

Informe sobre régimen de transición en el proceso constituyente chileno

Roberto Viciano Pastor, Rubén Martínez Dalmau y Diego González Cadenas

Profesores de Derecho Constitucional de la Universidad de Valencia, España

Observatorio Latinoamericano sobre el proceso constituyente chileno

<https://observatorioconstituyentelatam.cl/>

Tras leer detenidamente el consolidado de propuestas de normas transitorias aprobadas por las comisiones temáticas elaborada por la Comisión de normas transitorias, el informe de propuestas de normas constitucionales transitorias realizado por la Secretaría de la Convención y el también exhaustivo informe a la Convención Constitucional realizado por el Gobierno de Chile, es nuestro propósito aportar nuestra reflexión sobre una serie de mecanismos y medidas que, a nuestro juicio y desde la experiencia comparada, pueden ser de utilidad para fortalecer la futura implementación de la Constitución. Principalmente se trata de la instauración y proveimiento de poderes, personal y recursos a las nuevas instituciones creadas en la Constitución; el establecimiento de un cuerpo legislativo prioritario adecuado a las necesidades de la puesta en marcha de la Constitución; y la derogación de aquellas normas que sean contradictorias con la Constitución y que vele por la supremacía constitucional.

1. Cómo funciona una constitución

En primer lugar, antes de adentrarnos en cuestiones de carácter técnico-jurídico, nos parece conveniente realizar una breve apreciación sobre cómo funcionan las constituciones. Es importante recordar al respecto que, si bien escapa al diseño de los procesos constituyentes, ha de advertirse acerca de los efectos prácticamente taumatúrgicos que se suele otorgar a las constituciones en los momentos de cambio. Las constituciones democráticas no obran milagros, sino que inician procesos de avance democrático y emancipación y expanden su potencial durante el tiempo en que permanecen vigente. Ello debe ser tenido en cuenta a fin de evitar un fuerte desencanto político y la consiguiente deslegitimación del nuevo sistema constitucional.

Ahora bien, debe encontrarse un punto de equilibrio entre el cumplimiento, expresado en el texto constitucional, de las aspiraciones a largo plazo de la ciudadanía, y la paulatina puesta en marcha del texto constitucional. Una sociedad civil comprometida con el desarrollo del programa constitucional es esencial para poder cumplir con los anhelos populares expresados en el nuevo texto. Como señala acertadamente Jürgen Habermas, el grado de vitalidad de una constitución se mide por el papel que desempeñan la deliberación, la reflexión y el espíritu crítico en la marcha de los asuntos públicos. En este sentido, resulta poco razonable iniciar el siempre costoso y espinoso camino de un proceso constituyente si la ciudadanía no termina percibiendo con claridad que la urgencia que requirió la apertura del proceso constituyente no se traduce en una igual urgencia en la aplicación de, al menos, sus aspectos más esenciales. Ello, como es claro, puede conducir, en el corto plazo, a la disminución de las posibilidades de éxito ya no solo en el referéndum de ratificación del texto constitucional sino, lo que sería aún peor, en la consecución de efectos materializables desde la Constitución para mejorar la vida de las personas. Un resultado positivo en el referéndum de salida que no dé salida a un texto adecuado y con capacidad de imponerse al sistema jurídico actualmente vigente en Chile podría conllevar al aumento de la desafección y la apatía política y, por lo tanto, a perder una pata esencial en el desarrollo de la Constitución y el sistema democrático chileno.

Asimismo, como es también claro, el principal objetivo de un texto constitucional es el control democrático de los poderes por parte de la ciudadanía. Por lo que respecta al poder político, han de pensarse los mecanismos más garantistas para asegurar que, independientemente del color de las mayorías que alberguen las instituciones, se va a cumplir con la voluntad del pueblo expresada en el texto constitucional. Una nueva constitución puede ser condición necesaria para proceder al cambio político e incluso social, pero debe ir necesariamente acompañada de otros factores para que dicho cambio sea posible. La *lealtad constitucional* así entendida implica que todos los poderes constituidos están sometidos a la Constitución, sea cual sea su ideología.

En suma, y teniendo como guía la necesidad de erradicar los riesgos que la desafección constitucional con la nueva Constitución pueda generar por la falta de eficacia o el incumplimiento, en el corto y en largo plazo, apuntaremos aquí, brevemente, algunas ideas desde el prisma jurídico que pueden contribuir a evitar que estos efectos adversos tengan lugar.

2. Qué son las disposiciones transitorias

De acuerdo con la experiencia comparada, lo habitual es que las disposiciones transitorias incluidas en el texto constitucional no sean excesivamente prolijas. Habitualmente, en las constituciones comparadas, se suelen observar capítulos transitorios de no más de una docena de disposiciones que, en general, plantean los asuntos neurálgicos de la transición, sin entrar en tecnicismos ni caer en la excesiva complejidad. En alguna ocasión se ha planteado un régimen de transición anexo a la constitución, como fue el caso en el último proceso constituyente ecuatoriano, pero que no forma parte de su cuerpo principal; en este caso sí se ha entrado en mayor detalle, pero nunca de manera técnicamente compleja. Cabe tener en cuenta que las disposiciones transitorias son, por su naturaleza, normas con fecha de caducidad; cualquier intención de prorrogarlas en el tiempo actuaría contra la plena entrada en vigor de la constitución, con los consecuentes efectos perniciosos que se han apuntado anteriormente.

Por otro lado, desde nuestro punto de vista, cabría realizar un esfuerzo de sistematización a la hora de indicar el periodo de tiempo por el cual deben aplicarse las diferentes disposiciones constitucionales. Realizar un régimen transitorio simple y claro tiene, a nuestro entender, diversos aspectos positivos: 1) esclarece y sintetiza los objetivos del régimen de transición, ayudando también con ello a la ciudadanía a comprender claramente cómo se va a producir éste; 2) previene mutaciones de la voluntad del poder constituyente expresada en la Convención Constitucional al evitarse que un desarrollo excesivamente minucioso pueda dejar abierta la puerta a la introducción de matices que puedan desvirtuar lo expresado por el mismo; 3) evita tener que aprobar, dada su longitud, una norma no incluida en el cuerpo de la Constitución, y que en vez de *transitar* hacia el nuevo sistema constitucional proceda a su desvirtuación y desactivación.

En este último sentido, si se optara por introducir un largo texto de disposiciones transitorias como el presentado por la Comisión de normas transitorias, podría pensarse en su aprobación como texto diferenciado de la Constitución en el referéndum de salida. No obstante, como hemos subrayado, ello no resultaría recomendable a nuestro entender por los motivos apuntados, y por añadir innecesariamente confusión al electorado. Cabe insistir en que las normas transitorias deben tener carácter general; su misión es facilitar la vigencia de la Constitución, no obstruirla ni dificultarla.

3. Qué se necesita para la transición de los órganos del Estado

En primer lugar, desde nuestro punto de vista, tras la entrada en vigor del nuevo texto constitucional, debe procederse cuanto antes a la convocatoria y celebración de nuevas elecciones en los distintos niveles de elección que prevea la nueva Constitución. Así ha sido en la gran mayoría de los casos en derecho comparado: cada nueva constitución implica la necesidad de legitimación de los nuevos órganos del Estado. Véase al respecto, por ejemplo, el caso de la Constitución francesa de 1946 donde se convocaron elecciones legislativas diez meses después de la entrada en vigencia de la Constitución; el italiano de 1948, donde se convocaron elecciones legislativas poco más de cuatro meses después de entrar en vigor la Constitución; el francés de 1958, donde hubo elecciones legislativas no llega a dos meses después de la entrada en vigor de la Constitución y presidenciales dos meses y medio después; el portugués de 1976, donde tuvieron lugar elecciones legislativas el mismo día de entrada en vigor de la Constitución y veintitrés días después de ser aprobada por la Asamblea Constituyente (no hubo en Portugal referéndum de ratificación constitucional); el español de 1978, donde transcurrieron tres meses tras la entrada en vigor de la Constitución; el colombiano de 1991, donde se convocaron elecciones legislativas no llega a cuatro meses después de la entrada en vigor de la Constitución (si bien las presidenciales tuvieron lugar años después, en 1994).

Ello posibilitará que los nuevos órganos electos puedan desarrollar sus funciones adecuadamente, legitimados por la entrada en vigor de la nueva Constitución; entre ellas, la designación de los diferentes cargos que se les encomienda constitucionalmente

(piénsese, por ejemplo, en los magistrados de la Corte Constitucional). De no convocarse inmediatamente nuevas elecciones se estaría dejando en manos de los poderes del Estado propios de un sistema constitucional anterior el desarrollo de un marco de juego constitucional en función del cual no fueron electos.

Si bien resultaría deseable que se procediera a la reelección de todos los cargos públicos representativos, puede entenderse, desde una perspectiva más laxa y por no abundar en la repetición de procesos electorales y generar así mayor cansancio entre el electorado, que, al menos, debe procederse al cambio de los poderes de los que varíe sustancialmente su fisionomía. Siendo más concretos, en el caso concreto chileno el cambio sería absolutamente necesario en el caso del órgano legislativo, tanto por el cambio sustancial del futuro extinto Senado como por la elección de nuevos órganos constitucionales que de cuya elección depende la composición del legislativo, como es el caso de la nueva Corte Constitucional, y la puesta en marcha de la cámara de representación territorial. A nuestro entender, debido a que no se alteran sustantivamente las facultades que la nueva Constitución otorga al presidente de la República, no sería estrictamente necesaria su reelección, como así se hizo en el caso colombiano de 1991, aunque, como decimos, resultaría igualmente recomendable. En todo caso, no podrían aplicarse las limitaciones y prohibiciones constitucionales con carácter retroactivo, puesto que su inicio comienza con la entrada en vigencia de la nueva Constitución.

Carece de sentido pensar que una constitución estaría varios años sin ser aplicada por una razón poco justificable: la resistencia de los poderes constituidos a dejar sus cargos por el temor, cabe suponer, en no ser reelectos. La Constitución es la voluntad del pueblo chileno, y la voluntad del pueblo chileno no puede permanecer con los brazos plegados esperando a que los miembros de una cámara decidan durante años resistirse a los cambios democráticos. Esto supondría una obstaculización al cambio constitucional y, desde luego, una decepción para todas las personas que se levantaron, reclamaron y votaron pidiendo un futuro mejor, no la repetición de un pasado del que quieren escapar.

De esta forma, la disposición transitoria, en consonancia con las ideas expuestas acerca de la necesidad de síntesis y de correcta técnica legislativa, deberá señalar, genéricamente,

que se mantendrán todos los poderes públicos electos con la excepción de los órganos legislativos y aquellos otros que, siguiendo la lógica expuesta, se puedan considerar.

Por otro lado, creemos que en el régimen de transición se debe especificar claramente que el legislativo dispondrá de un periodo de 365 días para aprobar los elementos centrales de la parte orgánica del texto constitucional: normas del Reglamento parlamentario, Ley del Ejecutivo, Ley del Poder Judicial, Ley de la Corte Constitucional, Ley de desarrollo del Estado descentralizado, y Ley para la constitución de las entidades autónomas indígenas. Esas normas son, a nuestro entender, las prioritarias y en las cuales tiene que centrarse el legislativo en su primer año de mandato.

4. Qué se necesita para la transición en materia de derechos, deberes y políticas públicas

Desde nuestro punto de vista, el régimen de transición debería priorizar en un periodo de 365 días la obligatoriedad del desarrollo legislativo de diversos elementos centrales del texto constitucional que están en consonancia con las principales reivindicaciones ciudadanas que dieron lugar a la apertura del proceso constituyente: educación, pensiones, sistema de salud, vivienda, participación ciudadana directa, energía, minería y protección del medioambiente. Debido a la complejidad técnica que requiere el desarrollo legislativo de estas cuestiones, algunas de ellas, como puede ser el caso de los recursos naturales, pueden desarrollarse mediante una ley marco que, en un plazo de 2 años, deberán haber sido desarrolladas independientemente. Para el resto de remisiones legislativas en materias de derechos y deberes, se recomienda fijar, de forma genérica, un plazo de 5 años.

Por otro lado, en relación con el desarrollo de los derechos y deberes, los propios de un Estado social y democrático, estos conllevan, como es claro, un aumento notable del gasto público. Por ello, y teniendo en cuenta el principio de progresividad establecido en el texto constitucional, ha de fijarse también como prioritario, en el plazo de 365 días, el desarrollo de una reforma fiscal que, aumentando la presión fiscal, permita la normatividad del texto constitucional. Lo que en ningún caso puede ir en contra de la

aplicación directa de la Constitución, en particular en referencia a los derechos en ella establecidos.

A nuestro entender, sería incluso muy deseable que, para algunas de las materias especialmente sensibles señaladas arriba, se incluyera en el régimen de transición la obligatoriedad de incrementos anuales del porcentaje de gasto público en relación con el producto interior bruto hasta alcanzar un porcentaje de gasto suficiente para cumplir con las disposiciones constitucionales, tal y como se ha realizado en otros modelos comparados. El mandato constitucional caducaría con la pérdida de vigencia de las disposiciones transitorias, pero sería útil para acelerar los efectos emancipadores de la Constitución democrática.

5. Por qué es necesario incluir el control de responsabilidades en las disposiciones transitorias

Resulta esencial establecer un régimen de responsabilidad en caso de que no se cumpla con lo establecido en el régimen de transición. Al respecto, por citar un solo ejemplo entre muchos, véase el caso de algunas constituciones como la colombiana de 1991 que contienen diversas previsiones constitucionales que décadas después todavía no han sido desarrolladas a pesar de explicitarse claramente el deber de los poderes constituidos de hacerlo. Por expresarlo sin ambages: si no hay responsabilidad, no hay garantía de cumplimiento.

En concreto, desde nuestro punto de vista, el régimen de responsabilidad en las disposiciones transitorias debe ser un procedimiento con garantías, en el que cualquier ciudadano o un bajo número de parlamentarios pueda presentar el procedimiento previsto de tutela un recurso de omisión legislativa ante la Corte Constitucional, que deberá resolver mediante procedimiento preferente y sumario. Así, en un plazo breve de 15 días, la Corte debería, en primer lugar, indicar un plazo perentorio e inaplazable de tres meses para el cumplimiento del mandato transitorio, forzando a la utilización de un procedimiento de urgencia dentro del debate parlamentario. Y, en caso de que ello no se produzca, la Corte Constitucional debe declarar que se proceda a llevar a cabo la asunción

de responsabilidad, consistente en la disolución de los órganos responsables y la convocatoria de nuevas elecciones o un nuevo proceso de designación. De no preverse una sanción de estas características, las posibilidades de cumplimiento del régimen de transición disminuirán drásticamente.

Por último, creemos que esta tarea debe llevarla a cabo el órgano constitucionalmente previsto, la Corte Constitucional. A nuestro entender, no es conveniente que la Comisión de normas transitorias cree un órgano que no está constitucionalmente previsto para desarrollar la citada labor. La Constitución cuenta con sus propios órganos de garantía, y la necesidad es ponerlos en funcionamiento cuanto antes.

6. Acerca de la disposición derogatoria y la directa aplicabilidad del texto constitucional

Solo existe constitución si se garantiza la supremacía constitucional. Si la constitución no es norma suprema, no es constitución normativa y, por lo tanto, se convierte en un texto nominal, un papel mojado. La principal misión de la Convención Constitucional es evitar que la Constitución sea un papel mojado.

En este sentido sería conveniente asimismo añadir dos breves cláusulas en las que se indique claramente que la Constitución es de aplicación directa sin necesidad de desarrollo legislativo (lo cual debe ser motivo de presión adicional para el poder legislativo para desarrollarla, a no ser que pretenda dejar la puerta abierta que sea la jurisprudencia constitucional la que vaya haciendo una labor que no le debería corresponder), y la habitual disposición derogatoria en la que se estableciera que quedan derogadas las disposiciones que se opongan a lo establecido en la misma. Sin excepciones.

Por lo que respecta a esta última cuestión, puede optarse por diversas soluciones. En el caso del Tribunal Constitucional español, éste determinó que: 1) los jueces y tribunales ordinarios deben inaplicar las leyes preconstitucionales en caso de que entiendan que han quedado derogadas por la Constitución al oponerse a la misma; 2) los jueces y tribunales

ordinarios pueden, en caso de duda, someter esta cuestión al Tribunal Constitucional por la vía de la cuestión de inconstitucionalidad; 3) la declaración de inconstitucionalidad sobrevenida, y la consiguiente derogación de la ley, llevada a cabo por el Tribunal Constitucional tiene efectos *erga omnes* y, salvo que en el fallo se dispusiese otra cosa, la ley seguirá vigente en la parte no afectada por la inconstitucionalidad.

En el caso del Tribunal Constitucional italiano estableció en un primer momento que los jueces y tribunales ordinarios podían declarar su inconstitucionalidad, esto es, con efectos frente a todos, si bien progresivamente se fue afirmando el carácter de competencia de carácter exclusiva del Tribunal Constitucional para llevar a cabo dicha tarea.

Estamos ante un modelo diferente al alemán, donde debido a la desconfianza hacia la jurisdicción ordinaria se impidió que ésta planteara cuestiones de inconstitucionalidad relativas a leyes preconstitucionales salvo que hubiesen sido asumidas por el legislador postconstitucional, y el caso español, en el que, como se ha dicho, los jueces y tribunales ordinarios únicamente tienen capacidad para declarar la inaplicabilidad al caso concreto de las leyes preconstitucionales que considerasen debían haber quedado derogadas por la Constitución así como plantear cuestiones de inconstitucionalidad.

En definitiva, la aplicación de la Constitución no puede tener excepciones. Cualquier excepción pondrá en duda su aplicación directa y, con ello, la misión histórica de la Convención Constitucional chilena.