RECIBIDO
16 MAY 2022
CONVENCION CONSTITUCIONAL

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN RELACIÓN CON LAS NORMAS SOBRE LA CORTE CONSTITUCIONAL Y LAS PROPUESTAS DE NORMAS TRANSITORIAS

1220516 03496 - 002

El Tribunal Constitucional valora el trabajo y la decisión adoptada por la Convención Constitucional en orden a mantener, en el borrador de nueva Constitución, un órgano jurisdiccional especializado para ejercer el control de constitucionalidad de la actividad del poder estatal, entregando tal función a la Corte Constitucional. En ese mismo espíritu y encontrándose próxima la finalización de la tarea encomendada, y aun habiéndose ya aprobado por el Pleno las reglas sobre integración de la nueva Corte Constitucional, estatuto de sus ministros, atribuciones y efectos de sus sentencias, pero encontrándose pendiente aún de aprobación las normas transitorias que incidirán sobre el sistema de Justicia Constitucional, consideramos igualmente oportuno hacer presente lo siguiente:

1. <u>En relación a las atribuciones que se confían a la Corte Constitucional:</u>

Constatamos ciertos vacíos y problemas que surgen en relación a las atribuciones que se confieren a la nueva Corte Constitucional, algunos de los cuales podrían resolverse de otorgarse nuevas atribuciones a dicho órgano para garantizar su eficacia en reglas de la Constitución distintas a las contenidas en los arts. 68 bis y 69 propuestas por la Comisión de Sistemas de Justicia y aprobadas por el Pleno de la Convención con fecha 13 de mayo de 2022, teniendo para ello presente lo que dispone el N° 9 del art. 69 ya aprobado[1]. Al respecto formulamos las siguientes observaciones:

1.1. Control de constitucionalidad de preceptos legales:

En relación con la inaplicabilidad de un precepto legal y atendido que, en la práctica, suele fundarse en la infracción de derechos constitucionales de que son titulares las partes, centrándose el conflicto en cuestiones vinculadas al legítimo interés particular que ellas tienen, tal mecanismo no alcanza a cubrir otras hipótesis de inconstitucionalidad.

a.- No existe en las normas ya aprobadas un mecanismo de control para declarar inconstitucional un precepto legal que no haya sido previamente declarado inaplicable y que pudiese ser activado a requerimiento de órganos constitucionalmente autorizados,

[1] El N° 9 del art. 9 dispone; "**Atribuciones de la Corte Constitucional.** La Corte Constitucional tendrá las siguientes atribuciones, ejerciéndolas conforme a los principios referidos en el artículo [65]:...9) Las demás previstas en esta Constitución".

especialmente cuando vulneren principios o reglas orgánicas establecidas en la Constitución.

En efecto, es supuesto para declarar inconstitucional una norma legal la existencia previa de dos o más sentencias que declaren la inaplicabilidad de un precepto legal en aquellos casos en que la Corte actúa de oficio o por cualquiera en ejercicio de una acción pública (art. 69 inciso 3°) o de una sola sentencia estimatoria de inaplicabilidad previa cuando la declaración de inconstitucionalidad ante la Corte Constitucional es requerida a petición de los órganos legitimados (art. 69 en su inciso 4°).

Al encontrarse restringido entonces el ámbito de conocimiento de la Corte Constitucional sólo a la inaplicabilidad por afectación de los derechos fundamentales en relación a una gestión particular y, por lo tanto, un control concreto de constitucionalidad sin que se contemple alguna forma de control en abstracto de los preceptos legales, se profundiza en el fenómeno de "privatización" de la justicia constitucional, porque sólo recaerá en asuntos que afectan a los particulares, dejando así de ser una "función de la República" -aludida por Gustavo Zagrebelsky cuando se refiere a la función ejercida por los jueces constitucionales- y, por otra, diversos conflictos constitucionales quedarían sin solución, por cuanto no serán planteados en un requerimiento de inaplicabilidad, por lo que tampoco lo serán en una acción de inconstitucionalidad, como son aquellos casos en que la ley infrinja reglas de la Carta Fundamental de carácter orgánico, es decir, de aquellas que recaigan en la organización, estructura, atribuciones y procedimientos de los órganos del Estado, incluyendo todos los que establece la nueva Constitución y que deben ser regulados justamente por una ley.

b.- Por otra parte, como la declaración de inaplicabilidad es consecuencia del ejercicio de un control de constitucionalidad en concreto, en relación a una gestión particular en la que la aplicabilidad del precepto -a la luz de los hechos de la causa- produce un efecto contrario a la Constitución, los vicios de forma de que pueda adolecer la ley, por no haberse sujetado a las reglas constitucionales que regulan el proceso de su generación, no serán declarados inaplicables por la Corte Constitucional como ha sucedido hasta ahora.

Al respecto, cabe hacer notar que los vicios de forma no se encuentran presentes en el texto de la ley sino en el procedimiento empleado para su creación, y, por ello, la inaplicabilidad no resulta una vía idónea para resolverlos, ya que ésta sólo busca evitar un efecto inconstitucional en la aplicación de la ley que resulta ser decisoria para resolver un caso concreto. A lo anterior se suma que la inconstitucionalidad de forma plantea un problema sobre la vigencia o existencia misma de la ley; por ello la sentencia que la declara produce efectos no sólo entre las partes de la gestión pendiente de que conoce el juez, sino que efectos generales, erga omnes, ya que a todos afecta que la ley no haya sido elaborada conforme al procedimiento que señala la Carta y que, por ello, sea declarada inválida.

Ello adquiere especial relevancia si durante el proceso legislativo se vulnera el principio democrático. Tal principio busca que la ley sea efectivamente manifestación de la voluntad mayoritaria expresada en el Congreso, lo cual supone que, durante su tramitación, se haya respetado: a) la regla de la mayoría, que en el constitucionalismo actual constituye una condición indispensable para resolver los conflictos; b) la participación de todos los intervinientes en el procedimiento legislativo, en condiciones de libertad e igualdad; y, en fin, c) la adecuada publicidad y transparencia de las actuaciones que ocurran dentro de las Cámaras, constituyendo el secreto una excepción.

El problema planteado no se resolverá tampoco a través del ejercicio de la atribución que le otorga el art. 68 bis a la Corte Constitucional, según el cual ésta "resolverá los conflictos de competencia entre el Congreso de Diputadas y Diputados y la Cámara de las Regiones, o entre éstas y el Presidente de la República", ya que tal disposición sólo pareciera aludir a la resolución de los problemas que dicen relación con los vicios de competencia que se susciten entre las Cámaras o entre éstas y el Presidente de la República, pero no a los vicios procedimentales que se produzcan durante el proceso de formación de la ley. Al no existir algo parecido a la facultad que se contiene hoy en el art. 93 N° 3 de la Carta actual, no queda claro cómo se conocen y resuelven los conflictos de *iter legis* entre Ejecutivo y Legislativo, lo cual es un retroceso al esquema que existía antes de la reforma de 1970.

c.- Por último y en relación específica a la inaplicabilidad, constatamos una regresión en el derecho de las personas de acceso a la justicia y a la tutela judicial efectiva, conforme a lo que hoy sucede, al restringir la solicitud de inaplicabilidad al juez de la gestión, sin que las partes puedan directamente requerir a la Corte Constitucional (art. 69 inciso 2°), por cuanto, en los hechos, la acción de inaplicabilidad ha pasado a ser una forma de tutelar los derechos fundamentales de las personas.

En la actualidad, si bien tanto las partes como el juez pueden pedir la inaplicabilidad de un precepto legal, más del 98% de las acciones son ejercidas por las partes, entre las que se cuentan no sólo personas naturales y jurídicas de derecho privado, sino también instituciones públicas, como las Municipalidades, la Defensoría Penal Pública y el Fisco, a través del Consejo de Defensa del Estado.

Como tampoco se ha establecido otro mecanismo que permita a las personas el acceso a la Corte Constitucional en el caso de vulneración de sus derechos fundamentales, como podría ser la acción de amparo constitucional que existe en el Derecho Comparado o una acción de reunificación de jurisprudencia en relación con alguna acción de tutela entregada a los tribunales ordinarios, el derecho que tienen las personas de acudir al nuevo órgano de Justicia Constitucional se ve seriamente limitado.

1.2. Control de constitucionalidad de otras reglas:

a.- Apreciamos un vacío en cuanto al control de los tratados internacionales que el Presidente de la República presenta al Congreso para su aprobación o rechazo antes de su ratificación, con la sola exclusión de los tratados internacionales en materia de derechos humanos de conformidad al artículo 10 letra g) del Borrador. En varias Constituciones comparadas tal control es el único de carácter preventivo que se contempla, ya que busca examinar la constitucionalidad del tratado antes de que, ya aprobado por el Congreso, el Estado se encuentra comprometido internacionalmente. La cuestión adquiere relevancia para el control de constitucionalidad, por ejemplo, de los Tratados de Libre Comercio.

b.- Tampoco se confía a la Corte Constitucional el control de las reformas constitucionales, el cual, al menos cabe respecto de los vicios de forma en los que se ha haya incurrido durante su tramitación. Tal control resulta ser un mecanismo eficaz para evitar graves conflictos entre el Congreso y el Presidente de la República, ya que ambos actúan en esta materia como órganos encargados de ejercer el poder constituyente derivado o instituido.

c.- No existe mención asimismo al control de constitucionalidad a la convocatoria a plebiscito o referéndum.

1.3. Resolución de controversias de otra índole.

Sobre este aspecto, llama la atención que no se confíe a la nueva Corte Constitucional la resolución de asuntos que, de entregarse exclusivamente a órganos de carácter político, como las Cámaras o el Presidente de la República, lleven a que primen en ella apreciaciones favorables o adversas por motivos políticos contingentes. Nos referimos a las inhabilidades, incompatibilidades y causales de cesación en el cargo de los parlamentarios; las inhabilidades que afecten a un Ministro de Estado; y, en fin, la inhabilidad del Presidente electo, del que está en ejercicio y el pronunciamiento sobre la renuncia de éste último.

2. En relación a las Disposiciones Transitorias:

Las normas transitorias buscan distribuir los tiempos en que se imponen los cambios, para establecer una gradualidad en la forma en que comienzan a regir las nuevas disposiciones, incluyendo a veces momentos de espera que incluyen la ultractividad de la aplicación de las normas anteriores, todo con el fin de dar certezas y previsibilidad para la adecuada implementación del nuevo modelo. Así las disposiciones transitorias deben tener

la capacidad de resolver los problemas existentes, de anticiparse a los previsibles y de incluir mecanismos que dejen encaminados la solución de conflictos eventuales.

Al enfrentarnos a disposiciones transitorias constitucionales que surjan como consecuencia del establecimiento de una nueva Carta Fundamental, se abren nuevas complejidades debido al carácter supremo que tiene la Constitución y a que ella fija el ámbito de validez del resto de las normas del ordenamiento jurídico.

Surgen así una serie de interrogantes que dicen relación con las normas transitorias que se han propuesto por la Comisión de Normas Transitorias referidas a la Justicia Constitucional y que pasamos a describir:

2.1 El marco constitucional de las normas transitorias

Existen reglas incorporadas a la Carta actual que dicen relación con las disposiciones transitorias y con la entrada en vigencia de una nueva Constitución que la Comisión de Normas Transitorias deberá tener especialmente en cuenta al proponerlas al Pleno.

Así, conforme al art. 138 de la Constitución actual:

"La Convención podrá establecer disposiciones especiales de entrada en vigencia de algunas 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".

Por su parte, el inciso 10° del art. 142 establece que, de aprobarse por la ciudadanía el texto sometido a plebiscito, *"el Presidente de la República deberá, dentro de los cinco días siguientes a la comunicación de la sentencia referida en el inciso anterior* (la sentencia de proclamación del plebiscito), *convocar al Congreso Pleno para que, en un acto público y solemne, se promulgue y se jure o prometa respetar y acatar la Nueva Constitución Política de la República de Chile. Dicho texto 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 esta 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"*

2.2 En cuanto a los plazos de instalación de la Corte Constitucional (Artículo 9 B), inciso primero y cuarto.

2.2.1 El inciso 1° de la Disposición Transitoria N° 9 B establece:

La Corte Constitucional deberá quedar instalada dentro de los cuatro meses siguientes a la entrada en vigencia de la presente Constitución. Con todo, la Corte Constitucional podrá instalarse y comenzar a funcionar con, a lo menos, dos tercios de sus integrantes.

Sin embargo, para que dicha norma opere se requiere que se haya dictado la Ley que regula el funcionamiento de esta instancia jurisdiccional, materia que trata el inciso 4° de la misma disposición transitoria N° 9 B, que tiene el siguiente tenor:

La ley que regule la organización, funcionamiento, procedimientos y fije la planta, régimen de remuneraciones y estatuto del personal de la Corte Constitucional, deberá ser dictada dentro de los tres meses siguientes a la vigencia de la presente Constitución.

Al parecer de este Tribunal es difícil que se cumpla con el propósito de concretar en un período tan excesivamente corto la ley, debido a la complejidad del tema que abarca y los tiempos que se requieren para que los órganos colegisladores la aprueben en forma adecuada. Sin perjuicio de ello conviene anotar que existe otra disposición transitoria (la N° 37) que, en su primera parte, puede resultar más conveniente de aplicar por los motivos recién expresados, ya que, sin perjuicio de permitir excepciones -como sería la de nuestro caso- dispone como regla general: *"Los nuevos tribunales creados en virtud de esta Constitución entrarán en vigencia una vez dictada la ley respectiva, salvo las excepciones contenidas en esta Constitución y sus normas transitorias".*

Estas materias son esenciales para el debido funcionamiento de la Corte Constitucional y para garantizar que el nuevo diseño de la justicia constitucional sea adecuado a las necesidades de la convivencia democrática, siendo la opinión de este Tribunal que resulta altamente conveniente que supedite la instalación de la Corte Constitucional a la dictación de la Ley que la regule, como acertadamente propone la Convención Constitucional, pero no parece razonable pensar que ésta podrá ser dictada y aprobada en un plazo tan breve.

2.2.2 Surge también el problema de que el período de instalación de la nueva Corte Constitucional a que se refiere el inciso 1° de la disposición transitoria N° 9 B[2] será difícilmente cumplido. Para ello deben tenerse presente además las siguientes reglas ya incorporadas al borrador de nueva Constitución y disposiciones transitorias propuestas:

---

[2] "La Corte Constitucional deberá quedar instalada dentro de los cuatro meses siguientes a la entrada en vigencia de la presente Constitución. Con todo, la Corte Constitucional podrá instalarse y comenzar a funcionar con, a lo menos, dos tercios de sus integrantes".

- De acuerdo al art. 65 del borrador de nueva Constitución (N° 435), los 11 integrantes de la Corte Constitucional se designan de la siguiente forma:

a) Cuatro integrantes elegidos por la mayoría de las y los integrantes del Congreso de Diputadas y Diputados y de la Cámara de las Regiones en sesión conjunta.

b) Tres integrantes elegidos por la o el Presidente de la República.

c) Cuatro integrantes elegidos por el Consejo de la Justicia, a partir de concursos públicos. En caso de ser designados juezas o jueces del Sistema Nacional de Justicia, quedarán suspendidos de sus cargos judiciales de origen en tanto se extienda su función en la Corte Constitucional.

- Por otra parte, en la misma propuesta de normas transitorias resulta, por una parte, que *"dentro del plazo de dos años desde la entrada en vigencia de esta Constitución, deberá dictarse la ley sobre el Consejo de Justicia"* (Disposición Transitoria N° 41), siendo cuatro los integrantes de la Corte Constitucional que son elegidos por tal Consejo (art. 66 letra c) y además la misma regla que ya forma parte del Borrador de nueva Constitución dispone que otros cuatro integrantes son elegidos *"por la mayoría de los integrantes del Congreso de Diputadas y Diputados y de la Cámara de las Regiones en sesión conjunta"* (art. 66 letra a), en circunstancias que, de acuerdo a la disposición transitoria segunda de la Unidad Temática del Poder Legislativo: *"Los capítulos, artículos y referencias al Poder Legislativo entrarán en vigencia el 11 de marzo de 2026, con excepción de las reglas de la Constitución para el Congreso de Diputadas y Diputados y la Cámara de la Regiones, así como las facultades de los mismos órganos que entrarán en vigor desde el momento de la convocatoria de dichos procesos electorales en conformidad a la ley electoral que se dicte para tal efecto. En el tiempo intermedio seguirán rigiendo las disposiciones de los capítulos IV, V y XV de la Constitución establecidas en el texto refundido, coordinado y sistematizado que se encuentra establecido en el Decreto Número 100 de 17 de septiembre de 2005".*

- Por último, el inciso 3° de la disposición transitoria N° 9 B, establece:

Para proceder al primer nombramiento de las jueces y juezas de la Corte Constitucional se aplicarán las siguientes reglas:

a) El tercio correspondiente al Congreso será elegido conforme a lo dispuesto en el artículo XX (Corte Constitucional), para lo cual se convocará, previamente, a un concurso público por las Cámaras del Congreso, dentro del primer mes de entrada en vigencia de esta Constitución.

b) El tercio correspondiente a la Presidencia de la República será nombrado tan pronto el Consejo de la Justicia se hubiere instalado y haya procedido a proponerle las nóminas a que se refiere el artículo XX (Corte Constitucional).

c) El tercio que corresponde ser elegido de entre los jueces y juezas de la jurisdicción ordinaria, por votación, entre sus pares que ostenten la calidad de titulares, se hará a partir de un padrón de personas habilitadas para sufragar, conforme al artículo XX (Corte Constitucional), elaborado por la Corporación Administrativa del Poder Judicial, dentro del primer mes de entrada en vigencia de la presente Constitución, considerando como día de cierre del mencionado padrón la fecha de entrada en vigencia de esta Constitución. La inscripción de candidaturas, el proceso eleccionario y su calificación estarán a cargo del Tribunal Calificador de Elecciones, el cual determinará las fechas y demás aspectos necesarios para su correcto desarrollo, y que podrá requerir la asistencia y colaboración del Servicio Electoral, en caso necesario. La elección se realizará en la fecha que establezca el Tribunal Calificador de Elecciones, la que no podrá ser superior a los tres meses de la entrada en vigencia de esta Constitución.

2.2.3 Ahora bien, el problema que plantean las reglas ya transcritas llevan a que el plazo de cuatro meses o menos para la instalación de la Corte probablemente no pueda ser cumplido por las razones que se expondrán a continuación.

En cuanto a que el *"tercio correspondiente a la Presidencia de la República será nombrado tan pronto el Consejo de la Justicia se hubiere instalado"* debe tenerse presente que, según la regla transitoria ya transcrita, ello dependerá de que la ley que regule dicho órgano sea dictada. Como para que ello suceda se fija un plazo de hasta dos años desde la entrada en vigencia de la Carta, no podrá el Presidente de la República efectuar ese nombramiento antes de los cuatro meses a que se refiere la disposición transitoria.

En relación al tercio que corresponde a jueces o juezas del Sistema Nacional de Justicia, la fórmula propuesta por la norma transitoria ignora que éstos deben ser designados por el Consejo de la Justicia, a partir de concursos públicos, estableciendo un procedimiento ad hoc, diferente del que señala la norma del Borrador, por cuanto ésta también se pone en el caso de que sean elegidos personas que no sean "juezas o jueces del Sistema Nacional de Justicia", según se lee en la letra c) del art. 65 del texto ya aprobado por el pleno, efectuándose como consecuencia del sistema ad hoc transitorio una elección especial entre los propios jueces integrantes de tal Sistema.

Por otra parte, si se revisa otra materia confiada a la resolución de la Corte Constitucional que se encuentra en una norma transitoria, como es la referida "al primer estatuto que elaboren las regiones autónomas, que tendrá vigencia provisoria desde que fueran aprobadas por éstas y controladas en su constitucionalidad por la Corte Constitucional" (Disposición Transitoria N°2 de la Unidad Temática 3: Forma de Implantación), se tiene que la Disposición Transitoria N° 1 de esa misma Unidad Temática dispone que en un término no mayor de un año a partir de la entrada en vigencia de la Constitución, "el Poder Legislativo aprobará la ley marco que regule el sistema de atribución y transferencia de competencias de las entidades territoriales y su financiamiento". Por lo tanto, primero debe dictarse una ley marco -para lo cual se fija un plazo para despacharla

que puede durar hasta un año desde la entrada en vigor de la nueva Carta- para que después las regiones autónomas estén en condiciones de elaborar un primer estatuto cuya constitucionalidad debe controlar la nueva Corte Constitucional. Lo anterior no se condice con la instalación de la nueva Corte en un plazo menor a un año desde que rija la nueva de la Carta.

Todo anterior es, por cierto, sobre la base de que la nueva Carta entre en vigencia y se tenga por derogada la anterior desde la publicación del nuevo texto constitucional en el Diario Oficial, conforme a lo que dispone el ya transcrito inciso 10° del art. 142 de la Constitución ahora vigente. La interpretación integral de los arts. 138 y 142, contenidos en el Capítulo XV de la actual Constitución, da cuenta de que la regla general es la derogación, aun cuando los plazos de vigencia pueden diferirse a "normas o capítulos". Pero, ¿podría diferirse totalmente? Si, se podría hacer, ya que sería un vicio sustancial no judiciable, lo cual permitiría salvar las dificultades ya descritas.

2.3 En cuanto a la supresión del Tribunal Constitucional, a su funcionamiento en un período intermedio y a un sistema de control constitucional durante el período transitorio

De acuerdo con la Disposición Transitoria N° 9 E:

"El Tribunal Constitucional se entenderá suprimido de pleno derecho al cabo de seis meses de la entrada en vigencia de esta Constitución.

Las causas que se encuentren radicadas en el Tribunal Constitucional, al momento de la entrada en vigencia de la presente Constitución, seguirán siendo conocidas por éste hasta su sentencia de término. Para dicho efecto, los procedimientos y demás disposiciones legales que les eran aplicables subsistirán vigentes por el término necesario para la conclusión de dichos procesos, el cual no podrá exceder el plazo señalado en el inciso primero del artículo XX transitorio (anterior).

Vencido el anterior plazo, las causas que se mantuvieren pendientes serán traspasadas a la Corte Constitucional, que asumirá su tramitación en conformidad al procedimiento vigente al momento de su iniciación".

2.3.1. Varias interrogantes se abren si se analizan en forma conjunta la recién transcrita disposición transitoria, la recaída en la instalación de la Corte Constitucional y las reglas sobre derogación de la Constitución anterior y entrada en vigor de la nueva contempladas en el ya transcrito art. 142 de la Constitución actual. Así observamos las siguientes:

a.- Mientras no entre en funcionamiento la Corte Constitucional, el Tribunal Constitucional seguirá conociendo únicamente las causas que ya están radicadas en él hasta su sentencia de término. Sin embargo, constatamos que se producirá un espacio de tiempo en el que no habrá órgano alguno que pueda entrar a conocer nuevos conflictos de constitucionalidad.

En efecto, tal período, como ya vimos, es de al menos cuatro meses desde que entre en vigencia la Constitución para que la Corte Constitucional pueda llegar a ejercer sus funciones, pudiendo entenderse incluso que tal lapso se podría extender hasta al menos dos años desde tal momento, sin que en el tiempo intermedio que se confíe competencia a la actual judicatura encargada del ejercicio del control de constitucionalidad la función de resolver los conflictos constitucionales que surjan durante el tiempo intermedio. Es decir, no habrá supremacía constitucional, a pesar de que ello está establecido como un principio estructurante del nuevo texto constitucional en el art. 15 del Borrador (párrafo 116). Así sucedió en España al pasar algunos años hasta que entró en funcionamiento el Tribunal Constitucional, lo cual acarreó serias dificultades. La Constitución pasará a ser una ley simple, sin control de constitucionalidad, y con ello se corre el peligro de su flagrante atropello.

Lo anterior resulta muy complejo para el debido funcionamiento del Estado Constitucional y Democrático de Derecho ya que, al no entregarse competencia al Tribunal Constitucional para ejercer el control de constitucionalidad de actos estatales que pudieran atropellar la Constitución hasta que el momento en que se instale la nueva Corte, tales actos no podrán ser juzgados por órgano alguno.

Entonces, ¿quién resolverá la contradicción que surja especialmente entre las normas legales y el nuevo ordenamiento constitucional durante el período en que aún no entre en funcionamiento la nueva Corte Constitucional?

Como señalamos, casi en su totalidad, se trata de asuntos donde las partes -y excepcionalmente los jueces- plantean cuestiones donde se sostiene la vulneración de derechos fundamentales, lo que requiere que subsista el derecho a plantearlos ante la Magistratura competente, de conformidad con el antes citado art. 15 contemplado en el Borrador de nueva Constitución, que dispone expresamente: "*Supremacía Constitucional y Legal. Chile es un Estado fundado en el principio de la supremacía constitucional y el respeto irrestricto a los derechos humanos*".

b.- Por otra parte, se señala que el Tribunal Constitucional seguirá conociendo las causas que se encuentren radicadas en él de acuerdo con "los procedimientos y demás disposiciones legales que les sean aplicables" y por "el término necesario para la conclusión de dichos procesos, el cual no podrá exceder el plazo señalado en el inciso primero de la

disposición transitoria" anterior, es decir, el de seis meses desde la entrada en vigencia de la Constitución.

Surge entonces el problema de determinar cuál es el texto constitucional que habrá de aplicar el Tribunal Constitucional en la resolución de las causas radicadas en él: ¿el derogado por la entrada en vigor de la nueva Carta o el contemplado en esta última?

Ello por cuanto la disposición transitoria N° 9 E, inciso 2°, sólo alude a la ultractividad de "los procedimientos y demás disposiciones legales que les eran aplicables", o sea, a reglas de carácter procedimental (contenidas especialmente en la ley orgánica constitucional del Tribunal Constitucional N° 17.997 contenida en el DFL N° 5, de 2010, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia) o a otras disposiciones legales "que les sean aplicables". Las normas procedimentales son necesarias para el examen y resolución de los asuntos sometidos a su decisión, sin embargo, al referirse el precepto propuesto a "otras disposiciones legales aplicables", no existe una alusión a la ultractividad de las normas sustantivas de la Carta que son las que fundamentan las sentencias del Tribunal Constitucional. No se trata, por lo tanto, sólo de las "disposiciones legales" sino que de la misma Constitución que queda incorporada como norma al conflicto. O si no, ¿en qué consistiría el conflicto de constitucionalidad que conoce el TC?.

El problema recién planteado cobra relevancia si se tiene presente que la derogación de la Carta Fundamental actual en principio se causaría por la sola entrada en vigor de la nueva Constitución (art. 142 inciso 10° de la Constitución actualmente vigente). Por lo tanto, salvo en aquellas normas o capítulos de la Constitución derogada que pervivirían según ciertas disposiciones transitorias, el resto de las nuevas normas constitucionales entrarían inmediatamente en vigor. Ello sucederá especialmente en relación con las reglas que reconocen derechos fundamentales, cuyo atropello fundamenta especialmente las acciones de inaplicabilidad de que conoce el Tribunal Constitucional.

c.- La regla que señala que, vencido el plazo de seis meses que tiene el Tribunal Constitucional para terminar con las causas radicadas en él, las que se encuentren pendientes de resolución serán traspasadas a la Corte Constitucional para asumir su tramitación en conformidad al procedimiento vigente al momento de su iniciación, en sí misma constituye una vulneración a la propia Constitución.

Ello es así por cuanto no puede olvidarse que los requerimientos de que conoce fueron planteados en relación con la Constitución anterior y no resulta posible que una nueva Corte Constitucional, encargada de velar por la supremacía del nuevo texto, pueda llegar a examinar y declarar la inconstitucionalidad de normas sobre las cuales carece de toda competencia por ser éstas parte del régimen anterior.

El traspaso de las causas además es la negación de la regla de radicación o fijeza en materia de competencia; si ello ocurre es posible que sea inédito en la historia del derecho chileno. La cuestión se podría zanjar permitiendo la pervivencia del Tribunal Constitucional por un tiempo determinado que se estime prudente para la conclusión de las causas sometidas a su conocimiento, permitiendo una transición similar a la que reguló el cambio del sistema penal inquisitivo.

2.4 Sobre las reglas para el primer nombramiento de los jueces y juezas de la Corte Constitucional y el cese los actuales ministros del Tribunal Constitucional.

De acuerdo al inciso 2° y 3° de la Disposición transitoria N° 9 B:

Las y los ministros del Tribunal Constitucional no podrán ser elegidas o elegidos como juezas o jueces de la Corte Constitucional.

Este Tribunal no tiene observaciones sobre el mecanismo de nominación. Por el contrario, valora que la designación de los jueces en las reglas contenidas en el Borrador de la nueva Constitución esté orientada a garantizar la autonomía del órgano jurisdiccional y esté condicionada al conocimiento técnico y la trayectoria profesional de las candidatas y candidatos. De igual forma, estimamos que el sistema de renovación y cese de funciones que se aprobó bajo la modalidad del sorteo es adecuado para fortalecer la autonomía de la justicia constitucional.

Sin embargo, estimamos pertinente solicitar a la Convención Constitucional reconsiderar la norma del inciso 2° de la disposición transitoria en comento, que imposibilita la elección de las y los ministros del Tribunal Constitucional como juezas o jueces de la Corte Constitucional, por las siguientes consideraciones:

a.- La norma restringe la elección de las y los ministros del Tribunal Constitucional actualmente en ejercicio, ya que son los únicos que conservarían dicha calidad al momento de la entrada en vigor de esta normativa, pudiendo, sin embargo, postularse sin inconvenientes quienes en el pasado ejercieron como sus ministras o ministros.

b.- No se observan razones justificadas para impedir que las ministras o ministros en ejercicio puedan postular a un nombramiento regulado bajo el sistema establecido en los literales a) y b) del inciso 3° de la misma disposición transitoria N° 9 B que ya transcribimos con anterioridad y que considera un sistema de concurso público y oposición de antecedentes, en donde pueden ser escrutados sus conocimientos técnicos y trayectoria profesional a efectos de ponderar su idoneidad para servir adecuadamente a estos cargos.

El referido derecho a optar a cargos públicos se contempla, por lo demás, en diversas otras de las disposiciones transitorias propuestas, como sucede, por ejemplo, respeto de los jueces integrantes de los tribunales tributarios y aduaneros, Juzgado de Cuentas de la Contraloría, Tribunal de la Contratación Pública y Tribunal de Propiedad Industrial que son fusionados en los nuevos tribunales administrativos[3], siendo sólo los jueces que se encuentran en funciones en el Tribunal Constitucional a quienes no se les reconoce tal derecho.

El derecho de opción, por lo demás, también se estableció en el pasado, como sucedió, por ejemplo, con la Disposición Transitoria N° 14° de la actual Constitución. Todos los

---

[3] Numerosas disposiciones transitorias permiten a quienes ejercen actualmente la judicatura en determinados tribunales optar a cargos equivalentes. Así "la ley podrá establecer mecanismos transparentes, con criterios técnicos y de mérito profesional, para que las y los jueces y personal de los Tribunales fusionados puedan optar a cargos equivalentes en los tribunales administrativos o sean traspasados a éstos, en su caso" (Normas transitorias del Sistema de Justicia, disposición transitoria N°3, inciso 2°); "la ley podrá establecer mecanismos transparentes, con criterios técnicos y de mérito profesional, para que las y los jueces y personal de planta de los juzgados de policía local puedan optar a cargos equivalentes en los juzgados vecinales, o sean traspasados a éstos, en su caso" (Normas transitorias del Sistema de Justicia, disposición transitoria N°4, inciso 2°). Por otra parte, se establecen reglas especiales para los jueces que cumplan 70 años de edad "La regla sobre cese en el cargo de jueces y juezas por alcanzar los setenta años de edad, contenida en el artículo [Artículo 3.- Cesación de juezas y jueces], comenzará a aplicarse transcurridos diez años desde la entrada en vigencia de la presente Constitución. En el intertanto, la regla sobre cese en el cargo de jueza o juez se mantendrá en setenta y cinco años de edad (Disposición Transitoria N° 12); "El cese de funciones a los 70 años de edad no será aplicable a las personas que a la fecha de entrada en vigencia de esta Constitución formen parte del escalafón primario del Poder Judicial, regulado en el Código Orgánico de Tribunales, quienes cesarán en sus funciones al cumplir los 75 años de edad" (Disposición Transitoria N° 13); "Respecto al cese de funciones, a los 70 años de edad, así como el plazo de catorce años en el cargo de miembro de la Corte Suprema a que se refiere el inciso tercero del artículo 8°, no será aplicable a las personas que a la fecha de entrada en vigencia de esta Constitución formen parte del escalafón primario del Poder Judicial, regulado en el Código Orgánico de Tribunales, ni a los jueces de los juzgados de policía local, quienes cesarán en sus funciones al cumplir los 75 años de edad. Asimismo, no serán aplicables a quienes formen parte del escalafón primario del Poder Judicial regulado en el Código Orgánico de Tribunales, ni a los jueces de policía local en ejercicio, ninguno de los requisitos que la Constitución exige para ser nombrados en las calidades que actualmente desempeñen" (Disposición Transitoria N° 17). En relación a otros cargos públicos, se establecen asimismo reglas que favorecen a quienes los desempeñan actualmente. Así "Los y las fiscales y los funcionarios y las funcionarias que se encuentren en funciones a la época de la entrada en vigencia de esta Constitución permanecerán en sus cargos y solo cesaran en ellos de conformidad con lo que dispongan sus respectivos estatutos" (Disposición Transitoria N° 22 B). "Los actuales miembros del Consejo del Banco Central permanecerán en sus cargos por el término para el cual fueron designados. Los nuevos miembros serán designados por las autoridades que establece la Constitución" (Disposición Transitoria N° 30, inciso 2°)

órganos tienen una opción y hacer recaer en los actuales ministros el peso de la transición constituye una arbitrariedad sin justificación.

3 En relación con los funcionarios del Tribunal Constitucional:

La Disposición Transitoria N° 23 expresa:

"La ley regulará el traspaso o cese de funcionarios y funcionarias derivados de la creación de nuevos órganos que reemplacen a otros. Los funcionarios y funcionarias mantendrán su estatuto laboral en lo que sea correspondiente.

Mientras no se dicten dichas leyes, se mantendrá vigente la regulación actual, en todo aquello que no sea incompatible con esta Constitución. No se reemplazará a ningún funcionario ni funcionaria por la mera entrada en vigencia de esta Constitución, a no ser que ésta, o sus disposiciones transitorias lo digan expresamente"

Debería determinarse la situación laboral de los funcionarios que actualmente prestan funciones en el Tribunal Constitucional, cuestión sobre lo que se observa un vacío normativo en el texto constitucional propuesto.

Estimamos de la mayor importancia que en el texto mismo de la propuesta de nueva Constitución se disponga que los funcionarios que, con singular esmero y profesionalismo, desempeñan sus funciones actualmente en el Tribunal Constitucional, serán traspasados, con todos sus derechos laborales y previsionales, a la Corte Constitucional que se propone. Con ello, no sólo se garantiza el respeto del régimen funcionario y laboral que los rige, sino que se reconoce el trabajo que realizan en ejercicio de sus importantes tareas.

4 Conclusión

El Tribunal Constitucional, junto con reiterar que valora el trabajo y la decisión adoptada por la Convención Constitucional en relación con proponer una Corte Constitucional, como órgano jurisdiccional especializado para ejercer el control de constitucionalidad de la actividad del poder estatal, ha considerado indispensable -con el ánimo de contribuir a un mejor resultado de ese trabajo en pro de una eficaz justicia constitucional- plantear algunos vacíos que visualizamos en las normas ya aprobadas y algunas dificultades que plantean las normas propuestas por la Comisión de Normas Transitorias.

En primer lugar, en relación con la inaplicabilidad de preceptos legales, en cuanto no alcanza a cubrir otras hipótesis de inconstitucionalidad que es necesario considerar, como permitir que el control para declarar inconstitucional un precepto legal que no haya sido previamente declarado inaplicable, pueda ser activado a requerimiento de órganos

constitucionalmente autorizados, especialmente cuando vulneren principios o reglas orgánicas establecidas en la Constitución. Asimismo, el control de los vicios de forma, particularmente para cautelar el resguardo del principio democrático durante el proceso legislativo, y, finalmente, en mantener -en cuanto expresión del Derecho de las personas de acceso a la justicia y a la tutela judicial efectiva- que las partes, en una gestión pendiente, puedan requerir la inaplicabilidad de preceptos legales.

En segundo lugar, planteamos los vacíos que se aprecian en materia de tratados internacionales, en el control de las reformas constitucionales y en asuntos tales como inhabilidades, incompatibilidades y causales de cesación en el cargo de los parlamentarios; las inhabilidades que afecten a un Ministro de Estado; y la inhabilidad del Presidente electo, del que está en ejercicio y el pronunciamiento sobre la renuncia de éste último.

Por último, respecto de las disposiciones transitorias, sometemos a consideración de la Convención diversas cuestiones vinculadas con los plazos de instalación de la Corte Constitucional; en cuanto a la supresión del Tribunal Constitucional, a su funcionamiento en un período intermedio y a un sistema de control constitucional durante el período transitorio; sobre las reglas para el primer nombramiento de los jueces y juezas de la Corte Constitucional y el cese los actuales ministros; y, especialmente, en relación con los funcionarios del Tribunal Constitucional.