidas bajo una legislación y que producen efectos, padecen gravámenes o tienen término bajo una legislación diversa, que entró en vigencia y derogó la anterior mientras duraba la relación. Y sostiene a su respecto que se debe distinguir entre “el cambio de las normas del juego o afectaciones constitucionales indirectas” y “las afectaciones de las garantías, [nacionales o internacionales] que cubren la actividad económica tal cual se está desarrollando hoy”. Lo primero sería válido, lo segundo, no.

En mi opinión esa distinción no pasa de ser un encubrimiento pseudo-normológico de la distinción entre hechos futuros y negocios pendientes junto con el reconocimiento de derechos adquiridos respecto de estos últimos. De hecho, el modelo que Gonzalo García propone para una o más normas transitorias sobre este objeto es precisamente una construcción del derecho intertemporal privado, a saber, la distinción entre la titularidad de un derecho real (derecho adquirido) y sus goces y cargas (meras expectativas) consagrada en el artículo 12 de la Ley de 1861<sup>14</sup> y adoptada como modelo para los derechos de la minería por la 2ª disposición transitoria de la constitución de 1980<sup>15</sup>.

Todo ello supone un principio de irretroactividad aplicable al cambio constitucional. Que sea necesario reconocer algún límite a los efectos retroactivos de cualquier cambio normativo es una obviedad práctica puesta de manifiesto por Savigny<sup>16</sup>. Su conveniencia como estrategia política también es evidente. Pero no resulta para nada obvio cuál sea el fundamento jurídico ni el contenido preciso de un principio supraconstitucional de irretroactividad del cambio constitucional.

Todo ello supone un principio de irretroactividad aplicable al cambio constitucional. Que sea necesario reconocer algún límite a los efectos retroactivos de cualquier cambio normativo es una obviedad práctica puesta de manifiesto por Savigny.

<sup>13</sup> M. Popoviliev, *Le droit civil transitoire ou intertemporal*, París, Sirey, 1908. La monografía fue publicada en el número 3 de la *Revue trimestrielle de Droit civil* (1908) y su traducción al castellano fue publicada en el número 6 del tomo I de la *Revista de Derecho y Jurisprudencia* (1909).

<sup>14</sup> “Todo derecho real adquirido bajo una ley i en conformidad a ella, subsiste bajo el imperio de otra; pero en cuanto a sus goces i cargas i en lo tocante a su extincion, prevalecerán las disposiciones de la nueva ley (...).

<sup>15</sup> “Los derechos mineros a que se refiere el inciso anterior subsistirán bajo el imperio del nuevo Código, pero en cuanto a sus goces y cargas y en lo tocante a su extincion, prevalecerán las disposiciones de dicho nuevo Código de Minería.”

<sup>16</sup> Friedrich Carl von Savigny, *System des heutigen römischen Rechts*, Berlín: bey Veit und Camp., Tomo 8, § CCCLXXXV, págs. 390-391.

La construcción de semejante principio tendría que partir por identificar el nexo entre un principio constitucional de irretroactividad de la ley no penal<sup>17</sup> y el derecho internacional de los derechos humanos, para afirmar en ese plano la existencia de un límite a la soberanía popular en ejercicio del poder constituyente<sup>18</sup>. Esa elaboración no se encuentra en el trabajo de Gonzalo García. Tampoco es una tarea fácil. Porque lo que establece el derecho internacional de los derechos humanos, así como el derecho internacional público general y los tratados internacionales sobre inversión extranjera, es el deber de indemnizar la afectación de la propiedad<sup>19</sup>. Naturalmente, es razonable hacer valer un interés en evitar que el Estado de Chile se vea obligado a pagar indemnizaciones cuantiosas. Pero eso no es lo mismo que afirmar la existencia de un límite jurídico a la soberanía en relación con la afectación de relaciones jurídicas preexistentes<sup>20</sup>.

## 6. Normas relativas a la satisfacción de las condiciones institucionales necesarias para la aplicación de las normas permanentes

Las normas de implementación del cambio constitucional constituyen el grupo de normas transitorias más importante para la legitimación política y la efectividad institucional de la transición. Por esta razón sin duda serán las normas transitorias que mayor atención recibirán en el debate público, junto con la cuestión de derecho intertemporal examinada en la sección anterior.

El artículo 138 CPR es parco en su consideración de los posibles objetos de regulación por este grupo de normas, distinguiendo tan solo dos al señalar que la CC *puede* poner término anticipado al período de las autoridades electas en votación popular, [en] aquellas instituciones que integran [que] sean suprimidas u objeto de una modificación sustancial (inciso segundo), y que *debe* establecer el modo en que las otras autoridades que esta Constitución establece cesarán o continuarán en sus funciones (inciso tercero).

<sup>17</sup> A diferencia del principio de irretroactividad de la ley penal, que tiene consagración expresa en el derecho constitucional comparado y el derecho internacional de los derechos humanos, no son claros la formulación ni el fundamento de un principio constitucional de irretroactividad de la ley no penal. Para el derecho constitucional alemán sigue siendo ejemplar Bodo Pieroth, *Rückwirkung und Übergangsrecht*, Berlín, Duncker & Humblot, 1981.

<sup>18</sup> Este argumento supone que el principio de la inoponibilidad del derecho interno como excusa para el incumplimiento de las obligaciones internacionales implica un principio de supremacía jerárquica del derecho internacional público que es judicialmente operativo en el derecho interno. Esa es una falacia extendida. Lo que conocemos como borrador de la nueva Constitución le rinde pleitesía: “Los derechos y obligaciones establecidos en los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, los principios generales del derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional consuetudinario de la misma materia forman parte integral de esta constitución y gozan de rango constitucional”.

<sup>19</sup> En relación con el artículo 21-2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, véase la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Salvador Chiriboga vs. Ecuador* (6 de mayo de 2008).

<sup>20</sup> Por esta razón, no cabe invocar el inciso final del artículo 135 CPR — “[e]l texto de Nueva Constitución que se someta a plebiscito deberá respetar (...) los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes” — en relación con los tratados de inversión extranjera. Por lo demás, los dos últimos incisos del artículo 136 CPR privan expresamente a este deber de todo valor como parámetro de control de validez del texto de propuesta de nueva Constitución.

Por contraste, la propia CC abrió de manera irrestricta el universo de posibles objetos de regulación por normas transitorias de implementación. El artículo 97 bis de su Reglamento instruye a las diversas comisiones identificar las “unidades temáticas susceptibles de requerir normas constitucionales transitorias” y el Protocolo aprobado por la Mesa Directiva ordena ese universo abierto en siete categorías de normas permanentes:

- (a) normas que establecen la eliminación o reemplazo de órganos estatales;
- (b) normas que crean nuevos órganos estatales;
- (c) normas que modifican la gobernanza de determinados órganos;
- (d) normas que reemplazan procedimientos constitucionales;
- (e) normas relativas a autoridades electas que forman parte de instituciones que son suprimidas o modificadas de manera sustancial;
- (f) normas que modifican los requisitos o causales de término en el ejercicio de un cargo o función; y,
- (g) normas que requieran para su implementación de reformas legales.

Como salta a la vista, la última categoría reproduce la vastedad del universo de posibles unidades temáticas, siendo las otras seis categorías casos especiales suyos.

Carece de sentido intentar aquí un inventario de posibles normas de implementación. Gonzalo García plantea en su lugar la pregunta política fundamental en relación con su producción: ¿quién será el cuerpo de personas competente para elaborarlas? El señala cinco alternativas: la propia Convención, los órganos colegisladores, algún órgano creado para ese solo efecto, el gobierno o una fórmula mixta que comprenda más de una de las cuatro alternativas anteriores.

**Es claro que la CC no puede prorrogar su existencia institucional autodesignándose el órgano ad-hoc mediante una norma transitoria.**

Es claro que la CC no puede prorrogar su existencia institucional autodesignándose el órgano *ad-hoc* mediante una norma transitoria. El inciso final del artículo 137 CPR dispone su disolución de pleno derecho una vez que haya redactado y aprobado la propuesta de texto de nueva Constitución o que se haya vencido el plazo para hacerlo o su prórroga. La cuestión de si una norma transitoria en contrario es o no reclamable ante la Corte Suprema conforme al artículo 136 CPR es irrelevante<sup>21</sup>: se trata de una decisión sencillamente carente de viabilidad política.

<sup>21</sup> En todo caso, aunque la norma transitoria misma no pudiera ser objeto de reclamo, cualquier actuación de la CC con infracción al inciso final del artículo 137 CPR sí lo sería.

Parece bastante evidente, asimismo, que la CC no será capaz de elaborar la totalidad de las normas transitorias requeridas para la implementación de la totalidad del cambio constitucional. Al escaso tiempo disponible se suma la complejidad del procedimiento, que prevé múltiples votaciones y oportunidades para formular indicaciones.

Es previsible, eso sí, que intente elaborar la mayor cantidad posible de normas de implementación. El motor de los 2/3 que han dominado la CC está formado por grupos de personas cuya única oportunidad de incidencia en la política chilena en el corto plazo es la nueva Constitución. Para ellos, es ahora o nunca (o vaya a saber uno cuándo). Esto no solo genera un riesgo de mayor extensión y complejidad del contenido de la propuesta y la intensificación correlativa de círculos de personas inequívocamente afectados en sus intereses y por lo mismo potenciales votantes adversos el plebiscito. El riesgo mayor se encuentra en la alteración por las normas transitorias de la delimitación de los ámbitos del orden constitucional y de la política legislativa y/o gubernativa establecido por las normas permanentes. Lo cual reforzaría el peso del argumento adverso a su aprobación plebiscitaria basado en su carácter antidemocrático por su exceso de regulación. La manera de neutralizar este riesgo consiste en utilizar una cláusula de autodisminución del rango jerárquico de las normas transitorias de implementación, sujetándolas *ex ante* al ejercicio *ex post* de las potestades normativas infraconstitucionales, mediante la fórmula “en tanto no entren en vigencia las normas legales o reglamentarias que conforme a la constitución deben regular [...] se estará a lo siguiente: [...]”.

Si la CC decide mantener en funciones conforme a la constitución actualmente vigente al Presidente de la República y sus ministros, a la Cámara de Diputados y al Senado hasta el término de su período —en el caso de los senadores elegidos en la última elección popular, hasta el término de la mitad de su período—, entonces cabe la posibilidad de que establezca normas especiales sobre competencias o procedimientos para la dictación de la legislación complementaria.

Por una parte, es probable que la CC modifique parcialmente algunas normas actualmente vigentes mediante normas transitorias que hagan aplicables algunas de las nuevas normas permanentes. La eliminación de las leyes orgánicas constitucionales y de quórum calificado es el caso más obvio.

**Es probable que la CC modifique parcialmente algunas normas actualmente vigentes mediante normas transitorias que hagan aplicables algunas de las nuevas normas permanentes.**

Por otra parte, es posible que la CC decida alterar la distribución de competencias entre el Presidente de la República y el Congreso, reforzando el poder de dictar normas del primero o de su poder de

controlar los tiempos de tramitación de las leyes en el Congreso. Desde un punto de vista puramente funcional, el óptimo para los 2/3 que controlan la Convención sería una norma delegatoria de facultades exclusivas al Presidente de la República para dictar decretos con fuerza de ley de implementación de la nueva Constitución durante su período presidencial. Desde un punto de vista estratégico, por cierto, semejante decisión podría representar un obstáculo insalvable a la aprobación plebiscitaria del texto de propuesta de nueva Constitución o incluso provocar un quiebre político más profundo que el que ya se vive. Otra posibilidad sería sujetar el ejercicio de esas facultades a la condición de que el Congreso omitiera aprobar la legislación de implementación de la nueva Constitución dentro de un plazo determinado.

Sin duda, la opción política más razonable y que menos oposición encontraría en la opinión pública consistiría en dejar ampliamente entregada a la deliberación de la política democrática futura la implementación de la nueva Constitución, abriéndose a la posibilidad de que en el futuro inmediato el nuevo orden constitucional experimente un proceso de ajuste, ya sea mediante su reforma o a través de la dictación u omisión de dictación de la regulación requerida para su implementación. Pero eso supone en los redactores de las normas transitorias una madurez relativa a la evaluación de lo que constituye el éxito de un proyecto de constitución de la que carece el motor de los 2/3 que han dominado la CC.

Tan importante como identificar al cuerpo de personas encargado de la producción de la regulación de implementación de la nueva Constitución es generar las condiciones institucionales para que entre en funcionamiento la nueva Corte Constitucional. Su regulación orgánica debería ser prioritaria en el calendario de la transición. Y con ocasión de ella deberá abordarse la cuestión del trato que haya que dar a los procesos pendientes ante el actual Tribunal Constitucional (“TC”)<sup>22</sup>.

**Tan importante como identificar al cuerpo de personas encargado de la producción de la regulación de implementación de la nueva Constitución es generar las condiciones institucionales para que entre en funcionamiento la nueva Corte Constitucional.**

<sup>22</sup> La práctica legislativa chilena, consistente en mantener los hechos acaecidos con anterioridad a una reforma judicial relevante —procedimiento penal, procedimiento concursal— sujetos a las normas procesales derogadas por la reforma no responde a un criterio de derecho intertemporal. Por cierto, puede que haya algunas normas procesales respecto de las cuales quepa reconocer derechos adquiridos; también puede que el cambio procesal sea indisoluble de un cambio en la legislación de fondo cuya aplicación retroactiva no sea admisible. Pero la razón general para mantener los procedimientos ya iniciados sujetos a las reglas de organización, competencia y procedimiento derogadas por el cambio legal es puramente instrumental: evitar la asunción de una carga imposible de absolver para las nuevas instituciones. Existiendo reglas claras sobre las normas de fondo aplicables y siendo éstas compatibles con el nuevo procedimiento, el criterio que corresponde a esa consideración instrumental es atender al momento en que se ejercita la acción respectiva, no al momento en que acaecieron los hechos del caso.

Para que la decisión de mantener por un tiempo en funciones al TC sea consistente con el nuevo orden constitucional parece indispensable que las normas transitorias: (i) prohíban al TC aplicar las nuevas normas constitucionales<sup>23</sup>, (ii) otorguen a las partes un derecho a solicitar la radicación del asunto en la Corte Constitucional o a reclamar ante ella de la decisión del TC, (iii) concedan a la Corte un poder discrecional de admisibilidad de dicha solicitud o reclamación. Esto último, que es imprescindible para proteger a la Corte de una carga de trabajo imposible de ser absorbida, demuestra cuán improcedente es establecer en la constitución el principio de inexcusabilidad propio de la codificación. Este es uno de los errores de la Constitución de 1980 que han sido perpetuados por el espíritu de localismo profesional y pedantería académica de la comisión de sistema de justicia de la Convención.

Gonzalo García quería que la Corte Constitucional tuviera la competencia de declarar inconstitucionales normas establecidas en ejercicio del poder constituyente. Detrás de esa preocupación resuena su experiencia en el caso de los retiros de fondos previsionales<sup>24</sup>. Me temo, sin embargo, que semejante competencia no podría controlar la validez de un exceso regulativo por parte de la CC. Pues tratándose de las normas transitorias de la nueva Constitución carece de sentido considerarlas como atentados a la “arquitectura constitucional que diseñó el constituyente original”. Las normas transitorias definen la arquitectura de la transición.

---

<sup>23</sup> El cambio constitucional tiene que evitar el riesgo de generar jurisprudencia constitucional alternativa a la de la Corte Constitucional. A la inversa, no se advierte obstáculo alguno para que la Corte Constitucional aplique normas constitucionales derogadas a la decisión del caso conforme a un criterio de derecho intertemporal (*supra*, 5).

<sup>24</sup> Rol 9797-20 (30.12.2020). No está demás observar aquí lo admirable de la honestidad y discreción con que Gonzalo García admite esta preocupación en su texto.



CENTRO DE ESTUDIOS PÚBLICOS

Cada artículo es responsabilidad de su autor y no refleja necesariamente la opinión del CEP.

Director: Leonidas Montes L.

Editor: Lucas Sierra I.

Diagramación: Pedro Sepúlveda V.

[VER EDICIONES ANTERIORES](#)

