



EN LO PRINCIPAL: Formula requerimiento de inconstitucionalidad del proyecto que “Modifica la Carta Fundamental, para Establecer y Regular un Mecanismo Excepcional de Retiro de Parte de los Fondos Previsionales, en las Condiciones que Indica” (Boletines N° 13.950-07, 14.054-07 y 14.095-07, refundidos); **PRIMER OTROSÍ:** Acompaña documentos; **SEGUNDO OTROSÍ:** Petición que indica; **TERCER OTROSÍ:** Solicita alegatos en la forma que indica; **CUARTO OTROSÍ:** Solicita alegatos respecto del fondo del requerimiento; **QUINTO OTROSÍ:** Patrocinio y poder.

EXCELENTÍSIMO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

SEBASTIÁN PIÑERA ECHENIQUE, Presidente de la República, **RODRIGO CERDA NORAMBUENA**, Ministro de Hacienda, **JUAN JOSÉ OSSA SANTA CRUZ**, Ministro Secretario General de la Presidencia, y **PATRICIO MELERO ABAROA**, Ministro del Trabajo y Previsión Social, todos domiciliados para estos efectos en el Palacio de la Moneda, comuna y ciudad de Santiago, a US. Excma., respetuosamente decimos:

Que, en virtud de la facultad que nos confiere el artículo 93 inciso primero N° 3 en relación al inciso cuarto de la Constitución Política de la República (en adelante, “Constitución”, “Constitución Política”, “Carta Fundamental”, o “CPR”, indistintamente), los artículos 61 y siguientes del decreto con fuerza de ley N° 5, de 2010, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la ley N° 17.997 Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional (en adelante, “LOCTC” o “Lev N° 17.997”, indistintamente), y demás normas aplicables, venimos en formular requerimiento de inconstitucionalidad (en adelante, “Requerimiento”) a fin de que este Excmo. Tribunal declare la inconstitucionalidad del proyecto que “**Modifica la Carta Fundamental, para Establecer y Regular un Mecanismo Excepcional de Retiro de Parte de los Fondos Previsionales, en las Condiciones que Indica**” (Boletines N° 13.950-07, 14.054-07 y 14.095-07, refundidos), y que mediante un artículo único agrega una nueva disposición Quincuagésima transitoria a la Constitución (en adelante, “Proyecto” o “Proyecto de Reforma Constitucional Impugnado”, indistintamente).

El Proyecto que venimos a impugnar, apartándose del precedente sentado por este Excmo. Tribunal en STC Rol N° 9797-2020, del texto expreso de la Constitución y la práctica constitucional chilena, establece un nuevo derecho a retiro selectivo de seguridad social de los fondos contenidos en las cuentas de capitalización individual que administran las



Administradoras de Fondos de Pensiones (en adelante, “AFP”), valiéndose de una disposición constitucional transitoria de carácter general. El Proyecto señala que dicho retiro sería “excepcional” y “voluntario”. El Proyecto crea, también, el derecho a que los pensionados bajo la modalidad de rentas vitalicias puedan retirar las rentas futuras que eventualmente podrían percibir, desde los contratos de seguro consentidos, y del patrimonio de las compañías aseguradoras.

En consecuencia, el Proyecto, como afirmamos y analizaremos a continuación, infringe el procedimiento previsto por la Carta Fundamental para reformar la Constitución, contenido en su Capítulo XV y, muy particularmente, el artículo 127. Lo infringe, porque se salta u omite el procedimiento y los quórums previstos para su reforma expresa. El Proyecto no enmienda o reforma ninguna palabra, frase, oración, artículo, o capítulo de la Constitución, sino que, implícitamente, contradice las reglas permanentes agregando una disposición transitoria que autoriza el retiro de fondos previsionales y los demás aspectos señalados.

El Proyecto, al ser una enmienda implícita de sus disposiciones permanentes, violenta el sentido mismo de la Constitución, conforme al cual, se promulgan reglas generales y permanentes que imperan sobre todos los ciudadanos y autoridades, prescribiendo, por el contrario, reglas de seguridad social selectivas, vía una “disposición transitoria” de la Carta Fundamental.

De este modo, de aprobarse una reforma como la propuesta, se constataría la existencia de dos Constituciones paralelas, con normativas contradictorias. Una, permanente y general, que crea objetivamente un sistema de seguridad social para proveer y enfrentar las contingencias que sufren las personas, el que contempla un derecho fundamental y una legislación que dota de contenido esencial al sistema, prescribiendo cotizaciones obligatorias afectas constitucionalmente a ese fin. Esta legislación contempla, además, un conjunto de cuentas de capitalización, fondos y regulaciones bajo deberes fiduciarios que administran e invierten las AFP, con estrictas reglas de operación, organización, inversión, responsabilidad y deberes de pagar las pensiones que el sistema ordena. La “otra” Constitución, que establece reglas contradictorias a las establecidas en el texto permanente, transforma las cotizaciones previsionales en un depósito de sus titulares que pueden voluntariamente retirar de sus cuentas individuales cuando le parezca y para cualquier fin personal, desalentando la administración técnica y especializada de esos fondos, a largo plazo. De este modo, se contraviene la orden de la Constitución a que la acción del Estado “*estará dirigida a garantizar el acceso de todos los habitantes al goce de prestaciones básicas uniformes*” (artículo 19 N° 18 de la CPR).



Como se verá durante el desarrollo de este Requerimiento, de aprobarse una normativa como la que propone este Proyecto, se lesiona la supremacía constitucional y la fuerza y jerarquía normativa de sus disposiciones permanentes (artículos 1° inciso cuarto, 6° y 7°, en relación con los artículos 19 N° 18, 20 y 24, 65 incisos tercero y cuarto N° 1 y 6, y 127 de la Carta Fundamental).

Es importante anotar, que este Proyecto constituye un abierto intento de desconocer y de incumplir la sentencia que este Excmo. Tribunal dictara en el proceso Rol 9797-2020, en la medida que los mismos actores y quienes fueron parte en aquel proceso constitucional, ahora, en los sustancial, inician un proyecto de reforma prácticamente idéntico al anterior. Al proceder de este modo, se afecta la vinculación directa de las sentencias del Excmo. Tribunal Constitucional y la función de garante de la supremacía constitucional que le ha sido atribuida, como intérprete final de la Constitución. Ello constituye una infracción especial a los artículos 6 y 7 en relación con el artículo 94 de la Constitución.

Por último, el Proyecto pretende incluir normas sobre anticipos de fondos de rentas vitalicias, en términos casi idénticos de aquellos que se proponían en el proyecto de reforma constitucional refundido que modifica la Carta Fundamental para permitir el retiro excepcional de fondos acumulados en compañías de seguros, bajo la modalidad de rentas vitalicias (Boletines N°s 13.763-07, 13.764-07 y 13.819-07 refundidos) (en adelante, **“proyecto de reforma constitucional de “retiro” de rentas vitalicias”**) que fue rechazado por la H. Cámara de Diputados en enero pasado, infringiendo con ello lo dispuesto en el artículo 68 de la Constitución, en relación con el artículo 127, inciso tercero, de la misma Carta Fundamental.

Todo lo anterior se manifiesta de manera contundente de su sola lectura. En efecto, el Proyecto fue recientemente aprobado, en primer trámite constitucional por la H. Cámara de Diputados, y aprobado en general por la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del H. Senado (en adelante, **“Comisión de Constitución del Senado”**). Como se expondrá en el Capítulo I, el texto correspondería al siguiente:

“Artículo único.- Agrégase la siguiente disposición transitoria en la Constitución Política de la República:

“QUINQUAGÉSIMA. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 65, inciso cuarto, número 6, excepcionalmente, y para mitigar los efectos sociales derivados del estado de excepción constitucional de catástrofe por calamidad pública decretado a causa del COVID-19, autorízase a los afiliados del sistema privado de pensiones regido por el decreto ley N° 3.500, de 1980, a realizar



voluntaria y excepcionalmente un nuevo retiro de hasta el 10 por ciento de los fondos acumulados en su cuenta de capitalización individual de cotizaciones obligatorias, estableciéndose como monto máximo de retiro el equivalente a 150 unidades de fomento y un mínimo de 35 unidades de fomento.

En el evento de que el 10 por ciento de los fondos acumulados sea inferior a 35 unidades de fomento, el afiliado podrá retirar hasta dicho monto. En el caso de que los fondos acumulados en su cuenta de capitalización individual sean inferiores a 35 unidades de fomento, el afiliado podrá retirar la totalidad de los fondos acumulados en dicha cuenta.

Los fondos retirados se considerarán extraordinariamente intangibles para todo efecto legal, y no serán objeto de retención, descuento, compensación legal o contractual, embargo o cualquier forma de afectación judicial o administrativa, ni podrá rebajarse del monto ya decretado de la compensación económica en el juicio de divorcio, sin perjuicio del derecho de subrogación legal del alimentario o su representante y de la retención, suspensión y embargabilidad por deudas originadas por obligaciones alimentarias de conformidad a lo previsto en la ley N° 21.254.

Con el objeto de exigir el pago de deudas originadas por obligaciones alimentarias, el juez de familia competente autorizará al alimentario, a petición de éste, de su representante legal o curador ad litem, a subrogarse en los derechos del alimentante moroso para realizar la solicitud de retiro de fondos previsionales acumulados en su cuenta de capitalización individual de cotizaciones obligatorias regidas por el decreto ley N° 3.500, de 1980, que permite esta reforma y la ley N° 21.248, hasta por la totalidad de la deuda. En el evento de que existan varios alimentarios en distintas causas y los fondos autorizados a retirar no fueren suficientes para el pago de cada deuda alimentaria, el tribunal que conozca de la causa más antigua vigente en la cual se decretó retención deberá prorratar, para determinar el monto de cada deuda alimentaria que se pagará con el fondo retirado por subrogación del afiliado alimentante o voluntariamente. Si las deudas alimentarias fueren inferiores al fondo que este artículo autoriza a retirar, el afiliado no perderá su derecho respecto del remanente.

Las administradoras de fondos de pensiones, dentro de tres días hábiles, deberán informar a los tribunales el o los correos electrónicos que los afiliados tienen registrados en dichas instituciones para pedir el retiro de fondos



previsionales autorizados por esta Constitución. El tribunal deberá notificar al afiliado mediante correo electrónico todas las resoluciones que se dicten en la causa, dentro de tres días hábiles desde que se efectuó tal petición. Para todos los efectos legales, esta notificación se entenderá efectuada el mismo día en que se despache. La entrega de los fondos retenidos por deudas alimentarias se efectuará dentro de los siguientes diez días hábiles contados desde que venciere el plazo que el alimentante tiene para oponerse a la liquidación; o bien, si ha existido oposición, desde que la resolución que se pronuncia sobre ella se encuentre firme y ejecutoriada. En el caso de que el total de la deuda exceda el monto máximo de retiro permitido, la subrogación se autorizará hasta por ese monto. Autorizada la subrogación, el juez, de oficio, deberá liquidar la deuda, en su caso prorratarla, y señalar los datos de la cuenta bancaria que haya determinado o determine para efectos del pago del retiro. Ejecutoriada la liquidación y su prorrato, si correspondiere, el alimentario o quien lo represente podrá concurrir directamente a la administradora de fondos de pensiones respectiva, la que deberá aceptar la solicitud de retiro con la sola exhibición de una copia simple de la sentencia que autoriza la subrogación y la liquidación del crédito, y el certificado que la tuvo por ejecutoriada.

Sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso anterior, la resolución que ordene el pago con fondos acumulados en la cuenta de capitalización individual de cotizaciones obligatorias del alimentante por los montos de retiro autorizados tanto por esta reforma como por la ley N° 21.248, que se encuentren retenidos por disposición judicial, con arreglo a lo dispuesto en los mencionados textos legales, deberá indicar el monto específico que ordena pagar por concepto de pensiones alimenticias devengadas y adeudadas, identificar la cuenta bancaria a la cual la administradora de fondos de pensiones deberá realizar la transferencia, y señalar expresamente el plazo en que la referida administradora deberá proceder al pago. Asimismo, dicha resolución incluirá la orden de alzar la respectiva medida de retención respecto de las sumas retenidas que excedan del monto por el que se ordena el pago, con indicación, además, de que dicho alzamiento no empece respecto de otras órdenes de retención que hubieren sido decretadas en otras causas sobre los mismos montos de capitalización individual de cotizaciones obligatorias del alimentante.

El tribunal ordenará que la resolución por la que dispone el pago sea notificada a la administradora de fondos de pensiones respectiva en el más breve plazo y por medios electrónicos. Por su parte, la resolución se entenderá



notificada a las partes del proceso desde que se incluya en el estado diario electrónico disponible en la página web del Poder Judicial, de conformidad con el artículo 50 del Código de Procedimiento Civil.

La administradora de fondos de pensiones deberá efectuar la transferencia a la cuenta bancaria señalada en la resolución en un plazo no superior a diez días hábiles, contado desde que aquélla le es notificada.

Si se hubieren dictado dos o más órdenes de retención respecto de los fondos acumulados en la cuenta de capitalización individual de cotizaciones obligatorias por los montos de retiro autorizados tanto por esta reforma como por la ley N° 21.248, y dichos fondos no fueren suficientes para el pago de cada deuda alimentaria, concurrirán sobre este monto en la misma proporción de cada crédito sobre la suma total de las acreencias. Para ello, el juez de cada causa podrá ordenar indistintamente el pago de cada acreencia hasta el monto correspondiente a la proporción respectiva. Para ello deberá siempre consultar en forma previa sobre los montos de las demás acreencias a los tribunales que hubieren dictado las otras órdenes de retención y dejará constancia de dichos antecedentes y del cálculo de la proporción en la resolución por la que ordene el pago. Asimismo, deberá señalar en ella expresamente que el alzamiento de la respectiva medida de retención respecto de las sumas retenidas que excedan del monto por el que se ordena el pago no empece respecto de las demás órdenes de retención que hubieren sido decretadas en otras causas respecto de los mismos montos de capitalización individual de cotizaciones obligatorias del alimentante.

Los fondos retirados a los cuales hace referencia la presente disposición transitoria no constituirán renta o remuneración para ningún efecto legal y, en consecuencia, serán pagados en forma íntegra y no estarán afectos a comisiones o descuento alguno por parte de las administradoras de fondos de pensiones. Los afiliados podrán solicitar este retiro de sus fondos hasta 365 días después de publicada la presente reforma, con independencia de la vigencia del estado de excepción constitucional de catástrofe decretado.

Los afiliados podrán efectuar la solicitud de este retiro de fondos en una plataforma con soporte digital, telefónico y presencial que al efecto dispongan las administradoras de fondos de pensiones, asegurando un proceso eficiente y sin demoras. Los fondos que en aplicación de esta disposición le correspondieren al afiliado se transferirán automáticamente a la "Cuenta 2"



sin comisión de administración o de seguros ni costo alguno para él, o a una cuenta bancaria o de instituciones financieras y cajas de compensación, según lo determine el afiliado. Los retiros que se efectúen conforme a esta disposición serán compatibles con las transferencias directas, beneficios, alternativas de financiamiento y, en general, las medidas económicas que la ley o las disposiciones reglamentarias establezcan a causa del COVID-19. No podrá considerarse el retiro de fondos para el cálculo de las demás medidas adoptadas en razón de la crisis o viceversa. Se considerará afiliado al sistema privado de pensiones regido por el decreto ley N° 3.500, de 1980, a toda persona que pertenezca a dicho sistema, incluidas aquéllas que sean beneficiarias de una pensión de vejez, de invalidez o sobrevivencia. La entrega de los fondos acumulados y autorizados a retirar se efectuará en un plazo máximo de quince días hábiles, contado desde la presentación de la solicitud ante la respectiva administradora de fondos de pensiones. La implementación del sistema de transferencias de fondos y otras medidas que se efectúen en virtud de esta disposición no tendrán costo alguno para los afiliados. Además, las administradoras de fondos de pensiones deberán enviar a la Superintendencia de Pensiones, y al Banco Central cuando corresponda, todo antecedente del cumplimiento de las medidas que se efectúen con motivo de la aplicación de la presente disposición. La observancia, fiscalización y sanción de las obligaciones de las administradoras de fondos de pensiones contenidas en la presente disposición le corresponderá a la autoridad competente dentro de sus atribuciones legales.

Durante la vigencia del estado de excepción constitucional de catástrofe por calamidad pública, el tiempo en que éste sea prorrogado y los 365 días posteriores a su término, los pensionados por renta vitalicia podrán, por una vez y de forma voluntaria, adelantar el pago de sus rentas hasta por el monto equivalente al diez por ciento de los fondos originalmente traspasados a la respectiva compañía de seguros, estableciéndose como monto máximo de pago por adelantado ciento cincuenta unidades de fomento.

El pago por adelantado de las rentas será único y su valor se descontará a prorrata de las rentas que resten por pagar al asegurado vitalicio, utilizando para dicho cálculo las condiciones vigentes en el momento del traspaso de sus fondos previsionales a la compañía de seguros respectiva.



El procedimiento de solicitud, la exención de todo tipo de gravámenes e impuestos y las demás regulaciones, que no se opongan al presente artículo, se ajustarán a lo prescrito en la disposición trigésima novena transitoria de esta Constitución. El procedimiento para exigir el pago de deudas originadas por obligaciones alimentarias se sujetará a la ley.

Estarán impedidos de solicitar el retiro a que se refiere esta disposición las personas cuyas rentas o remuneraciones se regulen de conformidad a lo dispuesto en el artículo 38 bis de esta Constitución, con excepción de los trabajadores a honorarios. Para efectos de verificar lo anterior, en el momento de realizar la solicitud, el afiliado deberá presentar ante la respectiva administradora de fondos de pensiones una declaración jurada simple en la cual dé cuenta que no se encuentra en la situación descrita.

Quienes hubieren hecho ejercicio del derecho establecido en esta disposición podrán aumentar en un punto porcentual la cotización obligatoria señalada en el artículo 17 del decreto ley N° 3.500, de 1980, al 11 por ciento de sus remuneraciones y rentas imponibles, por un período mínimo de un año a contar del mes siguiente a aquel en que comuniquen la decisión a la administradora de fondos de pensiones a la que estén afiliados, y hasta por el plazo que estimen pertinente, debiendo asimismo comunicar a la administradora su decisión de revertir el aumento en la cotización. Esta cotización adicional se regirá por todas las disposiciones aplicables a la cotización legal obligatoria.

Sin perjuicio de lo anterior, quienes hubieren hecho ejercicio del derecho a retiro establecido en esta disposición, podrán recibir un aporte fiscal a la cuenta individual por cada año en que se postergue la pensión. El monto del aporte fiscal establecido en este inciso y la forma en que se percibirá serán determinados en una ley de quórum calificado.”.

En consecuencia, el Proyecto que impugnamos, infringe la Carta Fundamental de manera grave y precisa en los términos siguientes:

- i. Primera infracción constitucional al artículo 127 de la CPR, en relación con los artículos 6° y 7° de la CPR.** El Proyecto tramitado infringe severamente el capítulo XV de la Constitución, en particular el artículo 127 de la misma, toda vez que incorpora o aprueba una disposición transitoria de la Carta Fundamental que no respeta el procedimiento, las formas ni los quórums que la Constitución exige para reformar sus capítulos y normas. Con ello, el Proyecto infringe los artículos 6° y 7°



de la Carta Fundamental, que garantizan los principios de supremacía constitucional y de juridicidad a los que toda autoridad se encuentra subordinados, tal cual fuera manifestado en STC Rol N° 9797-2020 (considerando 2°). En síntesis, al incorporar una disposición transitoria a la CPR se deben cumplir tres requisitos copulativos y fundamentales para la validez de dicha reforma. Primero, toda reforma constitucional debe modificar total o parcialmente, expresa y formalmente, el texto permanente de la Carta Fundamental, lo que traerá como consecuencia necesariamente una adición, cambio o supresión de una o varias palabras, frases, incisos, artículos, párrafos, o capítulos de la Constitución. Segundo, que esta reforma se lleve a cabo respetando el procedimiento establecido en el Capítulo XV de la Constitución. Tercero, toda reforma debe traducirse en una enmienda del documento constitucional, lo que permite diferenciar este mecanismo de las mutaciones constitucionales y de la actividad del legislador. Por el contrario, la Constitución prohíbe las reformas implícitas, tácitas o indirectas a su texto. Ello, por lo demás, por cuanto en la Constitución vigente, y en nuestra tradición constitucional bicentenaria, las disposiciones constitucionales transitorias no tienen una naturaleza autónoma en relación al texto permanente de la Constitución, y se refieren a la adecuación de estatutos jurídicos que entran en vigencia, o resuelven sobre cuestiones de retroactividad o ultractividad, todas dependientes o funcionales de las reformas constitucionales que son aprobadas al amparo de la Constitución. Esta argumentación ha sido categóricamente refrendada por STC Rol N° 9797-2020, considerandos 2°, 29° y 30°.

- ii. **Segunda infracción constitucional al derecho a la seguridad social del artículo 19 N° 18 de la CPR, en relación al artículo 127 de la CPR.** El Proyecto es inconstitucional al incorporar, con infracción al artículo 127 de la CPR, reglas que, o bien buscan ampliar el destino de la cotización obligatoria, o bien que pretenden incidir en la estructura misma de la cotización obligatoria, lesionando en todos estos casos el sistema de seguridad social, sin proveer alternativas ni soluciones, defraudando los deberes del Estado e infringiendo las reglas de cotización afecta a fines de la seguridad social. Así, el Proyecto “incide” en este derecho fundamental, afectándolo seriamente. A lo anterior, se suma una infracción adicional: el Proyecto debe votarse –con independencia del resultado final de la votación- acorde al quórum establecido para dicha disposición (artículo 19 N° 18 de la CPR), esto es, de 2/3 de los diputados y senadores en ejercicio. Así, por lo demás lo resolvió el Tribunal Constitucional en STC Rol N° 9797-2020, considerandos 29° y 30°.



- iii. **Tercera infracción constitucional al estatuto de la iniciativa exclusiva legislativa presidencial (artículo 65 incisos tercero y cuarto N° 6), en relación al artículo 127, todos de la CPR.** El Proyecto infringe el artículo 65 incisos tercero y cuarto N° 6 en relación al artículo 127 de la CPR, al incorporar una nueva regla de iniciativa parlamentaria en materia de seguridad social, como también una nueva regla que invade la iniciativa exclusiva presidencial en materia de administración financiera y presupuestaria. La infracción se verifica al introducir una reforma constitucional por medio de una disposición transitoria de la Carta Fundamental, cuyo objeto es modificar las atribuciones exclusivas del Presidente de la República en materia legislativa, las que tienen carácter permanente, consagrando una potestad parlamentaria excepcional, desconocida en la Constitución vigente, sin respetar el procedimiento de reforma establecido en el artículo 127 de la Constitución, y sin modificar su texto. El Excmo. Tribunal Constitucional resolvió en STC Rol N° 9797-2020, considerando 22°, que una iniciativa como ésta, *“absorbe una competencia que está expresamente entregada para ser ejercida solo por medio de una ley de quórum calificado de exclusiva iniciativa presidencial, sin que a los órganos parlamentarios les sea dable capturarla a pretexto de acontecer una situación “excepcional”*.¹
- iv. **Cuarta infracción al derecho de propiedad y la igualdad ante las cargas públicas, del artículo 19 N° 20 y N° 24 de la CPR, en relación al artículo 127 de la CPR.** El Proyecto es contrario a la Carta Fundamental por infringir directamente los artículos 19 N° 20 y 24, y 127, todos de la Constitución Política, toda vez que la Constitución protege los derechos personales que emanan de los contratos de seguro asociados a las rentas vitalicias, cuyo titular son las compañías que se obligan a pagar las pensiones convenidas. Como ha sostenido el Excmo. Tribunal Constitucional y la doctrina especializada, los derechos personales surgidos al amparo del contrato, más aún cuando tienen por fundamento u origen la seguridad social, están amparados por derechos fundamentales de la Constitución, principalmente el derecho de propiedad (artículo 19 N° 24 de la CPR) y, ante la falta de una debida compensación, la igualdad ante las cargas públicas (artículo 19 N° 20 de la CPR), imponiendo un sacrificio patrimonial a las compañías aseguradoras que administran estos seguros, injustificado y discriminatorio. El Proyecto introduce una nueva regla constitucional que excepciona esta protección y garantía, en este caso, sin que, para ello, se haya modificado la Carta Fundamental, en su texto permanente y de manera formal y expresa. Tampoco se ha respetado el procedimiento previsto por la Constitución. En

¹ Ver también STC Rol N° 9797-20, considerandos 16° y 17°.



este caso, también, se suma una infracción adicional, de naturaleza formal, por cuanto el Proyecto debe votarse –con independencia del resultado final de la votación– acorde al quórum establecido para dichas disposiciones (artículo 19 N° 20 y 24 de la CPR), esto es, de 2/3 de los diputados y senadores en ejercicio, tal como se dispuso en STC Rol N° 9797-2020, considerandos 29° y 30°.

- v. **Quinta infracción constitucional, al artículo 94 de la CPR, al contravenir, de manera sustantiva, lo ya resuelto recientemente por el Excmo. Tribunal Constitucional en STC Rol N° 9797-2020.** El Excmo. Tribunal Constitucional ya declaró inconstitucional un proyecto de reforma constitucional similar, el “proyecto que modifica la Carta Fundamental, para establecer y regular un mecanismo excepcional de retiro de fondos previsionales, en las condiciones que indica (Boletines N° 13.736-07, 13.749-07 y 13.800-07 refundidos)” (en adelante, **“proyecto de reforma constitucional del segundo retiro”**) que establecía, mediante disposición transitoria, un mecanismo excepcional de retiro de fondos previsionales, dado que *“la materia de que se trata solo puede ser objeto de una ley de quórum calificado de iniciativa presidencial”*,² y que *“la soberanía del Constituyente derivado se encuentra doblemente limitada, tanto por la sujeción irrestricta que debe a los principios de juridicidad y de separación de poderes, cuanto por el respeto integral que se debe a los derechos fundamentales”*.³ Se trata de una infracción a un efecto central de la sentencia de esta Excma. Magistratura y de cualquier órgano jurisdiccional que se precie de serlo: la vinculación directa de todos aquellos (al menos) que han sido parte del proceso constitucional de impugnación a lo resuelto en dicha sentencia.
- vi. **Sexta infracción constitucional, al artículo 68 de la CPR en relación con el artículo 127 del mismo texto,** que impide la renovación de un proyecto de ley que fuere desechado en general en la Cámara de origen sino después de un año, en relación con el artículo 127, inciso tercero, de la misma Carta Fundamental, toda vez que esta regla hace aplicable a la tramitación de proyectos de reforma constitucional, las normas sobre formación de la ley.

En consecuencia, es difícil imaginar una acción más claramente inconstitucional, que repugna a la tradición constitucional chilena. Como fuera advertido –y rechazado– de manera categórica por este Excmo. Tribunal en STC Rol N° 9797-2020, este Proyecto desconoce la

² STC Rol N° 9797-20, considerando 23°.

³ STC Rol N° 9797-20, considerando 1°.



Constitución, mediante la vía de recurrir a una disposición transitoria, infringiendo el procedimiento constitucional que la Carta Fundamental regula para modificarla expresa y literalmente.

En este sentido, este Excmo. Tribunal ya se pronunció de manera clara, contundente y categórica en la STC Rol N° 9797-2020, respecto de la mayoría de las materias que comprende esta supuesta reforma constitucional. Tal precedente, es plenamente aplicable a la resolución de esta controversia. Como acreditaremos al Excmo. Tribunal, el Proyecto constituye un verdadero desafío a lo resuelto por este Excmo. Tribunal, relativizando el efecto de una sentencia en la que el H. Congreso Nacional fue parte, en la que se resolvió un asunto prácticamente idéntico al que ahora se somete por este Requerimiento. Esto es relevante pues las sentencias son directamente vinculantes para las partes que activamente fueron parte en el proceso constitucional. En efecto, este Excmo. Tribunal sostuvo como criterios interpretativos, orientadores de dicha categórica sentencia, que:

- i. Al Tribunal le asiste plena jurisdicción para resolver, conforme a derecho, todas las cuestiones –de forma y de fondo- que se susciten durante la tramitación de un proyecto de reforma constitucional (considerando 1°);
- ii. La soberanía del Constituyente derivado se encuentra doblemente limitada, tanto por la sujeción irrestricta que debe a los principios de juridicidad y de separación de poderes, cuanto por el respeto integral que debe a los derechos fundamentales (considerando 1°);
- iii. Es contrario a los artículos 6° y 7° de la Carta Fundamental, en relación a los artículos 63, N° 14, y 65, inciso cuarto N° 6, del mismo, el apropiarse de las atribuciones radicadas en otro órgano, lo que no puede acontecer ni aún a pretexto de circunstancias extraordinarias (considerando 2°); y
- iv. Sobre la base del principio de servicialidad del Estado, que lo compele a realizar el bien común, pero con pleno respeto a los derechos y garantías fundamentales (artículo 1° inciso cuarto de la CPR), y los artículos 19 N° 18, y 127, todos de la Carta Fundamental, es contrario a la Constitución un objetivo como el propuesto en el proyecto de reforma constitucional del segundo retiro declarado inconstitucional, y como lo es, en consecuencia, el perseguido mediante el Proyecto de Reforma Constitucional Impugnado, al afectarse –pues incide en él- el derecho a la seguridad social involucrado, al amagar su eficacia práctica y vaciarlo de contenido real (considerando 2°).



Como es mínimamente lógico, la STC Rol N° 9797-2020 tiene los efectos previstos en la Constitución, en el sentido que dicha sentencia vincula, al menos, a todos los órganos del Estado –como la H. Cámara de Diputados y el H. Senado- que comparecieron, ejercieron todos los derechos de parte en el proceso constitucional deliberativo, expresaron oralmente sus argumentos, en suma, fueron sujetos activos y partes en el proceso constitucional seguido. No obstante, casi como una burla, se presentó una nueva reforma constitucional (una se presentó en diciembre y las otras en marzo de este año), con el mismo contenido del proyecto de reforma constitucional del segundo retiro que ya este Excmo. Tribunal declaró contrario a derecho por los mismos parlamentarios, todo lo cual parece sencillamente un intento de desconocer los deberes de acatamiento y vinculación que dicha sentencia provoca, tratándose de los mismos actores, la misma materia y la misma causa. Además, su comportamiento implica negar la posición, atribuciones y seriedad de las tareas que la Constitución confía al Excmo. Tribunal Constitucional. Ello podría comprenderse en un ambiente académico o de mera especulación periodística, pero es inaceptable en integrantes de órganos constitucionales cuyos miembros han jurado respetar la Constitución Política.

En consecuencia, mediante este Requerimiento no pedimos más –ni menos-, que se apliquen los criterios, razonamientos y decisiones sentados en STC Rol N° 9797-2020, al Proyecto que, en lo sustantivo, intenta replicar los objetivos inconstitucionales perseguidos por el proyecto de reforma constitucional del segundo retiro que lo antecedió y que este Excmo. Tribunal declaró inconstitucional en todas y cada una de sus disposiciones.

No caben dos opiniones respecto de la gravedad y la trascendencia del asunto que volvemos a someter al conocimiento y resolución de este Excmo. Tribunal: el Presidente de la República, como órgano co-legislador, debe acudir ante este Excmo. Tribunal para defender la Constitución y sus propias prerrogativas constitucionales cuando el H. Congreso Nacional, alguna de sus ramas o un grupo de parlamentarios cruza su legítimo ámbito de competencias legislativas o, como ocurre en este caso, en su condición de constituyente derivado, para apartarse de las normas comunes que nos rigen a todos. Se trata, en síntesis, de un mecanismo de reforma constitucional que de prosperar posee insospechadas consecuencias, más allá de la actual reforma para lograr un tercer retiro de estos fondos previsionales, generando, es dable suponerlo, un precedente muy peligroso.



CAPÍTULO I – ANTECEDENTES DEL PROYECTO

1. Orígenes del Proyecto de Reforma Constitucional Impugnado.

El Proyecto se origina en tres mociones parlamentarias que fueron ingresadas a fines del año pasado y a inicios del presente año, correspondientes a los Boletines N° 13.950-07, 14.054-07 y 14.095-07.

La primera de las mociones señaladas corresponde al Boletín N° 13.950-07, que “Modifica la Carta Fundamental, para establecer y regular un mecanismo excepcional de retiro de parte de los fondos previsionales, en las condiciones que indica”. Esta moción fue presentada el día 15 de diciembre de 2020, por la H. Diputada Pamela Jiles y el H. Diputado Félix González.

Esta moción contiene un artículo único, que incorpora una nueva Disposición Transitoria a la Constitución Política, del siguiente tenor:

“Cuadragésimo tercera: Excepcionalmente, y para mitigar los efectos sociales derivados del estado de excepción constitucional de catástrofe por calamidad pública decretado a causa del COVID-19, autorízase a los afiliados del sistema privado de pensiones regido por el decreto ley N° 3.500, de 1980, de forma voluntaria y de forma excepcional, a realizar un nuevo retiro hasta el 10 por ciento de los fondos acumulados en su cuenta de capitalización individual de cotizaciones obligatorias, estableciéndose como monto máximo de retiro el equivalente a 150 unidades de fomento y un mínimo de 35 unidades de fomento.

En el evento de que el 10 por ciento de los fondos acumulados sea inferior a 35 unidades de fomento, el afiliado podrá retirar hasta dicho monto. En el caso de que los fondos acumulados en su cuenta de capitalización individual sean inferiores a 35 unidades de fomento, el afiliado podrá retirar la totalidad de los fondos acumulados en dicha cuenta.

Los fondos retirados se considerarán extraordinariamente intangibles para todo efecto legal, y no serán objeto de retención, descuento, compensación legal o contractual, embargo o cualquier forma de afectación judicial o administrativa, ni podrá rebajarse del monto ya decretado de la compensación económica en el juicio de divorcio, sin perjuicio del derecho de subrogación legal del alimentario o su representante y de la retención, suspensión y embargabilidad por deudas originadas por obligaciones alimentarias de conformidad a lo previsto en la Ley 21.254.



Con el objeto de exigir el pago de deudas originadas por obligaciones alimentarias, el juez de familia competente autorizará al alimentario, a petición de éste, de su representante legal o curador ad litem, a subrogarse en los derechos del alimentante moroso para realizar la solicitud de retiro de fondos previsionales acumulados en su cuenta de capitalización individual de cotizaciones obligatorias regidas por el decreto ley N° 3.500, de 1980, que permite esta ley y la ley N° 21.248, hasta por la totalidad de la deuda. En el evento de que existan varios alimentarios en distintas causas y los fondos autorizados a retirar no fueren suficientes para el pago de cada deuda alimentaria, el tribunal que conozca de la causa más antigua vigente en la cual se decretó retención deberá prorratear, para determinar el monto de cada deuda alimentaria que se pagará con el fondo retirado por subrogación del afiliado alimentante o voluntariamente. Si las deudas alimentarias fueren inferiores al fondo que este artículo autoriza a retirar, el afiliado no perderá su derecho respecto del remanente.

Las administradoras de fondos de pensiones, dentro de tres días hábiles, deberán informar a los tribunales el o los correos electrónicos que los afiliados tienen registrados en dichas instituciones para pedir el retiro de fondos previsionales autorizados por la Constitución Política de la República o por esta ley. El tribunal deberá notificar al afiliado mediante correo electrónico todas las resoluciones que se dicten en la causa dentro de tres días hábiles desde que se efectuó tal petición. Para todos los efectos legales, esta notificación se entenderá efectuada el mismo día en que se despache. La entrega de los fondos retenidos por deudas alimentarias se efectuará dentro de los siguientes diez días hábiles contados desde que venciere el plazo que el alimentante tiene para oponerse a la liquidación; o bien, si ha existido oposición, desde que la resolución que se pronuncia sobre ella se encuentre firme y ejecutoriada. En el caso de que el total de la deuda exceda el monto máximo de retiro permitido, la subrogación se autorizará hasta por ese monto. Autorizada la subrogación, el juez, de oficio, deberá liquidar la deuda, en su caso prorratearla, y señalar los datos de la cuenta bancaria que haya determinado o determine para efectos del pago del retiro. Ejecutoriada la liquidación y su prorrateo, si correspondiere, el alimentario o quien lo represente podrá concurrir directamente a la Administradora de Fondos de Pensiones respectiva, la que deberá aceptar la solicitud de retiro con la sola exhibición de una copia simple de la sentencia que



autoriza la subrogación y la liquidación del crédito, y el certificado que la tuvo por ejecutoriada.

Sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso anterior, la resolución que ordene el pago con fondos acumulados en la cuenta de capitalización individual de cotizaciones obligatorias del alimentante por los montos de retiro autorizados tanto por esta ley como por la ley N° 21.248, que se encuentren retenidos por disposición judicial, con arreglo a lo dispuesto en los mencionados textos legales, deberá indicar el monto específico que ordena pagar por concepto de pensiones alimenticias devengadas y adeudadas, identificar la cuenta bancaria a la cual la Administradora de Fondos de Pensiones deberá realizar la transferencia, y señalar expresamente el plazo dispuesto en el inciso final, en que la referida Administradora de Fondos de Pensiones deberá proceder al pago. Asimismo, dicha resolución incluirá la orden de alzar la respectiva medida de retención respecto de las sumas retenidas que excedan del monto por el que se ordena el pago, con indicación, además, de que dicho alzamiento no empece respecto de otras órdenes de retención que hubieren sido decretadas en otras causas sobre los mismos montos de capitalización individual de cotizaciones obligatorias del alimentante.

El tribunal ordenará que la resolución por la que dispone el pago sea notificada a la Administradora de Fondos de Pensiones respectiva en el más breve plazo y por medios electrónicos. Por su parte, la resolución se entenderá notificada a las partes del proceso desde que se incluya en el estado diario electrónico disponible en la página web del Poder Judicial, de conformidad con el artículo 50 del Código de Procedimiento Civil.

La Administradora de Fondos de Pensiones deberá efectuar la transferencia a la cuenta bancaria señalada en la resolución en un plazo no superior a los diez días hábiles contado desde que aquélla le es notificada.

Si se hubieren dictado dos o más órdenes de retención respecto de los fondos acumulados en la cuenta de capitalización individual de cotizaciones obligatorias por los montos de retiro autorizados tanto por esta ley como por la ley N° 21.248, y dichos fondos no fueren suficientes para el pago de cada deuda alimentaria, concurrirán sobre este monto en la misma proporción de cada crédito sobre la suma total de las acreencias. Para ello, el juez de cada causa podrá ordenar indistintamente el pago de cada acreencia hasta el monto



correspondiente a la proporción respectiva. Para ello deberá siempre consultar en forma previa sobre los montos de las demás acreencias a los tribunales que hubieren dictado las otras órdenes de retención y dejará constancia de dichos antecedentes y del cálculo de la proporción en la resolución por la que ordene el pago. Asimismo, deberá señalar en ella expresamente que el alzamiento de la respectiva medida de retención respecto de las sumas retenidas que excedan del monto por el que se ordena el pago no empece respecto de las demás ordenes de retención que hubieren sido decretadas en otras causas respecto de los mismos montos de capitalización individual de cotizaciones obligatorias del alimentante.”. (sic)

Los fondos retirados a los cuales hace referencia la presente disposición transitoria no constituirán renta o remuneración para ningún efecto legal y, en consecuencia, serán pagados en forma íntegra y no estarán afectos a comisiones o descuento alguno por parte de las administradoras de fondos de pensiones. Los afiliados podrán solicitar este retiro de sus fondos hasta 365 días después de publicada la presente reforma constitucional, con independencia de la vigencia del estado de excepción constitucional de catástrofe decretado.

Los afiliados podrán efectuar la solicitud de este retiro de fondos en una plataforma con soporte digital, telefónico y presencial que al efecto dispongan las administradoras de fondos de pensiones, asegurando un proceso eficiente y sin demoras. Los fondos que en aplicación de esta disposición le correspondieren al afiliado, se transferirán automáticamente a la “Cuenta 2” sin comisión de administración o de seguros ni costo alguno para él, o a una cuenta bancaria o de instituciones financieras y cajas de compensación, según lo determine el afiliado. Los retiros que se efectúen conforme a esta disposición serán compatibles con las transferencias directas, beneficios, alternativas de financiamiento y, en general, las medidas económicas que la ley o las disposiciones reglamentarias establezcan a causa del COVID-19. No podrá considerarse el retiro de fondos para el cálculo de las demás medidas adoptadas en razón de la crisis o viceversa. Se considerará afiliado al sistema privado de pensiones regido por el decreto ley N° 3.500, de 1980, a toda persona que pertenezca a dicho sistema, incluidas aquéllas que sean beneficiarias de una pensión de vejez, de invalidez o sobrevivencia. La entrega de los fondos acumulados y autorizados de retirar se efectuará en un plazo máximo de quince días hábiles a contar desde presentada la solicitud ante la respectiva



administradora de fondos de pensiones. La implementación del sistema de transferencias de fondos y otras medidas que se efectúen en virtud de esta disposición no tendrán costo alguno para los afiliados. Además, las administradoras de fondos de pensiones deberán enviar a la Superintendencia de Pensiones todo antecedente del cumplimiento de las medidas que se efectúen con motivo de la aplicación de la presente disposición, y al Banco Central cuando corresponda. La observancia, fiscalización y sanción de las obligaciones de las administradoras de fondos de pensiones contenidas en la presente disposición, le corresponderá a la autoridad competente dentro de sus atribuciones legales.”.

En consecuencia, la moción comprende los siguientes aspectos:

- i. Permite a los afiliados al sistema previsional privado retirar un monto de sus fondos de pensiones acumulados en su cuenta de capitalización individual, con los valores mínimos y máximos que establece la propuesta.
- ii. Se establece que, tanto para el retiro propuesto por la moción como para las solicitudes efectuadas de conformidad a la ley N° 21.248, correspondiente a la “Reforma Constitucional que Permite el Retiro Excepcional de los Fondos Acumulados de Capitalización Individual en las Condiciones que Indica” (en adelante, “Ley N° 21.248”), y en el evento que existan deudas de obligaciones alimentarias, el juez de familia podrá autorizar al alimentario a subrogar al alimentante moroso en su derecho de solicitar este retiro, hasta por el monto total de la deuda, estableciéndose reglas para la hipótesis en que existan múltiples alimentarios y normas de procedimiento para hacer efectiva esta subrogación.
- iii. Se regula la naturaleza jurídica de los fondos retirados, disponiéndose expresamente que estos no constituirán renta o remuneración para ningún efecto legal.
- iv. Finalmente, se establecen normas de procedimiento para la solicitud por parte del afiliado y para el pago que deberá efectuar la AFP respectiva.

Por su parte, la moción Boletín N° 14.054-07, que “Modifica la Carta Fundamental, para permitir, a los cotizantes y pensionados del Nuevo Sistema de Pensiones, retirar parte de sus fondos previsionales en las condiciones que indica, y establecer un bono de reconocimiento compensatorio de las sumas retiradas”, fue presentada el día 1° de marzo de 2021 por las H. Diputadas Maya Fernández, Alejandra Sepúlveda y Camila Vallejo y los H.



Diputados René Alinco, Amaro Labra, Jaime Mulet, Luis Rocafull, Patricio Rosas, Gastón Saavedra y Esteban Velásquez.

Esta segunda iniciativa, establece lo siguiente:

“Artículo único: Agréguese la siguiente disposición transitoria cuadragésimo octava transitoria a la Constitución Política de la República:

“Cuadragésimo octava: excepcionalmente, y para mitigar los efectos sociales derivados del estado de excepción constitucional de catástrofe por calamidad pública decretado a causa del COVID-19, autorízase a los afiliados del sistema privado de pensiones regido por el decreto ley N° 3.500, de 1980, a realizar de forma voluntaria un retiro por hasta el 10 por ciento de los fondos acumulados en su cuenta de capitalización individual de cotizaciones obligatorias, estableciéndose como monto máximo de el equivalente a 150 unidades de fomento y un mínimo de 35 unidades de fomento. En el evento de que el 10 por ciento de los fondos acumulados sea inferior a 35 unidades de fomento, el afiliado podrá retirar hasta dicho monto. En el caso de que los fondos acumulados en su cuenta de capitalización individual sean inferiores a 35 unidades de fomento, el afiliado podrá retirar la totalidad de los fondos acumulados en dicha cuenta.

Para efectos de ejercer el derecho establecido en esta ley, se considerará afiliada al sistema privado de pensiones regido por el decreto ley N° 3.500, de 1980, a toda persona que pertenezca a dicho sistema, incluidas aquellas que sean beneficiarias de una pensión de vejez, de invalidez o sobrevivencia

Asimismo, autorízase a los pensionados en la modalidad de renta vitalicia a requerir a sus respectivas compañías de seguro hasta un 10% del monto que les hayan transferido en virtud del contrato de seguro de renta vitalicia, estableciéndose como monto máximo de el equivalente a 150 unidades de fomento y un mínimo de 35 unidades de fomento. El 10% que se considere para el cálculo del retiro, deberá reajustarse según la variación que experimente el Índice de Precios al Consumidor del Instituto Nacional de Estadísticas en el período que media entre la suscripción del contrato y la solicitud de retiro.

Dichas compañías estarán obligadas a transferir los montos requeridos en los plazos que se indican en el siguiente inciso.



La entrega de los fondos acumulados y autorizados de retirar se efectuará de la siguiente manera:

- El 50 por ciento en un plazo máximo de diez días hábiles de presentada la solicitud ante la respectiva administradora de fondos de pensiones a que pertenezca el afiliado o a la compañía de seguro que pertenezca el pensionado.

- El 50 por ciento restante en el plazo máximo de treinta días hábiles a contar del desembolso anterior.

En todos los casos mencionados con anterioridad, y una vez que se haya transferido por parte de la Administradora de Fondos de Pensiones o la Compañía de Seguros respectiva el monto solicitado, el Estado calculará y emitirá un título de deuda expresado en dinero que se denominará Bono de Reconocimiento y será representativo del monto total de los retiros efectuados por el afiliado o pensionado. El bono de reconocimiento se reajustará en la variación que experimente el Índice de Precios al Consumidor entre la fecha del último retiro, y el último día del mes anterior a la jubilación, y devengará un interés anual del 4%.

El bono de reconocimiento se emitirá a nombre del afiliado o pensionado, y deberá ser abonado por el Estado en la siguiente forma:

a) En el caso de afiliados al sistema privado de pensiones regido por el decreto ley N° 3.500, de 1980, y que no se hayan pensionado, se abonará a la cuenta de capitalización del afiliado al momento acogerse a pensión.

b) En el caso que esté pensionado, se abonará con anterioridad al recálculo que deba efectuar la correspondiente Administradora en el año en que se efectúe el retiro.

c) En el caso de los pensionados con modalidad de renta vitalicia, se abonará a la respectiva compañía en el plazo de 1 mes desde que se efectúe el retiro.

Las facultades establecidas en esta disposición no son incompatibles con el ejercicio del derecho de retiro establecido en la disposición trigésimo novena transitoria de la Constitución Política de la República, y en la Ley N.° 21.295.



Los fondos retirados se considerarán extraordinariamente intangibles para todo efecto legal, y no serán objeto de retención, descuento, compensación legal o contractual, embargo o cualquier forma de afectación judicial o administrativa, ni podrán rebajarse del monto ya decretado de la compensación económica en el juicio de divorcio, sin perjuicio de la retención, suspensión y embargabilidad por deudas originadas por obligaciones alimentarias. Para estos efectos, serán plenamente aplicables las disposiciones de la ley N° 21.254.

Los fondos retirados serán considerados un ingreso no constitutivo de renta.

Los afiliados podrán solicitar el retiro de sus fondos hasta 365 días después de publicada en el Diario Oficial la presente ley.

En todo lo no regulado por esta disposición se aplicarán de forma supletoria las normas de la disposición trigésimo novena transitoria de la Constitución Política de la República, y en la Ley N.º 21.295.”.

De la lectura de las dos mociones ya citadas, es posible concluir que ambas son prácticamente idénticas entre sí. Sin embargo, esta iniciativa introduce algunos elementos adicionales:

- i. Incluye a los pensionados en la modalidad de renta vitalicia quienes podrán requerir a sus respectivas compañías de seguro hasta un 10% del monto que les hayan transferido en virtud del contrato de seguro de renta vitalicia, monto que, deberá reajustarse según la variación que experimente el Índice de Precios al Consumidor del Instituto Nacional de Estadísticas en el período que media entre la suscripción del contrato y la solicitud de retiro. Por su parte, las compañías de seguro estarán obligadas a transferir los montos requeridos en determinados plazos.
- ii. Se establece un “Bono de reconocimiento” que, según lo dispone la propia moción, corresponde a un monto que el Estado deberá abonar a los afiliados o pensionados, para no mermar su pensión.

Finalmente, la tercera moción que da origen al Proyecto corresponde a la presentada con fecha 16 de marzo de 2021, por el H. Diputado Karim Bianchi, Boletín N° 14.095-07 que “Modifica la Carta Fundamental, para permitir, tanto a los cotizantes y pensionados del Nuevo Sistema de Pensiones, como a los del antiguo sistema, retirar un porcentaje de los



fondos acumulados en su cuenta de capitalización individual, adelantar el pago de sus rentas, o recibir un bono, en las condiciones que indica”. Dicha moción establece lo siguiente:

“CUADRAGÉSIMA OCTAVA: Para mitigar los efectos económicos derivados del estado de excepción constitucional de catástrofe por calamidad pública decretado a causa del COVID-19, autorízase, de forma voluntaria y en el plazo de un año desde publicada esta ley, a los afiliados del sistema privado de pensiones regido por el decreto ley N° 3.500 de 1980, a los pensionados a través de la modalidad de renta vitalicia y a los afiliados del sistema antiguo, a retirar un porcentaje de los fondos acumulados en su cuenta de capitalización individual de cotizaciones obligatorias, a adelantar el pago de sus rentas o a recibir un bono según a continuación se prescribe.

A los afiliados del sistema privado de pensiones regido por el decreto ley N° 3.500 de 1980 autorízase de forma voluntaria a realizar un nuevo y tercer retiro cuyo monto máximo y mínimo de retiro, el procedimiento de solicitud y de pago, la exención de todo tipo de gravámenes e impuestos y las demás regulaciones pertinentes, que no se opongan a la presente disposición transitoria, se ajustará a lo prescrito en la disposición trigésima novena transitoria de esta Constitución.

El ejercicio del derecho a retiro consagrado en la ley N° 21.248 y en la ley N° 21.295 no hará caducar el derecho a retiro por motivos económicos reconocido en esta disposición transitoria, por consiguiente, su ejercicio conjunto será compatible.

Los pensionados por renta vitalicia podrán adelantar el pago de sus rentas hasta por el monto equivalente al 10 por ciento de los fondos originalmente traspasados desde sus cuentas de capitalización individual a la respectiva compañía de seguros, estableciéndose como monto máximo de pago por adelantado 150 unidades de fomento.

El pago por adelantado de las rentas será único y su valor se descontará a prorrata de las rentas que resten por pagar al asegurado vitalicio, utilizando para dicho cálculo las condiciones vigentes al momento del traspaso de sus fondos previsionales a la compañía de seguros respectiva.

El procedimiento de solicitud, la exención de todo tipo de gravámenes e impuestos y las demás regulaciones pertinentes, que no se opongan a la presente



disposición transitoria, se ajustarán a lo prescrito en la disposición trigésima novena transitoria de esta Constitución.

Todos los afiliados del sistema antiguo de pensiones tendrán derecho a solicitar y recibir un bono no constitutivo de renta de quinientos mil pesos en un plazo no superior a 15 días luego de publicada esta ley.

En ningún caso, los montos retirados de los fondos previsionales acumulados en la respectiva cuenta de capitalización individual de cotizaciones obligatorias regidas por el decreto ley N° 3.500 de 1980, los montos pagados a los afiliados jubilados por rentas vitalicias ni el bono correspondiente a quienes se han jubilado por el sistema antiguo de pensiones, permitidos por esta disposición transitoria, afectarán directa o indirectamente la caracterización socioeconómica que el Estado realice de los afiliados, o de su hogar, para efectos de postulación y eventual asignación de subsidios o beneficios sociales de cualquier tipo.

De este modo, la última de las mociones referidas tiene el mismo objeto que las anteriores, estableciendo una disposición transitoria a la Constitución Política, que permite un nuevo retiro de los fondos de pensiones acumulados en la cuenta de capitalización individual y de rentas vitalicias, el que además sea compatible con los retiros establecidos en las leyes N° 21.248 y 21.295.

Con todo, y tal como ocurría con la moción citada precedentemente, esta iniciativa innova respecto de las que le sirven de antecedente, en dos aspectos fundamentales:

- i. El primer de ellos, es que se regula un procedimiento especial para los pensionados por renta vitalicia, quienes podrán adelantar el pago de sus rentas en los términos que indica.
- ii. Por otro lado, establece el derecho a solicitar el pago de un bono de \$500.000 para todos los afiliados al “sistema antiguo de pensiones”, el que no será constitutivo de renta, y será exigible en un plazo no superior a 15 días desde la publicación de la reforma.

La idea matriz del Proyecto de Reforma Constitucional Impugnado “*consiste fundamentalmente en permitir un nuevo retiro de un porcentaje de los fondos a toda persona*



afiliada a un sistema previsional de capitalización individual, sin perjuicio de otros beneficios.”⁴

De esta forma, las mociones que dan origen al Proyecto de Reforma Constitucional Impugnado proponen la incorporación de una disposición transitoria a la Constitución tendiente a permitir un nuevo retiro, por los afiliados, de sus fondos previsionales, y un anticipo respecto de las rentas vitalicias, en similares términos al proyecto de reforma constitucional del segundo retiro sometido a su conocimiento en diciembre del año pasado y que fuera objeto del pronunciamiento de esta Excma. Magistratura en STC Rol N° 9797-20.

2. Tramitación del Proyecto de Reforma Constitucional Impugnado en primer trámite constitucional en la H. Cámara de Diputados

Con fecha 24 de marzo de 2021 se comenzó la discusión del Proyecto, en la Comisión de Constitución de la Cámara, en su primer trámite constitucional.

2.1 Discusión en general en la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento de la H. Cámara

Las mociones que originan el Proyecto de Reforma Constitucional Impugnado comenzaron a ser discutidas con fecha 24 de marzo de 2021, en la sesión N° 328 de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento de la H. Cámara de Diputados (en adelante, “**Comisión de Constitución de la Cámara**”). En dicha sesión también se abordaron otras mociones que tenían el mismo objeto, es decir, permitir el retiro de cierto monto de los fondos previsionales y el anticipo de un monto de rentas vitalicias, pero a través de modificaciones al texto permanente de la Carta Fundamental.⁵

Según da cuenta el primer informe de la Comisión de Constitución de la Cámara, “*de conformidad a lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 127 de la Constitución Política*

⁴ Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, recaído en el proyecto que modifica la Carta Fundamental, para establecer y regular un mecanismo excepcional de retiro de parte de los fondos previsionales, en las condiciones que indica (Boletines 13.950-07, 14.054-07 y 14.095-07, refundidos), de fecha 13 de abril de 2021, p. 1.

⁵ Se trata del proyecto de Reforma Constitucional refundido que modifica la Carta Fundamental para permitir, a los cotizantes y a los pensionados del Nuevo Sistema de Pensiones, retirar por única vez parte de sus fondos previsionales, en las condiciones que indica (Boletines N° 14.073-07 y 14.093-07), que finalmente fue rechazado en la sesión N° 19°, especial, Legislatura N° 369°, de la H. Cámara de Diputados, celebrada con fecha 15 de abril de 2021, por 88 votos a favor, 32 en contra y 25 abstenciones. Información disponible en: <https://www.camara.cl/sala/default.aspx#!/votaciones/4064/570/5/BOLET%C3%8DN%20N%C2%B0%2014073-07%20y%2014093-07/0.2978768743292777>



de la República, esta reforma constitucional, requiere para su aprobación del voto confirme de tres quintas partes de los diputados en ejercicio.”⁶

En dicha sesión, la H. Diputada Pamela Jiles explicitó la intención de buscar una redacción alternativa a las iniciativas presentadas con anterioridad, para evitar un juicio de constitucionalidad. Al respecto, señaló:

“una reforma constitucional transitoria, que nos va a acarrear exactamente el mismo problema que tuvimos con el segundo retiro, y me parece que es un riesgo que no deberíamos correr...”⁷

Por su parte, el H. Diputado Matías Walker sostuvo que: *“acá vamos a tener que tomar una decisión, o sea, vamos a hacer un punto político o de verdad queremos sortear el Tribunal Constitucional con un proyecto inteligente, con argumentos inteligentes [...] si de verdad queremos sortear el Tribunal Constitucional debiéramos pensar en una fórmula que nos permita la aprobación de 3/5 [...] o tratamos de encontrar un proyecto que consensue una postura...”⁸* Igualmente, la H. Diputada Camila Vallejo expresó *“estoy de acuerdo con que se fusionen los proyectos que son transitorios (sic) y se fusionen por otro lado los proyectos que son permanentes (sic) entendiendo el tema de los quorum que es importante también salvaguardar...”⁹*

En relación a la incorporación de normas referidas a los pensionados en modalidad de rentas vitalicias, el H. Diputado Jaime Mulet sostuvo, que:

“Este proyecto también contempla, señor Presidente, estimados colegas, hacer adelantos y retiros más bien de pensiones futuras para los sujetos, personas que están en el sistema de rentas vitalicias, para no dejar fuera a las personas que están con rentas vitalicias. Entendemos que no ha habido una disminución en términos absolutos de los ingresos de las personas que tienen rentas vitalicias, pero entendemos que tienen muy bajas pensiones la mayoría de ellos y

⁶ Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, recaído en el proyecto que modifica la Carta Fundamental, para establecer y regular un mecanismo excepcional de retiro de parte de los fondos previsionales, en las condiciones que indica (Boletines 13.950-07, 14.054-07 y 14.095-07, refundidos), de fecha 13 de abril de 2021, p. 1.

⁷ Video, Sesión N° 328 de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento de la Cámara de Diputados, tiempo 29:57, visto en: <https://www.camara.cl/prensa/television.aspx>

⁸ Video, Sesión N° 328 de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento de la Cámara de Diputados, tiempo 45:43, visto en: <https://www.camara.cl/prensa/television.aspx>

⁹ Video, Sesión N° 328 de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento de la Cámara de Diputados, tiempo 41:48, visto en: <https://www.camara.cl/prensa/television.aspx>



entendemos que ha habido una disminución objetiva porque [...] no han sido reajustadas...”.¹⁰

Sobre el particular, la H. Diputada Alejandra Sepúlveda se refirió a la “estrategia” que se utilizará dado que: *“una de las complicaciones que tuvimos y que dejamos en el primer y segundo retiro son [...] personas en rentas vitalicias [...]. Si nosotros tratamos en forma diferenciada en un proyecto distinto lo que tiene que ver con las rentas vitalicias, ya sabemos lo que nos ocurrió en sala, perdimos por cinco votos la posibilidad de seguir tramitando ese retiro...”.¹¹*

En la misma sesión, posteriormente, la entonces Ministra del Trabajo y Previsión Social, María José Zaldívar, explicó, a grandes rasgos, la postura del Gobierno respecto al Proyecto de Reforma Constitucional Impugnado, y señaló refiriéndose a las mociones que lo originan, que:

“ya es conocido por ustedes que como Ejecutivo nosotros nos oponemos a la idea de un retiro de los ahorros previsionales. Creemos que no es una buena solución para las personas, puesto que nosotros necesitamos fortalecer el sistema de pensiones y de esta manera solamente lo estamos debilitando. El Presidente de la República ha dado a conocer a principios de esta semana una red de protección social de más de 6 mil millones que viene a entregar alivio a las familias y que esperamos que esto se pueda tramitar lo más rápidamente posible para de esta forma dar respuesta a las enormes necesidades que se han originado producto de la pandemia”.¹²

Finalmente, en la misma sesión del 24 de marzo de 2021, el Superintendente de Pensiones, expresó:

“En conclusión: Cerca de tres millones de personas no podrán ejercer un tercer retiro, debido a que quedaron sin saldo en los retiros anteriores. Estas personas son más vulnerables, debido a que, en promedio, tienen menor ingreso imponible, menor densidad de cotizaciones y menor saldo en APV que el resto de los afiliados: ellos ya retiraron todo lo que tenían, y tal vez siendo los que más necesitan este retiro, no lo van a poder hacer. Con un tercer retiro, sumado

¹⁰ Video, Sesión N° 328 de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento de la Cámara de Diputados, tiempo 33:18, visto en: <https://www.camara.cl/prensa/television.aspx>

¹¹ Video, Sesión N° 328 de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento de la Cámara de Diputados, tiempo 37:30, visto en: <https://www.camara.cl/prensa/television.aspx>

¹² Video, Sesión N° 328 de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento de la Cámara de Diputados, tiempo 1:42:08, visto en: <https://www.camara.cl/prensa/television.aspx>



a los anteriores, casi 5 millones de personas quedarán sin recursos en sus cuentas. Y, considerando los tres retiros, el monto de las pensiones caería, como veíamos, en promedio un 28,5%. [...] También queríamos recalcar que, dado que los retiros no pagan impuestos en casi todas las mociones, entonces habría importantes incentivos tributarios para hacerlos. Esto se acentúa sin duda en los afiliados de altos ingresos. Los retiros de fondos acentúan también la brecha de género, por cuanto las mujeres retiran menos recursos, que además representan un mayor porcentaje de su saldo: tendrán un mayor impacto en su pensión...”¹³

Posteriormente, el Proyecto de Reforma Constitucional Impugnado fue discutido en la sesión 333 de la Comisión de Constitución de la Cámara celebrada el día 1 de abril de 2021. La entonces Ministra del Trabajo y Previsión Social, María José Zaldívar, reiteró que el Proyecto de Reforma Constitucional Impugnado contiene: *“normas referidas a la seguridad social y, por ende, son de iniciativa exclusiva del Presidente de la República. Del mismo modo, expresa que estas iniciativas irrogan gastos, por lo que caen en dicha categoría también.”*¹⁴

Sometido a votación en general el Proyecto de Reforma Constitucional Impugnado, fue aprobado por diez votos a favor y tres en contra, sin abstenciones.¹⁵

Durante la sesión N° 335, de fecha 13 de abril de 2021, la Comisión de Constitución de la Cámara, discutió y aprobó el proyecto refundido que modifica la Carta Fundamental para permitir, a los cotizantes y a los pensionados del Nuevo Sistema de Pensiones, retirar por única vez parte de sus fondos previsionales, en las condiciones que indica (Boletines N° 14.073-07 y 14.093-07), que proponían la modificación de normas permanentes de la Constitución.¹⁶ Por este motivo, el presidente de la Comisión de Constitución de la Cámara pidió la unanimidad para rechazar la indicación sustitutiva al Proyecto de Reforma

¹³ Video, Sesión N° 333 de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento de la Cámara de Diputados, tiempo 02:17:00, visto en <https://www.camara.cl/prensa/television.aspx>. Ver también informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, recaído en el proyecto que modifica la Carta Fundamental, para establecer y regular un mecanismo excepcional de retiro de parte de los fondos previsionales, en las condiciones que indica (Boletines 13.950-07, 14.054-07 y 14.095-07, refundidos), de fecha 13 de abril de 2021, pp. 18-27.

¹⁴ Acta de la sesión N° 333 de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento de la Cámara de Diputados, ocurrida con fecha 1 de abril de 2021, p. 18.

¹⁵ Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, recaído en el proyecto que modifica la Carta Fundamental, para establecer y regular un mecanismo excepcional de retiro de parte de los fondos previsionales, en las condiciones que indica (Boletines 13.950-07, 14.054-07 y 14.095-07, refundidos), de fecha 13 de abril de 2021, p. 28.

¹⁶ Acta de la sesión N° 335 de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento de la Cámara de Diputados, ocurrida con fecha 13 de abril de 2021, p. 25.



Constitucional Impugnado, presentada por el H. Diputado Cristóbal Urruticoechea, por considerarlo incompatible con lo resuelto por dicha Comisión.¹⁷

Al respecto, la H. Diputada Pamela Jiles indicó que:

*“aquí lo que está en juego es la posibilidad de un tercer retiro para la población; ese tercer retiro sólo podemos conseguirlo con un quórum altísimo en la Sala [...] Ocorre señor Presidente que tenemos la obligación de plantearnos, a estas alturas de la sesión, que no contamos con el quórum necesario para aprobar el tercer retiro en la Sala...”*¹⁸

Igualmente, el H. Diputado Matías Walker, señaló que:

*“cuando propusimos la indicación para un tercer retiro bajo normas permanentes, estableciendo esta excepción excepcionalísima de iniciativa exclusiva del Presidente, respecto de una materia tan particular como el retiro de fondos en tiempos de pandemia bajo estado de catástrofe, lo hicimos por una opción legislativa: y es que **queremos aprobar un proyecto que no sea testimonial, sino que sea un proyecto que pase el test de control de constitucionalidad del Tribunal.** Esa fue la decisión que tomamos, y por eso que **desechamos la posibilidad de aprobar esta fórmula bajo un articulado transitorio, porque nos hicimos cargo del planteamiento del Tribunal Constitucional.**”*¹⁹ (Énfasis agregado).

Por su parte, el H. Diputado Diego Ibáñez expresó que:

“El espíritu que ha existido detrás de este debate es justamente respetar también lo que señala el Tribunal Constitucional en este caso, que justamente declaró inconstitucional una disposición transitoria que pretendía regular aspectos de fondo que debiesen estar en una reforma permanente, que es justamente por lo cual se presentaron indicaciones de reforma permanente y ahora estamos frente a una indicación transitoria (sic) que a todas luces sería

¹⁷ Video, Sesión N° 335 de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento de la Cámara de Diputados, tiempo 3:36:41, visto en <https://www.camara.cl/prensa/television.aspx>

¹⁸ Video, Sesión N° 335 de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento de la Cámara de Diputados, tiempo 3:37:16, visto en <https://www.camara.cl/prensa/television.aspx>

¹⁹ Video, Sesión N° 335 de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento de la Cámara de Diputados, tiempo 3:40:22, visto en <https://www.camara.cl/prensa/television.aspx>



*absolutamente inconstitucional desde el punto de vista incluso del Gobierno.*²⁰

(Énfasis agregado).

El H. Diputado Jorge Durán instó “*a ser sinceros con la ciudadanía porque estos proyectos que modifican normas transitorias serán objeto de reparo por el Tribunal Constitucional.*”²¹

Finalmente, puesta en votación la indicación sustitutiva presentada por el H. Diputado Urruticoechea al Proyecto de Reforma Constitucional Impugnado, se rechazó por unanimidad de 12 votos. Con ello, la Comisión concluyó que entendía rechazado asimismo el Proyecto de Reforma Constitucional Impugnado.²²

En consecuencia, las restantes indicaciones propuestas por otros parlamentarios se declararon rechazadas por ser incompatibles con lo ya resuelto por la Comisión de Constitución de la Cámara, por tratarse de indicaciones accesorias a un texto de artículo único que fue rechazado por unanimidad.²³

2.2 Discusión en general en la Sala de la H. Cámara de Diputados

En Sesión N° 19 especial, del 15 de abril de 2021, el Proyecto de Reforma Constitucional Impugnado fue aprobado en general por la Sala de la H. Cámara de Diputados, con una votación de 122 votos a favor, 20 en contra y 4 abstenciones.²⁴

Como consta en el oficio N° 16.467, de 15 de abril de 2021, de la H. Cámara de Diputados, habiéndose aprobado en general el Proyecto, y por haber sido objeto de indicaciones, se remitieron los antecedentes a la Comisión de Constitución de la Cámara para efectos de emitir un segundo informe.

2.3 Discusión en particular en la Comisión de Constitución de la Cámara

En la sesión N° 338 de la Comisión de Constitución de la Cámara, celebrada el 15 de abril de 2021, se discutieron las diversas indicaciones presentadas al Proyecto de Reforma

²⁰ Video, Sesión N° 335 de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento de la Cámara de Diputados, tiempo 3:46:38, visto en <https://www.camara.cl/prensa/television.aspx>

²¹ Acta de la sesión N° 335 de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento de la Cámara de Diputados, ocurrida con fecha 13 de abril de 2021, p. 27.

²² Acta de la sesión N° 335 de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento de la Cámara de Diputados, ocurrida con fecha 13 de abril de 2021, p. 28.

²³ Acta de la sesión N° 335 de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento de la Cámara de Diputados, ocurrida con fecha 13 de abril de 2021, p. 28.

²⁴ Síntesis de la sesión N° 19°, especial, Legislatura N° 369°, de la H. Cámara de Diputados, celebrada con fecha 15 de abril de 2021. Información sobre las votaciones disponible en: <https://www.camara.cl/sala/default.aspx#!/votaciones/4064/570/6/BOLET%C3%8DN%20N%C2%B0%2013950-07.%2014054-07%20y%2014095-07/0.9941897404917337>



Constitucional Impugnado. En dicha instancia se propuso como texto para el Proyecto la redacción del Boletín N° 13.950-07, de la H. Diputada Pamela Jiles y el H. Diputado Félix González, cuyo texto fue transcrito previamente.²⁵ Como se señaló, la moción incluye los siguientes aspectos:

- i. Nuevo retiro de un monto de los fondos de pensiones acumulados en la cuenta de capitalización individual, por parte de los afiliados al sistema previsional privado, con los valores mínimos y máximos, según el procedimiento indicado, lo que podrá ser solicitado en un término de 365 días después de publicada la reforma constitucional.
- ii. Los fondos retirados no serán objeto de retención, descuento, compensación legal o contractual, embargo o cualquier forma de afectación judicial o administrativa.
- iii. En el evento que existan deudas de obligaciones alimentarias, el juez de familia podrá autorizar al alimentario a subrogar al alimentante moroso en su derecho de solicitar este retiro, hasta por el monto total de la deuda, y otros aspectos procedimentales asociados a ello.

Al respecto, el H. Diputado Karim Bianchi, observó lo siguiente:

*“Acá yo creo que estamos en un dilema, en un problema. Se está utilizando un texto base que no incluye las rentas vitalicias. Estamos a utilizando el mismo texto base que el tribunal declaró inconstitucional...”*²⁶ (Énfasis agregado)

Finalmente, al ser sometido a votación el texto base del Boletín N° 13.950-07 para el Proyecto, fue aprobado por mayoría de 10 votos, 3 en contra y 0 abstenciones.²⁷

A continuación, se sometió a discusión y votación la indicación de los H. Diputados Karim Bianchi, René Saffirio, Leonardo Soto, Raúl Soto, Alejandra Sepúlveda, Diego Ibáñez, Marcos Ilabaca, Camila Vallejo y Jaime Mulet, formulada en los siguientes términos:

²⁵ Certificado de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, recaído en el proyecto que modifica la Carta Fundamental, para establecer y regular un mecanismo excepcional de retiro de parte de los fondos previsionales, en las condiciones que indica (Boletines 13.950-07, 14.054-07 y 14.095-07, refundidos), de fecha 15 de abril de 2021, pp. 7-9.

²⁶ Video, Sesión N° 338 de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento de la Cámara de Diputados, tiempo 00:48:19 horas, visto en: <https://www.camara.cl/prensa/television.aspx>

²⁷ Certificado de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, recaído en el proyecto que modifica la Carta Fundamental, para establecer y regular un mecanismo excepcional de retiro de parte de los fondos previsionales, en las condiciones que indica (Boletines 13.950-07, 14.054-07 y 14.095-07, refundidos), de fecha 15 de abril de 2021, p. 9.



“QUINCUAGÉSIMA: Durante la vigencia del estado de excepción constitucional de catástrofe por calamidad pública, el tiempo en que éste sea prorrogado y los 365 días posteriores a su término, los pensionados por renta vitalicia podrán por una vez y de forma voluntaria adelantar el pago de sus rentas hasta por el monto equivalente al diez por ciento de los fondos originalmente traspasados a la respectiva compañía de seguros, estableciéndose como monto máximo de pago por adelantado ciento cincuenta unidades de fomento.

El pago por adelantado de las rentas será único y su valor se descontará a prorrata de las rentas que resten por pagar al asegurado vitalicio, utilizando para dicho cálculo las condiciones vigentes al momento del traspaso de sus fondos previsionales a la compañía de seguros respectiva.

El procedimiento de solicitud, la exención de todo tipo de gravámenes e impuestos y las demás regulaciones, que no se opongan al presente artículo, se ajustarán a lo prescrito en la disposición trigésima novena transitoria de esta Constitución; el procedimiento para exigir el pago de deudas originadas por obligaciones alimentarias se sujetará a la ley.”.

Puesta en votación la indicación anterior, fue aprobada por 7 votos a favor, 3 en contra y 3 abstenciones.²⁸

A continuación, se discutió y votó la indicación de los H. Diputados Frank Sauerbaum, Alejandro Santana, Francisco Eguiguren y Pamela Jiles, formulada en el siguiente tenor:

“Quienes hubieren hecho ejercicio del derecho establecido en esta disposición podrán aumentar en un punto porcentual la cotización obligatoria señalada en el artículo décimo séptimo del Decreto Ley N° 3.500 de 1980 a un 11% de sus remuneraciones y rentas imposables, por un periodo mínimo de un año a contar desde el mes siguiente en que comunicare la decisión a la Administradora de Fondos de Pensiones a la que adscribe y hasta por el plazo que estimare pertinente, debiendo asimismo comunicar a la Administradora su decisión de revertir el aumento en la cotización. Esta cotización adicional se regirá por todas las disposiciones aplicables a la cotización legal obligatoria.

²⁸ Certificado de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, recaído en el proyecto que modifica la Carta Fundamental, para establecer y regular un mecanismo excepcional de retiro de parte de los fondos previsionales, en las condiciones que indica (Boletines 13.950-07, 14.054-07 y 14.095-07, refundidos), de fecha 15 de abril de 2021, p. 12.



Sin perjuicio de lo anterior, quienes hubieren hecho ejercicio del derecho a retiro establecido en esta disposición, podrán recibir, un aporte fiscal a la cuenta individual por cada año en que se postergue la pensión. El monto del aporte fiscal establecido en este inciso y la forma en que se percibirá serán determinados en una ley de quorum calificado.”.

Dicho texto fue aprobado por 11 votos a favor, 1 abstención y 1 voto en contra.²⁹

Luego, se sometió a votación y fue aprobada por unanimidad la indicación de los mismos autores, con la modificación que se destaca a continuación, propuesta por la H. Diputada Alejandra Sepúlveda, del siguiente tenor:³⁰

*“Estarán impedidos de solicitar el retiro a que se refiere esta disposición las personas cuyas rentas o remuneraciones se regulen de conformidad a lo dispuesto en el artículo 38 bus de la Constitución Política de la República, **con excepción de los trabajadores a honorarios**. Para efectos de verificar lo anterior, al momento de realizar la solicitud, el afiliado deberá presentar ante la respectiva Administradora de Fondos de Pensiones una declaración jurada simple en la cual dé cuenta que no se encuentra en la situación descrita.”.*

Finalmente, se sometió a votación la indicación aditiva del H. Diputado Matías Walker y Raúl Soto que incorpora, al inicio del inciso primero aprobado de la disposición transitoria de la CPR que el Proyecto propone incorporar, la oración *“Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 65 N° 6 de la Constitución”*.

Respecto de esta indicación, el H. Diputado Leonardo Soto expresó que *“lo que hace la indicación es intentar sortear y tratar de resolver los cuestionamientos que hizo el Tribunal Constitucional al proyecto de reforma de segundo retiro, donde cuestionaba que a través de una norma transitoria se modificaran normas permanentes de la Constitución y especialmente porque se afectara el principio de la iniciativa exclusiva del Ejecutivo”*.³¹ Como se advierte, este es un error.

²⁹ Certificado de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, recaído en el proyecto que modifica la Carta Fundamental, para establecer y regular un mecanismo excepcional de retiro de parte de los fondos previsionales, en las condiciones que indica (Boletines 13.950-07, 14.054-07 y 14.095-07, refundidos), de fecha 15 de abril de 2021, p. 16.

³⁰ Certificado de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, recaído en el proyecto que modifica la Carta Fundamental, para establecer y regular un mecanismo excepcional de retiro de parte de los fondos previsionales, en las condiciones que indica (Boletines 13.950-07, 14.054-07 y 14.095-07, refundidos), de fecha 15 de abril de 2021, pp. 16-17.

³¹ Video, Sesión N° 338 de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento de la Cámara de Diputados, tiempo 01:46:26, visto en: <https://www.camara.cl/prensa/television.aspx>



Más adelante, agregó el H. Diputado Walker que esta indicación “*se hace cargo del fallo del Tribunal Constitucional con ocasión del segundo retiro; recordemos, un fallo dividido con el voto dirimente de su Presidenta; y se hace cargo de uno de los fundamentos del fallo que es la referencia al artículo 65 de la Constitución, relativo a la iniciativa exclusiva del Presidente de la República. Lo que hace, como técnica legislativa, esta indicación es señalar que, sin perjuicio de lo establecido en ese artículo 65 N°6, es que el Congreso Nacional, en ejercicio del poder constituyente derivado -y por eso esta es una reforma que vamos a ir a defender ante el Tribunal Constitucional, al igual como lo hicimos respecto del proyecto del segundo retiro- permite sortear esa instancia con mayor posibilidad de éxito que si no se incorpora.*”.³² (Énfasis agregado).

Puesta en votación dicha indicación, se aprobó por 7 votos a favor, 5 en contra y 1 abstención.³³

2.4 Discusión en particular en la Sala de la H. Cámara de Diputados

En Sesión Especial N° 20, de 15 de abril de 2021, la H. Sala de la Cámara de Diputados discutió y votó en particular el Proyecto.

Al inicio del debate, el H. Diputado Matías Walker reconoció explícitamente que “*rechazado un proyecto en general la idea de legislar no se puede volver a presentar este proyecto en un año...*”. Además, afirmó que “*la fórmula que habíamos propuesto en la Comisión del Constitución era la que permitía sortear con mejor éxito el Tribunal Constitucional...*”.³⁴

Igualmente, el H. Diputado Matías Walker reconoció que este Proyecto de ley no evita un pronunciamiento desfavorable del Tribunal Constitucional, reconociendo tácitamente el vicio de constitucionalidad del mismo:

“(...) Aun cuando lamentamos el rechazo de la votación en general del articulado permanente que habíamos aprobado en la Comisión de Constitución, y que en definitiva resolvía de manera precisa y eficiente los cuestionamientos del Tribunal Constitucional, de todas formas, vamos a aprobar el articulado

³² Video, Sesión N° 338 de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento de la Cámara de Diputados, tiempo 01:47:25, visto en: <https://www.camara.cl/prensa/television.aspx>

³³ Certificado de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, recaído en el proyecto que modifica la Carta Fundamental, para establecer y regular un mecanismo excepcional de retiro de parte de los fondos previsionales, en las condiciones que indica (Boletines 13.950-07, 14.054-07 y 14.095-07, refundidos), de fecha 15 de abril de 2021, p. 17.

³⁴ Sesión de Sala de la H. Cámara de Diputados, legislatura N° 369, sesión especial N° 20, tiempo 00:09:38.



*transitorio. Lamentablemente, con la votación en general contraria [...], nos expusieron ante un escenario en el Tribunal Constitucional muy complejo... ”.*³⁵

El Proyecto de Reforma Constitucional Impugnado fue aprobado por 120 votos a favor, 18 en contra y 2 abstenciones. La expresión inicial del primer inciso, esta es, “Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 65 N° 6 de la Constitución”, fue aprobada por 92 votos a favor, 38 en contra y 2 abstenciones; y los incisos decimosegundo, decimotercero y decimocuarto, referidos al pago anticipado de rentas vitalicias, fueron aprobados por 107 votos a favor, 20 en contra y 14 abstenciones.³⁶

3. Oficio de ley a la cámara revisora

Habiéndose aprobado en general y en particular por la H. Cámara de Diputados, con fecha 15 de abril de 2021, el Proyecto de Reforma Constitucional Impugnado pasó a segundo trámite constitucional en el H. Senado.³⁷

El texto del Proyecto aprobado es el siguiente:

“Artículo único.- Agrégase la siguiente disposición transitoria en la Constitución Política de la República:

“QUINQUAGÉSIMA. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 65, inciso cuarto, número 6, excepcionalmente, y para mitigar los efectos sociales derivados del estado de excepción constitucional de catástrofe por calamidad pública decretado a causa del COVID-19, autorízase a los afiliados del sistema privado de pensiones regido por el decreto ley N° 3.500, de 1980, a realizar voluntaria y excepcionalmente un nuevo retiro de hasta el 10 por ciento de los fondos acumulados en su cuenta de capitalización individual de cotizaciones obligatorias, estableciéndose como monto máximo de retiro el equivalente a 150 unidades de fomento y un mínimo de 35 unidades de fomento.

En el evento de que el 10 por ciento de los fondos acumulados sea inferior a 35 unidades de fomento, el afiliado podrá retirar hasta dicho monto. En el caso de que los fondos acumulados en su cuenta de capitalización individual

³⁵ Sesión de Sala de la H. Cámara de Diputados, legislatura N° 369, sesión especial N° 20, tiempo 00:09:38.

³⁶ Síntesis de la sesión N° 20°, especial, Legislatura N° 369°, de la H. Cámara de Diputados, celebrada con fecha 15 de abril de 2021. Información sobre las votaciones disponible en: <https://www.camara.cl/sala/default.aspx#!/votaciones/4065/571/4/BOLET%C3%8DN%C2%B0%2013950-07.%2014054-07%20y%2014095-07/0.8653929779693694>

³⁷ Oficio N° 16.474, de 15 de abril de 2021, de la H. Cámara de Diputados que remite al H. Senado el proyecto que modifica la Carta Fundamental, para establecer y regular un mecanismo excepcional de retiro de parte de los fondos previsionales, en las condiciones que indica (Boletines 13.950-07, 14.054-07 y 14.095-07, refundidos)



sean inferiores a 35 unidades de fomento, el afiliado podrá retirar la totalidad de los fondos acumulados en dicha cuenta.

Los fondos retirados se considerarán extraordinariamente intangibles para todo efecto legal, y no serán objeto de retención, descuento, compensación legal o contractual, embargo o cualquier forma de afectación judicial o administrativa, ni podrá rebajarse del monto ya decretado de la compensación económica en el juicio de divorcio, sin perjuicio del derecho de subrogación legal del alimentario o su representante y de la retención, suspensión y embargabilidad por deudas originadas por obligaciones alimentarias de conformidad a lo previsto en la ley N° 21.254.

Con el objeto de exigir el pago de deudas originadas por obligaciones alimentarias, el juez de familia competente autorizará al alimentario, a petición de éste, de su representante legal o curador ad litem, a subrogarse en los derechos del alimentante moroso para realizar la solicitud de retiro de fondos previsionales acumulados en su cuenta de capitalización individual de cotizaciones obligatorias regidas por el decreto ley N° 3.500, de 1980, que permite esta reforma y la ley N° 21.248, hasta por la totalidad de la deuda. En el evento de que existan varios alimentarios en distintas causas y los fondos autorizados a retirar no fueren suficientes para el pago de cada deuda alimentaria, el tribunal que conozca de la causa más antigua vigente en la cual se decretó retención deberá prorratear, para determinar el monto de cada deuda alimentaria que se pagará con el fondo retirado por subrogación del afiliado alimentante o voluntariamente. Si las deudas alimentarias fueren inferiores al fondo que este artículo autoriza a retirar, el afiliado no perderá su derecho respecto del remanente.

Las administradoras de fondos de pensiones, dentro de tres días hábiles, deberán informar a los tribunales el o los correos electrónicos que los afiliados tienen registrados en dichas instituciones para pedir el retiro de fondos previsionales autorizados por esta Constitución. El tribunal deberá notificar al afiliado mediante correo electrónico todas las resoluciones que se dicten en la causa, dentro de tres días hábiles desde que se efectuó tal petición. Para todos los efectos legales, esta notificación se entenderá efectuada el mismo día en que se despache. La entrega de los fondos retenidos por deudas alimentarias se efectuará dentro de los siguientes diez días hábiles contados desde que venciere el plazo que el alimentante tiene para oponerse a la liquidación; o bien, si ha



existido oposición, desde que la resolución que se pronuncia sobre ella se encuentre firme y ejecutoriada. En el caso de que el total de la deuda exceda el monto máximo de retiro permitido, la subrogación se autorizará hasta por ese monto. Autorizada la subrogación, el juez, de oficio, deberá liquidar la deuda, en su caso prorratarla, y señalar los datos de la cuenta bancaria que haya determinado o determine para efectos del pago del retiro. Ejecutoriada la liquidación y su prorratio, si correspondiere, el alimentario o quien lo represente podrá concurrir directamente a la administradora de fondos de pensiones respectiva, la que deberá aceptar la solicitud de retiro con la sola exhibición de una copia simple de la sentencia que autoriza la subrogación y la liquidación del crédito, y el certificado que la tuvo por ejecutoriada.

Sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso anterior, la resolución que ordene el pago con fondos acumulados en la cuenta de capitalización individual de cotizaciones obligatorias del alimentante por los montos de retiro autorizados tanto por esta reforma como por la ley N° 21.248, que se encuentren retenidos por disposición judicial, con arreglo a lo dispuesto en los mencionados textos legales, deberá indicar el monto específico que ordena pagar por concepto de pensiones alimenticias devengadas y adeudadas, identificar la cuenta bancaria a la cual la administradora de fondos de pensiones deberá realizar la transferencia, y señalar expresamente el plazo en que la referida administradora deberá proceder al pago. Asimismo, dicha resolución incluirá la orden de alzar la respectiva medida de retención respecto de las sumas retenidas que excedan del monto por el que se ordena el pago, con indicación, además, de que dicho alzamiento no empece respecto de otras órdenes de retención que hubieren sido decretadas en otras causas sobre los mismos montos de capitalización individual de cotizaciones obligatorias del alimentante.

El tribunal ordenará que la resolución por la que dispone el pago sea notificada a la administradora de fondos de pensiones respectiva en el más breve plazo y por medios electrónicos. Por su parte, la resolución se entenderá notificada a las partes del proceso desde que se incluya en el estado diario electrónico disponible en la página web del Poder Judicial, de conformidad con el artículo 50 del Código de Procedimiento Civil.

La administradora de fondos de pensiones deberá efectuar la transferencia a la cuenta bancaria señalada en la resolución en un plazo no superior a diez días hábiles, contado desde que aquélla le es notificada.



Si se hubieren dictado dos o más órdenes de retención respecto de los fondos acumulados en la cuenta de capitalización individual de cotizaciones obligatorias por los montos de retiro autorizados tanto por esta reforma como por la ley N° 21.248, y dichos fondos no fueren suficientes para el pago de cada deuda alimentaria, concurrirán sobre este monto en la misma proporción de cada crédito sobre la suma total de las acreencias. Para ello, el juez de cada causa podrá ordenar indistintamente el pago de cada acreencia hasta el monto correspondiente a la proporción respectiva. Para ello deberá siempre consultar en forma previa sobre los montos de las demás acreencias a los tribunales que hubieren dictado las otras órdenes de retención y dejará constancia de dichos antecedentes y del cálculo de la proporción en la resolución por la que ordene el pago. Asimismo, deberá señalar en ella expresamente que el alzamiento de la respectiva medida de retención respecto de las sumas retenidas que excedan del monto por el que se ordena el pago no empece respecto de las demás órdenes de retención que hubieren sido decretadas en otras causas respecto de los mismos montos de capitalización individual de cotizaciones obligatorias del alimentante.

Los fondos retirados a los cuales hace referencia la presente disposición transitoria no constituirán renta o remuneración para ningún efecto legal y, en consecuencia, serán pagados en forma íntegra y no estarán afectos a comisiones o descuento alguno por parte de las administradoras de fondos de pensiones. Los afiliados podrán solicitar este retiro de sus fondos hasta 365 días después de publicada la presente reforma, con independencia de la vigencia del estado de excepción constitucional de catástrofe decretado.

Los afiliados podrán efectuar la solicitud de este retiro de fondos en una plataforma con soporte digital, telefónico y presencial que al efecto dispongan las administradoras de fondos de pensiones, asegurando un proceso eficiente y sin demoras. Los fondos que en aplicación de esta disposición le correspondieren al afiliado se transferirán automáticamente a la "Cuenta 2" sin comisión de administración o de seguros ni costo alguno para él, o a una cuenta bancaria o de instituciones financieras y cajas de compensación, según lo determine el afiliado. Los retiros que se efectúen conforme a esta disposición serán compatibles con las transferencias directas, beneficios, alternativas de financiamiento y, en general, las medidas económicas que la ley o las disposiciones reglamentarias establezcan a causa del COVID-19. No podrá considerarse el retiro de fondos para el cálculo de las demás medidas adoptadas



en razón de la crisis o viceversa. Se considerará afiliado al sistema privado de pensiones regido por el decreto ley N° 3.500, de 1980, a toda persona que pertenezca a dicho sistema, incluidas aquéllas que sean beneficiarias de una pensión de vejez, de invalidez o sobrevivencia. La entrega de los fondos acumulados y autorizados a retirar se efectuará en un plazo máximo de quince días hábiles, contado desde la presentación de la solicitud ante la respectiva administradora de fondos de pensiones. La implementación del sistema de transferencias de fondos y otras medidas que se efectúen en virtud de esta disposición no tendrán costo alguno para los afiliados. Además, las administradoras de fondos de pensiones deberán enviar a la Superintendencia de Pensiones, y al Banco Central cuando corresponda, todo antecedente del cumplimiento de las medidas que se efectúen con motivo de la aplicación de la presente disposición. La observancia, fiscalización y sanción de las obligaciones de las administradoras de fondos de pensiones contenidas en la presente disposición le corresponderá a la autoridad competente dentro de sus atribuciones legales.

Durante la vigencia del estado de excepción constitucional de catástrofe por calamidad pública, el tiempo en que éste sea prorrogado y los 365 días posteriores a su término, los pensionados por renta vitalicia podrán, por una vez y de forma voluntaria, adelantar el pago de sus rentas hasta por el monto equivalente al diez por ciento de los fondos originalmente traspasados a la respectiva compañía de seguros, estableciéndose como monto máximo de pago por adelantado ciento cincuenta unidades de fomento.

El pago por adelantado de las rentas será único y su valor se descontará a prorrata de las rentas que resten por pagar al asegurado vitalicio, utilizando para dicho cálculo las condiciones vigentes en el momento del traspaso de sus fondos previsionales a la compañía de seguros respectiva.

El procedimiento de solicitud, la exención de todo tipo de gravámenes e impuestos y las demás regulaciones, que no se opongan al presente artículo, se ajustarán a lo prescrito en la disposición trigésima novena transitoria de esta Constitución. El procedimiento para exigir el pago de deudas originadas por obligaciones alimentarias se sujetará a la ley.

Estarán impedidos de solicitar el retiro a que se refiere esta disposición las personas cuyas rentas o remuneraciones se regulen de conformidad a lo dispuesto en el artículo 38 bis de esta Constitución, con excepción de los



trabajadores a honorarios. Para efectos de verificar lo anterior, en el momento de realizar la solicitud, el afiliado deberá presentar ante la respectiva administradora de fondos de pensiones una declaración jurada simple en la cual dé cuenta que no se encuentra en la situación descrita.

Quienes hubieren hecho ejercicio del derecho establecido en esta disposición podrán aumentar en un punto porcentual la cotización obligatoria señalada en el artículo 17 del decreto ley N° 3.500, de 1980, al 11 por ciento de sus remuneraciones y rentas imponibles, por un período mínimo de un año a contar del mes siguiente a aquel en que comuniquen la decisión a la administradora de fondos de pensiones a la que estén afiliados, y hasta por el plazo que estimen pertinente, debiendo asimismo comunicar a la administradora su decisión de revertir el aumento en la cotización. Esta cotización adicional se registrará por todas las disposiciones aplicables a la cotización legal obligatoria.

Sin perjuicio de lo anterior, quienes hubieren hecho ejercicio del derecho a retiro establecido en esta disposición, podrán recibir un aporte fiscal a la cuenta individual por cada año en que se postergue la pensión. El monto del aporte fiscal establecido en este inciso y la forma en que se percibirá serán determinados en una ley de quórum calificado.”.

4. Tramitación del Proyecto de Reforma Constitucional Impugnado en el H. Senado

Con fecha 19 de abril de 2021, el Proyecto de Reforma Constitucional Impugnado comenzó a ser discutido por la Comisión de Constitución del Senado.

4.1 Discusión en general en la Comisión de Constitución del Senado

En dicha sesión, efectuaron presentaciones el Presidente del Banco Central, Mario Marcel; el Superintendente de Pensiones, Osvaldo Macías; la Presidenta de la Asociación de Administradora de Fondos de Pensiones, Alejandra Cox; el Presidente de la Asociación de Aseguradores de Chile A.G, Mario Gazitúa; y el abogado constitucionalista Francisco Zúñiga.

Se puede decir, como reflexión general, que el debate en esta sesión de la Comisión de Constitución del Senado, se centró fundamentalmente en el mérito y constitucionalidad de los adelantos de rentas vitalicias, pasando el resto de la materia, en general, a segundo plano.



El H. Senador Galilea, indicó que:

*“El profesor Zúñiga hizo una serie de cuestiones de carácter constitucional. Él ve una objeción, básicamente [...] por haberse repuesto un proyecto que había sido rechazado hace menos de un año. Y por lo tanto él cree que es inconstitucional volver a verlo sin haber respetado ese plazo”.*³⁸

*“... respecto del alcance de inconstitucionalidad formal, si uno hace una breve crónica, hasta ahora las tres iniciativas de reforma constitucional que han incurrido en la reforma en los contratos de rentas vitalicias, la de enero de 2021, y las dos de ahora de abril de 2021, yo me temo que en todas ellas lo que está presente es una misma idea matriz. Lo que está presente en ellas es una misma regla de derecho, que es lo sustantivo respecto de la inconstitucionalidad de forma, más aún en la última votación que experimentó en el trámite en general, primer trámite parlamentario del proyecto de reforma constitucional, el informe de la Comisión de Constitución de la Cámara, no alcanzó el quórum y se entendió rechazado. Es en el segundo trámite parlamentario del primer trámite constitucional que la Comisión de Constitución reformula el proyecto, y lo reformula como disposición puramente transitoria en sus dos partes, tanto en lo relativo al retiro del 10%, como en relación a contratos de renta vitalicia. Naturalmente este acomodo, reunir en un mismo articulado, un poquito forzando las cosas, iniciativas de reforma constitucional que tienen alcances distintos y que dicen relación con modalidades distintas, aunque la renta vitalicia sea una prestación básica de seguridad social, tienen regímenes distintos y problemas operativos también distintos.”*³⁹

Durante dicha sesión, la H. Senadora Ebensperger indicó lo que sigue:

“Tengo observaciones de fondo y de forma. De fondo porque creo que es un proyecto inconstitucional, porque creo que este proyecto es de iniciativa exclusiva del Presidente, aunque sea una reforma constitucional, porque afecta materias de seguridad social y de administración financiera del Estado [...] creo que esa materia también es inconstitucional, porque efectivamente cuando aquí la renta programada o vitalicia pueden afectar contratos [...] en estados de

³⁸ Video, Sesión de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del H. Senado, lunes 19 de abril de 2021, visto en: <https://tv.senado.cl/tvsenado/comisiones/permanentes/constitucion-legislacion-justicia-y-reglamento/comision-de-constitucion-legislacion-justicia-y/2021-04-18/204453.html>

³⁹ Video, Sesión de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del H. Senado, lunes 19 de abril de 2021, visto en: <https://tv.senado.cl/tvsenado/comisiones/permanentes/constitucion-legislacion-justicia-y-reglamento/comision-de-constitucion-legislacion-justicia-y/2021-04-18/204453.html>



excepción en este caso de catástrofe en virtud del artículo 43 de la Constitución, esa facultad de requisar bienes la tiene el Presidente y precisamente la tiene el Presidente porque puede afectar o comprometer la responsabilidad patrimonial del Estado.”⁴⁰

Por su parte, El H. Senador Bianchi, sostuvo que:

“de tratar el proyecto tal cual viene desde la Cámara de Diputados, que viene con el transitorio, es exactamente el mismo proyecto, el segundo mismo proyecto, que en su momento el Gobierno llevó al Tribunal Constitucional, por lo tanto [...] para que esto pudiera superar esa valla efectivamente tenemos que cambiar el transitorio por uno permanente...”⁴¹

Finalmente, tras su discusión, la Reforma Constitucional Impugnada fue votada en general por la Comisión de Constitución del Senado, y fue aprobada por 3 votos a favor y 2 en contra.⁴²

5. Planteamiento de la cuestión de constitucionalidad. Reservas de constitucionalidad en la tramitación del Proyecto ante la H. Cámara de Diputados.

No obstante, la aprobación del Proyecto de Reforma Constitucional Impugnado, en diversas instancias de la tramitación legislativa en el H. Congreso Nacional se plantearon reservas sobre posibles vicios de constitucionalidad del mismo.

En efecto, una vez que el Proyecto fue aprobado en general por la Comisión de Constitución de la Cámara, en la sesión N° 333 de fecha 1 de abril de 2021, el Ministro Secretario General de la Presidencia realizó una reserva de constitucionalidad señalando, que:

“Las mociones infringen la Carta Fundamental de manera grave y precisa y por varias razones:

⁴⁰ Video, Sesión de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del H. Senado, lunes 19 de abril de 2021, visto en: <https://tv.senado.cl/tvsenado/comisiones/permanentes/constitucion-legislacion-justicia-y-reglamento/comision-de-constitucion-legislacion-justicia-y/2021-04-18/204453.html>

⁴¹ Video, Sesión de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del H. Senado, lunes 19 de abril de 2021, visto en: <https://tv.senado.cl/tvsenado/comisiones/permanentes/constitucion-legislacion-justicia-y-reglamento/comision-de-constitucion-legislacion-justicia-y/2021-04-18/204453.html>

⁴² Video, Sesión de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, lunes 19 de abril de 2021, visto en: <https://tv.senado.cl/tvsenado/comisiones/permanentes/constitucion-legislacion-justicia-y-reglamento/comision-de-constitucion-legislacion-justicia-y/2021-04-18/204453.html>



En primer término, se infringe el artículo 127 de la Constitución Política, en particular el Capítulo XV de la Constitución toda vez que se incorpora o aprueba una disposición transitoria implícita de la Carta que no respeta el procedimiento, las formas ni los quórums que la Constitución exige para reformar sus capítulos y normas.

En síntesis, al incorporarse una disposición transitoria se deben cumplir tres requisitos copulativos y fundamentales para la validez de dicha reforma. Primero, toda reforma constitucional debe modificar total o parcialmente, expresa y formalmente, el texto permanente de la Carta Fundamental, lo que traerá como consecuencia necesariamente una adición, cambio o supresión de una o varias palabras, frases, incisos, artículos, párrafos, o capítulos de la Constitución. Segundo, que esta reforma se lleve a cabo respetando el procedimiento establecido en el Capítulo XV de la Constitución. Tercero, toda reforma debe traducirse en una enmienda del documento constitucional, lo que permite diferenciar este mecanismo de las mutaciones constitucionales y de la actividad del legislador. Por el contrario, la Constitución prohíbe las reformas implícitas, tácitas o indirectas a su texto. Esta argumentación ha sido categóricamente refrendada por STC Rol N° 9797-2020, considerandos 2°, 29° y 30°, entre otros.

Una segunda infracción constitucional dice relación con el derecho a la seguridad social contenido en el artículo 19 N° 18 de la Constitución Política, en relación con el artículo 127 de la Carta Fundamental. El proyecto es inconstitucional porque incorpora –con infracción al artículo 127–, una nueva regla consistente en la ampliación del destino de la cotización obligatoria lo que lesiona el sistema de seguridad social sin proveer alternativas ni soluciones. Además, se suma una infracción adicional, el proyecto debe votarse con independencia del resultado final de la votación acorde a los quórums que se establecen en esa norma. Esta argumentación ha sido señalada también por STC Rol N° 9797-2020, considerandos 29° y 30°.

Una tercera infracción constitucional consiste en que se está pasando a llevar la iniciativa exclusiva legislativa presidencial contemplada en el artículo 65 incisos tercero y cuarto, números 1 y 6, en relación con el artículo 127, todos de la Constitución Política.



Se infringe el inciso tercero del artículo 65 al crear una nueva regla de iniciativa legislativa de los parlamentarios en materia de administración financiera y presupuestaria del Estado.

Se infringe el número 1° del inciso cuarto del artículo 65 al incorporar una nueva regla de iniciativa legislativa parlamentaria en materia de tributos, específicamente, una exención.

Se infringe el número 6° del inciso cuarto del artículo 65 en relación con el artículo 127, todos de la Constitución Política, al incorporar una nueva regla de iniciativa parlamentaria en materia de seguridad social.

Una cuarta infracción consiste en que se lesiona lo establecido en el artículo 94 de la Carta Fundamental al contravenirse lo señalado recientemente por el Tribunal Constitucional en la sentencia que ya ha citado.

En consecuencia, y respecto de esta primera reserva de constitucionalidad solicito a la secretaría que queden debidamente registradas estas reservas de constitucionalidad en el acta de la sesión y en la Historia de la Ley, como, asimismo, se entiendan cumplidos los requisitos constitucionales y legales ante el Tribunal Constitucional para tener por planteada cuestión de constitucionalidad.”⁴³

En la sesión N° 338 de la Comisión de Constitución de la Cámara, celebrada el 15 de abril de 2021, aprobado en particular el Proyecto de Reforma Constitucional Impugnado, el Ministro Secretario General de la Presidencia formuló expresa reserva de constitucionalidad reproduciendo los argumentos jurídicos y constitucionales que se había señalado en sesiones anteriores, para sostener en las instancias que correspondan la inconstitucionalidad del Proyecto.⁴⁴

Asimismo, el Subsecretario General de la Presidencia añadió:

“Además, recordar que esta norma propuesta contraviene el artículo 127 en el Capítulo XV, ya que implica crear una norma transitoria que produce una

⁴³ Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, recaído en el proyecto que modifica la Carta Fundamental, para establecer y regular un mecanismo excepcional de retiro de parte de los fondos previsionales, en las condiciones que indica (Boletines 13.950-07, 14.054-07 y 14.095-07, refundidos), de fecha 13 de abril de 2021, pp. 30-31.

⁴⁴ Certificado de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, recaído en el proyecto que modifica la Carta Fundamental, para establecer y regular un mecanismo excepcional de retiro de parte de los fondos previsionales, en las condiciones que indica (Boletines 13.950-07, 14.054-07 y 14.095-07, refundidos), de fecha 15 de abril de 2021, p. 17.



modificación implícita en la Constitución, sin respetar el procedimiento y sin recurrir a una norma permanente.

Además, amplía el artículo 19 N°18 respecto del destino de la cotización obligatoria, por lo tanto, requiere al menos un quórum de 2/3. No porque exista una norma de excepción, que sería una disposición transitoria, el constituyente tiene autonomía para soslayar o para vulnerar las normas del artículo 19 N°18 y el artículo 65 N°6 que obligan, en ambos casos, a que normas de este tipo requieran ley de quórum calificado de iniciativa exclusiva del Presidente de la República.

Finalmente, dos consideraciones finales [...] Este texto contraviene expresamente una sentencia del Tribunal Constitucional, por lo tanto, también haremos ver ese argumento en dicha sede. Además, respecto de las rentas vitalicias, nos parece que, al haberse rechazado en general en su oportunidad la idea de legislar respecto del retiro de rentas vitalicias, esto contraviene flagrantemente el artículo 68 de la Constitución, además del artículo 19 N°24 al insinuar claramente una expropiación respecto de unos fondos que han sido traspasados a otras entidades.

Es por eso, Presidente, que en base a estas consideraciones respecto de este texto recientemente aprobado es que el Ejecutivo se reserva el derecho de poder requerir al Tribunal Constitucional, formulando las respectivas reservas de constitucionalidad.”⁴⁵ (Énfasis agregado)

⁴⁵ Video, Sesión N° 338 de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento de la Cámara de Diputados, tiempo 01:51:52, visto en: <https://www.camara.cl/prensa/television.aspx>



CAPÍTULO II – PRIMERA INFRACCIÓN CONSTITUCIONAL: AL ARTÍCULO 127 DE LA CPR EN RELACIÓN AL ARTÍCULO 6 Y 7 DE LA MISMA, EN LA TRAMITACIÓN DE LA REFORMA, MEDIANTE DISPOSICIONES TRANSITORIAS DE LA CONSTITUCIÓN

1. Supuestos inconstitucionales en los que reposa el Proyecto y que se deben identificar desde el comienzo.

El Proyecto pretende incorporar una nueva disposición transitoria a la Constitución mediante la cual, se autoriza a los afiliados del sistema privado de pensiones regido por el decreto ley N° 3.500, de 1980, que establece un sistema de pensiones de vejez, de invalidez y sobrevivencia derivado de la capitalización individual obligatoria en una administradora de fondos de pensiones (en adelante, “**DL N° 3.500**”), de manera “excepcional” y “voluntaria”, al retiro de hasta el 10% de los fondos acumulados en la cuenta de capitalización individual que administra su AFP, con un monto máximo equivalente a 150 unidades de fomento y un mínimo de 35 unidades de fomento. Si los fondos acumulados en su cuenta de capitalización individual no alcanzan a las 35 unidades de fomento, podrá retirarse el total de los ahorros.

Ahora bien, en la tramitación del Proyecto se ha aprobado la incorporación de dicha disposición transitoria bajo el supuesto de que el procedimiento previsto por el Capítulo XV de la Carta Fundamental, muy en particular el artículo 127 de la misma, en el que pretende basarse, admite la inclusión de disposiciones transitorias que enmiendan la Constitución de manera implícita y sin modificar o enmendar (esto es, sin derogar, modificar o aprobar) ninguna norma permanente al texto de la Constitución.

El Proyecto (y todas las reformas constitucionales de su tipo) descansa en varios supuestos inconstitucionales que afectan la fuerza normativa y la supremacía de la Constitución:

- i. El primer supuesto inconstitucional en que se basa el Proyecto es que, en uso del poder de reforma que la Constitución contempla para enmendar sus disposiciones, los parlamentarios podrían cambiar las normas permanentes de la Carta Fundamental sin reformar su texto expresamente (ni ningún texto de ella). En efecto, como se advierte, a través del Proyecto, los reformistas crean un derecho al retiro exento de tributación para todos los afiliados y cotizantes del sistema de pensiones regulado por el DL N° 3.500, incorporando una verdadera “disposición sustantiva”, pero sin enmendar las normas permanentes de la Carta Fundamental. En el mismo sentido, el Proyecto comprende un retiro de pensiones adelantado por montos muy similares a los del retiro de fondos previsionales, desde la modalidad de rentas vitalicias y con cargo al patrimonio de las compañías que las proveen. El Proyecto admite el aumento voluntario de las cotizaciones previsionales, aun cuando este es un tema que se trata



en las reformas sustantivas al sistema previsional, que se encuentran discutiendo en el H. Congreso Nacional.

- ii. El segundo supuesto inconstitucional, es que el Capítulo XV de la CPR admitiría reformar o enmendar el texto de la Constitución, vía disposiciones transitorias, saltándose las reglas constitucionales previstas en resguardo de la jerarquía normativa de la Carta Fundamental, muy en particular, las que fijan las atribuciones, facultades y competencias que el régimen presidencial concibe como atribuciones exclusivas del Presidente de la República. En este punto debemos insistir: no estamos señalando que la Constitución prohíbe al constituyente reformar las normas que atribuyen al Presidente de la República iniciativa exclusiva en determinadas materias de ley. Lo que afirmamos es que mediante el uso las disposiciones transitorias, no puede pasarse por alto el sistema de normas que la Constitución contempla en esta materia, sin reformar la Carta Fundamental expresa y literalmente. A través de este procedimiento, no se puede subvertir la Carta Fundamental, infringirla, burlando las reglas permanentes de ella. Si el legislador/constituyente derivado pretende hacer esto, debe reformar las disposiciones permanentes, su articulado, que regulan la iniciativa y demás normas. Debe cambiar el régimen de pesos y contrapesos que la Carta Fundamental contempla.
- iii. El tercer supuesto inconstitucional, es que la reforma implícita de la Constitución vía disposición transitoria podría hacerse mediante un quórum de 3/5 de los diputados y senadores en ejercicio, aun cuando una reforma al texto permanente de la Carta Fundamental, según lo exige el Capítulo XV y los derechos afectados por la reforma, reclama un quórum de 2/3 de los diputados y senadores en ejercicio. El Proyecto se basa en la idea de que –dado que las reglas constitucionales en general admiten enmienda mediante una regla de 3/5- entonces bastaría con cumplir con este quórum para que la totalidad de la Constitución esté a su disposición vía normas o disposiciones transitorias. Hay aquí una confusión jurídica de proporciones, pues el respeto del quórum que contempla el procedimiento del artículo 127 de la CPR, es sólo un componente de la reforma constitucional, toda vez que las reformas implícitas al texto constitucional permanente no son constitucionalmente aceptables.

La consecuencia funesta de este procedimiento seguido hasta aquí es que la totalidad de la Constitución quedaría a merced de los parlamentarios, sin procedimiento, quórum, reforma formal y expresa de ninguna especie, diluyendo la diferenciación jurídica y constitucional entre ejercicio del poder constituyente derivado (poder de reforma sometido a la Constitución, párrafo primero del Capítulo XV) y poder constituyente de revisión (párrafo



segundo del Capítulo XV). Ello lesiona seriamente la fuerza normativa de la Constitución y la supremacía de sus disposiciones, al crear una verdadera “Constitución Paralela” con igual fuerza de obligatoriedad que sus disposiciones permanentes, pero que infringe su procedimiento.

2. Inconstitucionalidad del Proyecto. Infracción al Capítulo XV y al artículo 127 de la CPR, en relación con los artículos 6° y 7° de la misma (lesión a la supremacía de la Constitución, el sistema de fuentes y a la jerarquía normativa de la Carta Fundamental)

El Proyecto infringe las disposiciones constitucionales que regulan el procedimiento de modificación, derogación y aprobación de artículos, preceptos o disposiciones de la Constitución, contenido en su Capítulo XV. Recordemos, nada más, que el Proyecto supone aprobar un derecho de retiro selectivo excepcional de los fondos previsionales de los afiliados al sistema previsional que regula el DL N° 3.500 y “por una sola vez”, además, respecto del “anticipo” de las rentas vitalicias futuras (aun cuando se trataría de un tercer retiro “excepcional”), a través de lo que se llama “disposiciones transitorias” de la Constitución. Con todo, es importante subrayar que esta reforma que se propone no deroga, modifica ni aprueba ninguna disposición constitucional expresa ni permanente de la Carta Fundamental, dejándolas todas las vigentes intactas.

Con ello, no sólo se afecta el procedimiento constitucional para la reforma de la Carta Fundamental, pues el Proyecto introduce en la Constitución una regla que crea este derecho de retiro excepcional y voluntario para fines distintos o diversos a los fines de proveer el derecho a la seguridad social y, estableciendo “excepcionalmente” una atribución al H. Congreso Nacional que corresponde a la iniciativa exclusiva presidencial que la Constitución establece, y en contradicción con el sistema de seguridad social consagrado en el artículo 19 N° 18 de la CPR, esto es, recayendo en la normativa permanente de la Constitución, pero por la vía de una “disposición transitoria”.

Lo anterior, tiene como consecuencia el debilitamiento de la supremacía constitucional y la fuerza y jerarquía normativa de la Carta Fundamental, en la medida que la Constitución ordena un régimen de seguridad social y dota de competencia **a la ley** (que es una verdadera ley constitucional, por mandato de la propia Constitución, a diferencia del resto de ellas), **de quórum calificado**, tal como lo expresara este Excmo. Tribunal en STC Rol N° 9797-2020, para hacer posible enfrentar los estados de necesidad y contingencias, mediante cotizaciones obligatorias, conforme el sistema que regula la ley. Asimismo, las reglas de las disposiciones transitorias implican el abandono del sistema y su debilitamiento, vía el retiro de fondos previsionales que están “adscritos” a cumplir con la finalidad de seguridad social, al término



de la edad laboral u otra razón de necesidad. La consecuencia directa de este proceder es la afectación a la supremacía constitucional.

Para explicar en detalle por qué consideramos que esta forma de proceder es inconstitucional, debemos explicar algunos temas previos.

2.1. El poder constituyente “originario” y “derivado”

Los impulsores del Proyecto de Reforma Constitucional Impugnado proponen ejercer la facultad que confiere la Constitución para su reforma. Es ilustrativa la denominación de las tres mociones que originan el Proyecto, referidas a “Proyecto de Reforma Constitucional”. En efecto, los impulsores invocan como fundamento de su acción, las reglas que la Constitución establece para admitir su reforma o enmienda (a pesar de que el Proyecto carece de fundamentación constitucional). En doctrina, se le llama a esta acción: ejercicio del poder constituyente derivado.

Debemos, entonces, analizar con seriedad, si se cumplen las exigencias constitucionales que la Carta Fundamental prevé para la validez de este tipo de acciones que enmiendan la Constitución.

Se acostumbra en la doctrina, al referirse al poder constituyente, apellidarlos como “originario” y “derivado”, como si fueran dos aspectos del mismo problema.⁴⁶ La verdad es que, ambos tipos de “poder”, difieren radicalmente y estas diferencias son relevantes en el caso de este Proyecto de reforma constitucional vía disposiciones transitorias.

Se entiende por poder constituyente originario, el “poder” que tendría el pueblo o la Nación para, soberanamente, darse el orden constitucional que le parezca, sin someterse a una normativa previa. Se trata de un “poder” que no es, sino que se manifiesta como un hecho social, y que escapa al derecho, en tanto es fruto de la ruptura, revolución o derrumbe de la Constitución o el forjamiento de un nuevo vínculo. Esos hechos surgen debido a crisis políticas profundas, golpe de estado y tantas situaciones de colapso que viven los Estados. Como ya J.J. Rousseau anticipara, la fuerza del “más fuerte” nunca es lo suficientemente poderosa y permanente, sino transforma su fuerza en derecho, y la obediencia en deber, de

⁴⁶ STC Rol N° 46-87, considerando 34°, que señala: “*Que, en efecto, la Constitución es el estatuto jurídico de mayor jerarquía dentro del ordenamiento positivo que surge como expresión de un Poder que se denomina “Constituyente”. A este se le define como la facultad inherente a toda comunidad política soberana a darse su ordenamiento jurídico político originario por medio de una Constitución y a reformar a ésta total o parcialmente cuando sea necesario*”, citando el texto de Linares Quintana.



manera que estas situaciones de ruptura llevan ínsita un impulso hacia el orden y nuevo texto constitucional.⁴⁷

Esta idea de poder constituyente originaria es tributaria del movimiento intelectual denominado contractualismo – en especial de Hobbes, Locke, Rousseau, y Kant-, en la medida que la filosofía política resultante de sus concepciones e ideas invirtió el fundamento y origen de la legitimidad del poder político en la sociedad, trasladándolo desde la divinidad a los individuos. Desde que esta idea se volvió persuasiva, la fuente de legitimidad de todo poder social y político entre los hombres nace del consentimiento de ellos. Idea que conectó, directamente, con la noción de poder constituyente originario, en términos que el pueblo –la reunión de individuos- o la Nación –la expresión unitaria y colectiva de los individuos- eran la fuente libre de legitimidad del orden político y constitucional.⁴⁸

A raíz de estas ideas, se afirma que el poder constituyente originario “constituye” pero no es “constituido”, tratándose de un poder soberano y ciudadano para darse un orden constitucional libremente, desde la anomia. Naturalmente, esta idea de que el poder constituyente nace desde la anomia es muy discutible,⁴⁹ aunque no es el tema de este Requerimiento. Basta con señalar, que un poder soberano no puede autolimitarse porque dejaría de ser soberano. Si se limita ya no es soberano. Si debe funcionar como tal, requiere de algunos límites desde los cuales operar, lo que implica que no es soberano. Una paradoja. De modo que, en términos prácticos, sólo cabe asumir que debe haber reglas acordadas previamente que definen el ejercicio de este poder⁵⁰ y, en consecuencia, no existe un “*poder constituyente soberano*”.

El poder constituyente derivado, en cambio, sería el poder de reforma o enmienda del texto constitucional, para adecuarlo a los cambios que la evolución social o las ideas

⁴⁷ Véase Jean J. Rousseau, en el Contrato Social, capítulo III, el primer párrafo en cualesquiera de sus versiones.

⁴⁸ Según nuestra manera de pensar, uno de los primeros ensayos que supuso el uso de esta expresión y la descripción de sus características fue Emmanuel-Joseph Sieyès en su texto famoso “El Tercer Estado”. Prácticamente, todos los autores hacen este distingo, aunque no todos advierten que se trata de fenómenos enteramente distintos.

⁴⁹ Para la revisión crítica y apoyo de esta idea, el mejor texto es Ignacio de Otto, *Derecho Constitucional. Sistema de Fuentes*, Ariel, 1991, pp. 54 y 55. Sostiene: “*Ahora bien, como vieron con toda claridad los teóricos del principio monárquico en el siglo XIX, un poder no puede autolimitarse. Si la norma básica del ordenamiento es que el Rey tiene un poder absoluto, la Constitución que el Rey dicte autolimitándose, esto es, reduciendo el poder que la norma básica le atribuye, no podrá fundamentarse en ella, pues la contradice. Si afirmamos que la Constitución vale en virtud del poder absoluto del Monarca, estamos reconociendo tal poder, y por tanto, que el Monarca no está sujeto a la Constitución. Por tanto, para afirmar que la Constitución vincula al Monarca, tendremos que afirmar que la Constitución deroga la norma básica que atribuye al Rey el poder absoluto, lo que significa que la Constitución misma no deriva de esa norma básica, del mismo modo que la validez de una ley no puede derivar de la ley que ella deroga*”.

⁵⁰ En algunos regímenes se les llama “poder preconstitucional”, pero naturalmente la cuestión es circular. ¿Qué reglas definen quién ejerce, bajo qué procedimiento y con qué requisitos y quórum el poder preconstituyente?



dominantes requieren plasmar. Se trata de un poder reglado. Casi todos los órdenes constitucionales actuales, contemplan algún tipo de poder de reforma de sus disposiciones,⁵¹ existiendo muchas razones para ello, entre las cuales se puede mencionar: evitar el anquilosamiento de su texto, la mutación, la pérdida de legitimidad o su desacople, la irrupción de nuevas generaciones, entre otros.

Pareciera, sin embargo, que el poder constituyente originario y derivado fueran expresión de una misma realidad de poder. No obstante, el uso indiferenciado de ambos tipos de “poder”, como si fueran una clasificación de lo mismo, oscurece que el llamado poder constituyente derivado no es un poder ajeno al derecho, no lo antecede ni lo constituye, sino que es un poder que nace –única y exclusivamente- a raíz del derecho.⁵² No es un poder que constituye pues **siempre es constituido**, ya que es la manera y forma que la propia Constitución autoriza la reforma de su texto. Esta es una facultad/poder que tiene, en realidad, como fuente la propia Constitución, y que de no ser por la expresa habilitación para acometer la reforma de su texto, no existiría. En términos técnicos, la validez jurídica de los actos de reforma del texto constitucional depende necesariamente del respeto del derecho que la funda, el que pasa a ser su modo de producción.

El denominado poder constituyente derivado, es expresión de la decisión de habilitar o legitimar al poder legislativo –en nuestro caso-, esta vez investido de una atribución muy especial para revisar, reformar o adecuar la Constitución, mediante un procedimiento, etapas, quórum, órganos u otros, expresamente definidos por la Constitución. Se trata entonces de un poder limitado y sometido, íntegramente, al derecho, que nace del derecho de la propia Constitución, y encuentra en ella, su razón de ser. Esta es la manera a través de la cual nuestra Carta Fundamental solucionó la tensión entre poder constituyente originario (desde la anomia o como un poder permanente de inestabilidad) y las necesidades de adecuación y cambio que toda Constitución experimenta con los años.

La fórmula es conocida del constitucionalismo: introducir al texto un poder de reforma o enmienda del texto constitucional, que opere con límites y restricciones, al menos, según la literatura y la doctrina constitucional, procedimentales.

⁵¹ Véase un análisis completo del tema de reformas constitucionales inconstitucionales en Yaniv Roznai, “*Unconstitutional Constitutional Amendments. The Limits of Amendment Powers*”, Oxford University Press, 2017.

⁵² Tal vez por esta radical diferencia León Duguit, *Manuel de Derecho Constitucional*, Comares, 2005, pp. 491 y ss. prefirió llamarlo a este “poder” por su objeto: “Leyes Constitucionales”. Es evidente que ello acentúa las diferencias que tratamos. Ver en particular el Capítulo Cuarto que se denomina “De la Revisión de las Leyes Constitucionales”, donde explica la situación de Francia. Este concepto es aplicable en términos generales a la teoría constitucional.



Si la reforma de la Constitución sólo puede hacerse constitucionalmente desde la Constitución, con pleno respeto de ella, entonces quiere decir que el titular de estas facultades para reformar la Carta Fundamental (los poderes investidos de estas atribuciones) exclusivamente puede ejecutar aquello que expresamente le autoriza el derecho de la Constitución. No son libres, en consecuencia, los poderes investidos de estas atribuciones, para decidir si reforman la Constitución a través de la incorporación de normas de conducta o derechos (según ya explicaremos) a las disposiciones transitorias de la Carta Fundamental o, en cambio, acometerla modificando, derogando o aprobando disposiciones, artículos, palabras, oraciones o capítulos permanentes al texto de ella. No da lo mismo, porque la Constitución ordena –como veremos- que se haga de una cierta forma y manera, y no de otra. Cualquier otra manera de hacerlo es inconstitucional.

Esto es lo que dijo el Tribunal Constitucional de la Constitución de 1925, en una sentencia legendaria, al justificar por qué se declaraba incompetente de conocer la constitucionalidad de una reforma a esa Carta Fundamental, para la cual no tenía potestad formal de control. Al respecto señaló:

*“la competencia de un órgano... está regida íntegramente por el derecho público. Dentro de esta rama del derecho, las normas jurídicas que lo integran son imperativas y prohibitivas. Ello quiere decir que tal órgano está obligado a actuar o le está prohibido hacerlo porque las preceptivas que regulan su actividad están inspiradas siempre por el interés público o colectivo”.*⁵³

Concluyó que no estaba facultado para revisar una reforma constitucional, aunque se llamara “ley” de reforma constitucional. Para la reforma constitucional, entonces, las reglas que regulan su ejercicio no son permisivas, como si fueran reglas de libertad discrecionales. El derecho de la Constitución que regula su propia reforma debe ser respetado íntegramente.

2.2. El derecho que regula la reforma o enmienda de la Constitución (Capítulo XV de la CPR)

La Constitución –hemos concluido de lo anterior- regula su propia reforma para hacerla coincidir con las necesidades de cambio y las ideas dominantes. Ello permite que la Constitución admita su enmienda en el tiempo. Normalmente, los bienes que configuran el procedimiento para la reforma, representan una tensión, entre, por una parte, la necesidad de adecuación de sus disposiciones para evitar el anquilosamiento y la mutación; y por la otra, la necesaria estabilidad y seguridad, para evitar que el legislador, convertido en constituyente

⁵³ STC Rol N° 15-73, considerando 1°.



derivado, sustituya la Constitución, sin respetar la voluntad originaria, al menos en sus estructuras o decisiones fundamentales.⁵⁴ Ello da lugar a procedimientos de reforma que en el derecho comparado varían en su intensidad, órganos que intervienen, procedimientos, quórums, u otros. Es útil agregar, que la tendencia bastante extendida en el derecho comparado es a que no existan Constituciones pétreas, aunque algunas Constituciones sean de muy difícil enmienda o algunas de sus cláusulas sean prácticamente irreformables (la española o la de Estados Unidos).

El procedimiento de reforma constitucional vigente se encuentra fundamentalmente regulado en el Capítulo XV de la CPR, muy en particular, aunque no exclusivamente, en el artículo 127 de ella, el que, para efectos de este Requerimiento, procedemos a enunciar:

“Artículo 127.- Lo proyectos de reforma de la Constitución podrán ser iniciados por mensaje del Presidente de la República o por moción de cualquiera de los miembros del Congreso Nacional, con las limitaciones señaladas en el inciso primero del artículo 65.

El proyecto de reforma necesitará para ser aprobado en cada Cámara el voto conforme de las tres quintas partes de los diputados y senadores en ejercicio. Si la reforma recayere sobre los capítulos I, III, VIII, XI, XII o XV, necesitará, en cada Cámara, la aprobación de las dos terceras partes de los diputados y senadores en ejercicio.

En lo no previsto en este Capítulo, serán aplicables a la tramitación de los proyectos de reforma constitucional las normas sobre formación de la ley, debiendo respetarse siempre los quórums señalados en el inciso anterior”.

El artículo realiza los valores de cambio y estabilidad, en función de los siguientes criterios y requisitos.

En primer lugar, el procedimiento de reforma, que regula el Capítulo XV de la Carta Fundamental, es la única vía a través de la cual se puede reformar o enmendar la Constitución. Queremos enfatizar el término **única vía** para la reforma, porque al ser una facultad constituida, responde a la regla que determina todo el derecho público, según la cual, en estas

⁵⁴ Véase, Carlos Andrade G, *Elementos de Derecho Constitucional*, Editorial Jurídica de Chile, 1971 (2° Ed.), p. 667. En este gran texto, al comenzar su análisis de la Reforma Constitucional en la Constitución de 1925, y después de citar al Profesor Raveau y su libro, señala que este tema supone la confluencia de dos valores: “la idea de la permanencia y de la dinámica constitucional”. Esta última idea, de la dinámica constitucional, es muy sugerente pues alude a que el cambio constitucional puede ser ordenado según algunas reglas racionales y no es pura espontaneidad.



materias, sólo se puede hacer “válidamente” aquello que está expresamente autorizado. La Constitución jurídicamente no puede ser pensada ni obedecida como si de tergiversarla o evadir sus exigencias se tratara.

El procedimiento de reforma constitucional implica que no hay otra vía para su enmienda, y toda disposición que la contradiga es inconstitucional. Si bien este procedimiento de reforma contenido en el Capítulo XV admite que la iniciativa descansa en el legislador investido de constituyente, su regulación permite diferenciar, claramente, este procedimiento del conjunto de facultades que el legislador posee para legislar, del procedimiento para la formación de la ley, de los quórums para aprobarla y sancionarla, y del contenido de lo que puede - uno y otro -, formalmente al menos, promulgar. La diferenciación entre legislador y constituyente es piedra angular para la supremacía y rigidez constitucional, y el respeto al procedimiento y sus disposiciones son garantía para los ciudadanos.

El rol del Tribunal Constitucional es, justamente, garantizar que los ciudadanos puedan estar tranquilos sin que la Constitución sea reformada infringiendo el procedimiento para su reforma, esto es, que el legislador pervierta la Carta Fundamental. Si, por el contrario, la Constitución requiriera no ya su “reforma” sino la “revisión” de sus disposiciones, o sea, el cambio de sus estructuras fundamentales, en el lenguaje de la Carta Fundamental vigente, ello debe ejecutarse a través del capítulo denominado “Del procedimiento para elaborar una nueva Constitución”, no del capítulo cuyo epígrafe es “Reforma de la Constitución”. Es bueno enfatizar, incluso en el caso que se revisara la Constitución a través del procedimiento para hacer una nueva Constitución, que quien la lleve a cabo **debe respetar las reglas previstas para ello**, y los límites formales y sustantivos que se conciben en dicho párrafo. No hay un poder constituyente derivado exento de restricciones y límites.

Luego, el procedimiento para reformar la Constitución es un conjunto de reglas imperativas y prohibitivas, que los poderes habilitados no pueden saltarse. El hecho de que se acometa un cambio a la Carta Fundamental mediante un procedimiento diverso al previsto por la Constitución, la infringe. Toda infracción a la Constitución, en esta materia, es inválida.

Pero ¿qué quiere decir “reformar la Constitución”? ¿Qué es lo que está expresamente autorizado a hacerse? Reformar la Constitución consiste en derogar, modificar o incorporar disposiciones expresas a la Carta Fundamental vigente. En efecto, como dice el profesor Cea, “(...) podemos hablar de modificación, enmienda o reforma constitucional, conceptos a través de los cuales evocamos un cambio expreso, emanado del Poder Constituyente



*derivado que tiene por objeto añadir, modificar o suprimir una, varias o muchas disposiciones de una Constitución en vigor”.*⁵⁵

Es claro, entonces, que no se puede acometer una enmienda expresa de la Constitución, si no es reformando sus disposiciones o agregando a ella nuevos enunciados.⁵⁶ Se trata entonces de una acción normada por la Carta Fundamental dirigida a enmendar total o parcialmente la Constitución a través de órganos especiales y mediante un procedimiento diverso del que se establece para el legislador, produciendo una alteración en el texto constitucional.

Nos parece entonces que se siguen tres requisitos claros para que la reforma o enmienda a la Carta Fundamental se haga con apego irrestricto al Capítulo XV de la CPR, y muy en particular a su artículo 127, a saber:

- i. Es claro que la reforma constitucional se traduce en adicionar, cambiar o suprimir determinados artículos, palabras, oraciones o capítulos de la Constitución. Si bien se puede debatir si conforme a su texto vigente está autorizada la reforma completa y total de la Carta Fundamental, lo que está fuera de debate es que una reforma a la Constitución requiere alterar el texto de ella, formal y expresamente.
- ii. Toda reforma a la Constitución debe respetar el procedimiento previsto para ello, y sólo las enmiendas que se efectúan de acuerdo con éste son válidas. Es este Excmo. Tribunal Constitucional, en nuestro derecho, el que se encuentra facultado para revisar la validez de una reforma, conforme el artículo 93 N° 3 de la Carta Fundamental.
- iii. Toda reforma implica de suyo afectar el texto de la Constitución, única manera que nos permite diferenciar entre “mutación constitucional”, “cambio implícito a la Carta Fundamental” y otras circunstancias semejantes. Estas últimas fórmulas, por imperativo de la supremacía, la rigidez y la estabilidad constitucional, no son válidas.

⁵⁵ José Luis Cea, *Derecho Constitucional Chileno, Tomo IV*, Ediciones UC, 2016, p. 232.

⁵⁶ En el derecho argentino, véase, D. Mendonca y R.A. Guibourg, *La Odisea Constitucional*, Marcial Pons, 2004, p. 86, donde sostienen: “La reforma es una técnica por medio de la cual se modifica el texto constitucional, tal como está redactado en el momento de introducir el cambio a la constitución. En este sentido, la reforma es modificación del texto, ya sea porque se añade algo al texto existente (suplemento), o porque se suprime algo de él (supresión) o porque se sustituye el texto existente por otro (sustitución). La reforma puede entenderse a varios artículos o tan solo a uno, a una parte de un artículo (párrafo o frase) o a algunas palabras, o tan solo a una palabra dentro de una frase”, Véase también, Néstor Pedro Sagüéz, *Manual de derecho constitucional*, Estrea, 2da edición, p. 46, quien sostiene al respecto: “Reformas Constitucionales. Ellas rigen desde que lo disponen (caso contrario, por analogía, lo harán del mismo modo que una ley común. Derogan expresamente a las reglas constitucionales previas que resultan abolidas de modo explícito.”



De lo dicho se infiere que no está autorizada por la Constitución su “reforma implícita”. Este tipo de reformas deriva, en parte, de la prohibición de que la reforma de la Constitución se haga sin enmendar expresamente el texto de ella o algunos de sus capítulos. Por ello, el artículo 127 de la CPR es claro al decir que, si la reforma “**recayere**” sobre los capítulos que indica, debe aprobarse por 2/3 de los diputados y senadores en ejercicio. La expresión “**recayere**” implica, necesariamente, que se afecta o altera su redacción o se derogan, y ello sólo se puede alcanzar expresamente, cambiando o agregando al texto.

Se podría contra argumentar, en el sentido que, en el primer párrafo de ese inciso, al referirse a la enmienda de los otros capítulos, no usa la expresión “recayere”, sino la de “reforma”. Empero, esta interpretación es absurda, porque no podría reformarse una parte de la Carta Fundamental (los Capítulos I, III, VIII, XI, XII o XV) de un modo expreso, y los otros capítulos, implícitamente.

Para evitar este tipo de atentados constitucionales (como el que ocurre con el Proyecto de Reforma Constitucional Impugnado), la Constitución de Alemania, con sabiduría, en su artículo 79.1, señala: “*La Ley fundamental solo puede ser reformada por una ley que expresamente modifique o complemente su texto*”. Uno de los especialistas destacado de esta práctica afirma que dicho artículo prohíbe cualquier tipo de “*constitución accesoria/secundaria*”.⁵⁷

Esto es, exactamente, lo que ordena nuestra Constitución, al prescribir, si la reforma “recayere” sobre los capítulos que indica, debe ser aprobada con un quórum y si recayere en

⁵⁷ De acuerdo a Kotzur, el cambio textual a las palabras de la Constitución exigida por el artículo 79.1 de la Ley Fundamental Alemana, es una limitación procedimental a la reforma constitucional, que busca “evitar reformas “para-constitucionales” sin modificar explícitamente el texto de la Constitución”. En efecto, “en contraste con la Constitución de Weimar, las reformas a la Ley Fundamental requieren un cambio explícito de las palabras en orden a ser consideradas válidas. Ello para proteger que todos los cambios a la Constitución sean llevados bajo un único paraguas, la Constitución (“Verhinderungformelle Verfassungsdurchbrechungen”). Este requisito de incorporación (Vermeidung von Nebenverfassungen), garantiza, por lo demás, la transparencia constitucional y la certeza jurídica”. Markus Kotzur, “Constitutional amendments and constitutional changes in Germany”, en Xenophon Contiades (ed.): *Engineering Constitutional Change. A Comparative Perspective on Europe, Canada and the USA*, Routledge, 2012, pp. 127 y 130. Por su parte, para Woelk, el artículo 79.1 de la Ley Fundamental Alemana tiene por objeto “excluir cualquier tipo de “constitución accesoria/secundaria” (Nebenverfassungen), en normas constitucionales separadas, al requerir a las reformas constitucionales reformar o complementar de manera expresa el texto de la Ley Fundamental. El principio de “no hay reforma sin cambio expreso [textual] a la Ley Fundamental”, garantiza que la Constitución –en un sentido formal- se siempre un documento homogéneo, completo y accesible a los ciudadanos [...] Con todo, concentrar la “Constitución formal” en un documento, con el propósito de promover su más fácil reconocimiento y certeza jurídica, es considerado un elemento importante del principio de Estado de derecho (Rechtsstaatsprinzip): es el resultado de la tradición y enfoque positivista –una norma jurídica es una norma escrita –lo que contrasta con la experiencia histórica de “infracción” constitucional en la forma de leyes particulares inconsistentes adoptadas con una mayoría calificada”. Jens Woelk, “Germany”, en Dawn Oliver y Carlo Fusaro (eds.): *How Constitutions Change*, Hart Publishing, 2013, pp. 145-146.



los otros capítulos, debe cumplir con un quórum inferior. No puede “recaer”, si no modifica, deroga o agrega al texto, expresamente.

La consecuencia directa que se sigue del Proyecto de Reforma Constitucional Impugnado –lo que los alemanes querían evitar discutir- es que, entonces, agregando una disposición transitoria que reconoce un “nuevo” derecho de retiro “excepcional” y “voluntario” se crea una verdadera **“Constitución Paralela”**, implícita, inconexa, contradictoria, pretendiendo desconocer lo dispuesto en la Carta Fundamental vigente.

Como sucede en este caso, con la pretensión del legislador/constituyente de que instituciones basales del orden institucional (la iniciativa exclusiva en materias de ley) o los derechos fundamentales (el derecho a la seguridad social a través de cotizaciones adscritas a un fin y el debido proceso) pueden ser desconocidos implícitamente, agregando, por 3/5 o incluso 2/3, de los diputados y senadores en ejercicio, una norma transitoria que los infringe.

Es bueno hacerse cargo aquí de un error constitucional evidente que cometen quienes propugnan este Proyecto (y muchas otras reformas constitucionales semejantes). Se afirma que el problema constitucional estaría superado porque se aprobaría por 3/5 de los diputados y senadores en ejercicio, quórum común de toda reforma, el que se aplicaría a las “disposiciones transitorias”. Incluso se pretende justificar que al ser una norma de carácter excepcional correspondería su inclusión - con abierta insuficiencia técnica - en el “Capítulo de las Disposiciones Transitorias”.⁵⁸ Por lo pronto, como es evidente, las disposiciones transitorias no son un capítulo de la Carta Fundamental, con todas las consecuencias que ello implica. Además, cabe agregar, la interpretación del quórum se ha mal entendido.

El quórum es uno de los aspectos del procedimiento debido, que determina la Carta Fundamental para su reforma. No obstante, hay que enfatizarlo, ese quórum es para reformar el texto expreso de la CPR y no para agregar disposiciones implícitas por el quórum de 3/5 o el que sea. Si el quórum fuera el único aspecto a observar de una reforma a la Carta Fundamental, entonces, cada vez que el legislador aprobó una ley con un quórum semejante o superior a 3/5, cabría concluir que reformó la Carta Fundamental.

El quórum es un requisito para la reforma, pero no el único. Del mismo modo, tampoco puede entenderse que cuando el legislador, actuando de constituyente, no modifica,

⁵⁸ Ver “Historia de la ley N° 21.248. reforma constitucional que permite el retiro excepcional de los fondos acumulados de capitalización individual en las condiciones que indica, p. 72. Disponible en: https://www.bcn.cl/historiadelaley/fileadmin/file_ley/7771/HLD_7771_2e57935b52618501d181c75e51c3bcfc.pdf



deroga o agrega una disposición expresa a la Constitución, entonces igualmente nos encontramos ante una disposición constitucional.

Una ley de reforma constitucional no es tal si no deroga, modifica o agrega una disposición expresa al texto de la Carta Fundamental. En este último caso, como veremos, el procedimiento de agregar normas sustantivas a través de disposiciones transitorias, sin reformar expresamente ninguna de las disposiciones permanentes, crea un verdadero caos de disposiciones e interpretaciones, desapareciendo el sentido unívoco, relacional ensamblado de sus disposiciones. Sólo en el realismo mágico –es decir, en la literatura- las cosas son y no son, al mismo tiempo.

La facultad constitucional de reforma o enmienda de la Constitución está atribuida a la iniciativa del Presidente de la República, y a los diputados y senadores respectivamente, (con las limitaciones del artículo 65 de la Carta Fundamental), y eventualmente, a la ciudadanía mediante plebiscito. No obstante, el ejercicio de dicha facultad supone respetar la Constitución, tanto en aspectos procedimentales como sustantivos.

Para la aprobación de una reforma constitucional, si esta recayere en los Capítulos II, IV, V, VI, VII, X, XII, XIII y XIV se requiere un quórum de 3/5 de los diputados y senadores en ejercicio; salvo, que la reforma “recayere” sobre los Capítulos I, III, VIII, IX, XI, y XV, en cuyo caso el quórum será de 2/3 de los diputados y senadores en ejercicio.

El inciso segundo del artículo 127 de la CPR dispone que, en lo no regulado por el procedimiento constitucional, la reforma se regulará mediante los trámites de formación de la ley, agregando que siempre deberán respetarse los quórums establecidos.

Como se advierte, las disposiciones transitorias de la Constitución no son un capítulo de la Carta Fundamental ni tampoco tienen previsto un quórum para reformar o derogar sus disposiciones. No está previsto ni autoriza el Capítulo XV de la Constitución a reformarla mediante estas disposiciones transitorias, de modo implícito y no formal. Ello debe diferenciarse, por razones de forma y objeto, con aquellas iniciativas destinadas a modificar o derogar reglas o disposiciones propiamente transitorias.

La regla de clausura de este procedimiento es que la reforma al procedimiento de reforma de la Constitución, consagrado en el Capítulo XV, (en realidad, una meta regla jurídica) se encuentra, desde la reforma constitucional de 1989, también protegido por el mismo procedimiento y por el quórum de 2/3 de los diputados y senadores en ejercicio. De modo que si alguien impulsa una reforma que infringe el procedimiento (pero respeta el quórum, por ejemplo), sin alterar este último formalmente, incumple las condiciones para



que esa reforma sea válida. Esto es justamente, como se recordará, lo que se corrigió en la reforma constitucional de 1989 al artículo 128 original de la CPR, el que, no tenía procedimiento ni quórum para su reforma.

El control constitucional de la sujeción de la reforma a lo dispuesto por la Constitución queda entregado a este Excmo. Tribunal Constitucional, mediante las disposiciones del artículo 93 inciso primero N° 3 y N° 5 de la CPR. Su control, alcanza a la sujeción de la reforma al derecho que lo regula.

Del procedimiento previsto en el Capítulo XV para la reforma de la Constitución, se infiere que las llamadas “Disposiciones Transitorias” de la Constitución, no son un “Capítulo” de la misma. No tienen quórum además para su aprobación, porque está supuesto que han sido aprobadas con la ley de reforma a la que sirven o prestan utilidad u objeto. El Capítulo XV, sólo admite que se reformen disposiciones (a través de modificación, derogación o aprobación) atendiendo al capítulo en que se contienen. Las disposiciones transitorias no lo son.

3. Todo lo anterior nos obliga a profundizar en la naturaleza de las llamadas disposiciones transitorias. Naturaleza jurídico-constitucional de las disposiciones transitorias. Síntesis de la práctica constitucional bicentenaria.

Si bien en nuestra academia se ha reflexionado sobre la supremacía de la Carta Fundamental, la rigidez constitucional y la facultad de reformar sus disposiciones (A. Silva Bascuñán, C. Andrade, M. Henríquez, J.L. Cea, H. Nogueira, F. Zúñiga, por ejemplo), se ha escrito escasamente sobre las denominadas “disposiciones transitorias”,⁵⁹ con la excepción del *Diccionario Constitucional Chileno*, de los profesores García y Contreras.⁶⁰

En consecuencia, la STC Rol N° 9797-2020 vino a, en parte, sentar un precedente contundente en esta materia. Lo hizo, señalando, que esta vía no es idónea ni tolerable por nuestra Carta Fundamental para introducir normas de conducta que definan sustantivamente la vida de los ciudadanos, sus interacciones sociales y las relaciones de *supra* e *infra* ordenación, pues ello genera una verdadera “Constitución Paralela”, incluso en conflicto normativo con ella, como veremos.

⁵⁹ Nos referimos a que no hay una reflexión global. Por cierto, en la doctrina y la jurisprudencia hay reflexiones indirectas. En STC Rol N° 33-85 este Excmo. Tribunal alude a estas disposiciones. Ver también, José Luis Cea, “Sobre la Tercera Disposición Transitoria de la Constitución”, *Revista Chilena de Derecho*, volumen 17, 1990, pp. 275 y ss., pero en ella no se pronuncia sobre la naturaleza de las disposiciones transitorias.

⁶⁰ Ver Gonzalo García y Pablo Contreras, *Diccionario Constitucional Chileno*, Cuadernos del Tribunal Constitucional N° 55, 2014.



Con este Proyecto, el legislador/constituyente violenta de manera clara la conciencia jurídica ampliamente compartida por casi 30 años, acerca de la función que cumplen las disposiciones transitorias de la Carta Fundamental, categóricamente compartida por este Excmo. Tribunal en STC Rol N° 9797-2020.

En efecto, desde el Reglamento de 1812 hasta nuestros días, y como fuera objeto de un extenso análisis en el proceso Rol N° 9797-2020, tanto en dicho requerimiento como en el alegato, nuestra práctica constitucional bicentenaria en esta materia puede ser sistematizada en los términos siguientes:

- i. Las disposiciones transitorias reúnen el conjunto de artículos previstos por el constituyente para adecuar dos estatutos: uno en aplicación y otro nuevo. Ese es su objeto. En prácticamente toda nuestra tradición constitucional, estas disposiciones se refieren a la vacancia de la reforma constitucional, a su ultra actividad en determinados casos, a la retroactividad o irretroactividad de la modificación, a la entrada *in actum* de efectos de la ley de reforma y otras semejantes.
- ii. Estas disposiciones no son autónomas e independientes de las reglas a las que prestan utilidad u objeto. Por lo mismo –a diferencia de las normas permanentes de la Constitución- estas disposiciones transitorias decaen o quedan en desuso, una vez cumplido su propósito, “vegetando” hasta que una nueva reforma (como la del 2005) las deroga formalmente, aunque ya han perdido su sentido y objeto. Este hecho grafica que las disposiciones transitorias están redactadas para resolver problemas de aplicación, ultra actividad u otros, de las otras reglas constitucionales (o legales), pero no tienen eficacia propia ni validez jurídica, más allá del objetivo que cumplen: hacer aplicables otras reglas. Ello no acontece con las normas constitucionales, las que rigen indefinidamente y no tienen plazo de caducidad o ineficacia.
- iii. Estas normas están dirigidas a quienes deben operar o aplicar las reformas. Se trata entonces de normas secundarias, en el sentido antes referido, en un doble carácter; por una parte, porque son reglas que se refieren a la vigencia de otras reglas y por la otra, porque van dirigidas a las autoridades que deben aplicarlas y no a regular la vida de los ciudadanos o individuos.
- iv. Finalmente, de manera clara, el Capítulo XV de la CPR no regula la introducción de normas constitucionales que regulen el comportamiento de los ciudadanos o personas vía disposiciones transitorias. No hay en dicho capítulo procedimiento alguno para ello, ni se prevé quórum para hacerlo, y todo ello, por la sencilla razón de que no se puede -está prohibido- reformar la Constitución permanente sin cambiar



expresamente sus palabras, frases, artículos, disposiciones expresas vía aprobar otras que se incorporan a ella, derogan las existentes o enmendarlas. No se puede reformar implícita o tácitamente sus disposiciones permanentes, como el Proyecto propone. La forma en que el artículo 127 de la CPR lo señala es clara, las reformas a la Constitución deben “recaer” en algunos de los capítulos de ella y hacerse expresamente en el texto, y como se ha señalado, las “disposiciones transitorias” no son un capítulo de la Carta Fundamental y por tanto no recaen sobre ellos.

Como hemos mencionado anteriormente, es escasa la literatura que había examinado con detención la conceptualización y taxonomía de las disposiciones transitorias. La excepción que confirma la regla es el *Diccionario Constitucional Chileno* de los profesores García y Contreras, publicado inicialmente como Cuaderno N° 55 de este Excmo. Tribunal. En esta magnífica obra, los autores definen las disposiciones transitorias como “*Normas constitucionales, integrantes de un sistema jurídico diacrónico de reglas, cuyo objeto es determinar el modo de aplicación de otras disposiciones constitucionales así como de permitir la vigencia de normas formalmente derogadas*”.⁶¹ Para profundizar en una expresión (transitoria) que pudiera resultar “equivoca”, los autores ofrecen una taxonomía en torno a éstas, sobre la base de su objeto. Así, identifican cuatro tipos: (i) las que se refieren, exclusivamente, al momento en que entrará en vigencia una norma permanente; (ii) las que postergan o suspenden los efectos de la aplicación inmediata de reglas constitucionales permanentes; (iii) las que tienen una condición suspensiva de vigencia normativa; y (iv) las que han permitido la subsistencia de normas constitucionales transitorias de un antiguo régimen constitucional, perviviendo en el actual.⁶²

Como puede observarse, la conceptualización y taxonomía que ofrecen los profesores García y Contreras describe de manera contundente la práctica constitucional chilena bicentennial que propone este Requerimiento.⁶³ Como se sabe, estos últimos meses se han

⁶¹ García y Contreras, ob. Cit., p. 392.

⁶² García y Contreras, ob. Cit., pp. 393-394.

⁶³ Con todo, de manera más reciente, y en medio del debate en torno a Rol N° 9797-2020, la H. Cámara de Diputados hizo suya una ingeniosa y reciente tesis elaborada por el profesor Tomás Jordán en esta materia, a propósito del debate sobre el entonces denominado “primer retiro del 10%”. Siguiendo una columna de diario del profesor Jordán, la H. Cámara de Diputados hace propia la categorización formulada por el autor en cuanto a que existirían, de acuerdo a su naturaleza, diversas disposiciones transitorias a la luz de la Constitución actual y la tradición constitucional chilena, distinguiendo entre *transitorias propiamente tales*, “normas cuyo objetivo es regular el paso de una situación jurídica a otra”, y *transitorias regulatorias*. Estas últimas podrían distinguirse a su vez entre transitorias regulatorias *constitucionales*, “que tratan materias propias del articulado permanente de la Constitución” y transitorias regulatorias *legales*, “que tratan materias propias de una ley”, y que de manera más precisa debe ser denominadas “*disposiciones transitorias constitucionales regulatorias de materias de ley*” (por ejemplo, la disposición 28° transitoria sobre elección de gobernadores regionales; o 34° y 35° sobre elección de alcaldes y primarias). Escrito formula observaciones, H. Cámara de Diputados, Rol N° 9797-2020, pp. 7-8. El profesor Patricio Zapata ofrecerá una respuesta contundente en esta materia al sostener que, si bien



aprobado algunas disposiciones transitorias que modifican plazos y otros aspectos del proceso constituyente, dirigidas directamente a modificar disposiciones transitorias; sin embargo, ellas se cuadran también dentro de la clasificación efectuada por los profesores señalados.

4. Síntesis de la inconstitucionalidad del Proyecto de Reforma.

Lo señalado en este capítulo, se puede sintetizar de la siguiente manera:

- i. El Proyecto de Reforma Constitucional Impugnado es inconstitucional, porque infringe el Capítulo XV de la CPR, en particular su artículo 127 en relación al artículo 6° y 7°, en la medida que introduce o pretende reformar la Constitución permanente sin enmendar, cambiar o alterar, siquiera, una palabra, frase, oración, artículo o capítulo de la Constitución.
- ii. Se trata de una pretendida reforma o enmienda nula, en tanto no se cumple lo dispuesto en la Constitución, en particular su artículo 127 que ordena que toda reforma que “**recayere**” sobre algunos de sus capítulos debe hacerse expresamente al texto. Según los especialistas nacionales, **reformar** la Constitución significa, justamente, eso: enmendar el texto permanente mediante su derogación, modificación o aprobación de un nuevo texto. Se trata de un mandato constitucional imperativo, en el sentido que la reforma o enmienda sólo se puede hacer respetando el procedimiento, los quórum y las etapas que la Carta Fundamental prevé. Ello no ocurre en la especie.
- iii. La regla de clausura del procedimiento de reforma se encuentra consagrada en el artículo 129 inciso final de la Carta, al prescribir, “*Una vez promulgado el proyecto y desde la fecha de vigencia, sus disposiciones formarán parte de la Constitución y se tendrán por incorporadas a ésta*”. Esta es, justamente, la última regla de la Constitución permanente y ordena con claridad que toda reforma a la misma deba incorporarse a su texto constitucional. La regla es clara, las genuinas reformas no solo “forman parte de la Constitución”, sino que, además, complementariamente, se tienen

la tesis del profesor Jordán le resulta “interesante”, y a pesar de que el actual constituyente, de manera reciente, estuviera intentando darle “un uso o práctico novedoso de los artículos transitorios”, apartándose de la práctica constitucional bicentenaria, señala que: “[L]o que me interesa es destacar que por mucha flexibilidad que se le reconozca a dicho constituyente, nunca está de más recordar que la Constitución es un todo sistemático y que debe existir cierta armonía entre las partes. Y que, en caso de tensión o contradicción entre alguna disposición aislada, especialmente una transitoria, y el cuerpo del texto constitucional o sus definiciones centrales permanentes, lo que corresponde jurídicamente, por respeto a la Constitución correctamente entendida, es dar primacía a las definiciones sustantivas permanentes”. Zapata, ob. Cit., p. 21.



por “incorporadas a ésta”. Las disposiciones transitorias, cabe señalar, en sentido contrario, forman parte de la Constitución, pero no se tienen por incorporadas a ella. La claridad de la disposición constitucional clausura la posibilidad de modificar implícitamente, a través de disposiciones transitorias, la Constitución permanente, y es natural que lo haga, porque toda Constitución protege su articulado frente, justamente, a este tipo de intentos de desconocerla.

- iv. El Proyecto de Reforma Constitucional Impugnado, al pretender reformar la Constitución por vía de una disposición transitoria, es inconstitucional porque infringe el Capítulo XV de la Carta Fundamental que regula cómo imperativamente se pueden enmendar las disposiciones que recaen en sus capítulos, diferenciando entre un procedimiento y quórum agravado de otro más simple. Las disposiciones transitorias, sin duda alguna, no son un capítulo de la Constitución, ya que expresamente el Capítulo XV no les señala quórum o procedimiento alguno para ello. Si ello es así, entonces, en términos lógicos y constitucionales, no se puede, mediante la vía de disposiciones transitorias, reformar o enmendar disposiciones que recaen en sus capítulos sin modificar el texto permanente de ellas. Es inconstitucional entonces aprobar una reforma constitucional siguiendo un procedimiento que no está previsto para esto. Las disposiciones transitorias no pueden pervertirse para transformarse en una “Constitución Paralela”.
- v. En la tradición constitucional chilena, las disposiciones transitorias reúnen las reglas o normas dependientes o complementarias a la promulgación o reforma de la Constitución, estableciendo la vigencia de sus disposiciones, los efectos en el tiempo y el espacio, la aplicación de ciertas disposiciones, su retroactividad o no, algunas reglas de fechas de elecciones y competencia circunstancial de órganos, y otros semejantes. Se trata de reglas dependientes y no autónomas, dirigidas a quienes van a aplicar las reglas - no a los ciudadanos -, las que quedan en desuso una vez que cumplen su objetivo. Ello jamás acontece con el texto permanente. La diferencia entre las reglas permanentes de la Carta Fundamental y las disposiciones transitorias, en este punto, es que estas últimas se agotan con su aplicación y las permanentes no, lo que resulta claro y evidente. Esta práctica que algunos parlamentarios intentan instalar es nítidamente contraria al artículo 127 de la Constitución. Esta norma resguarda la supremacía constitucional, el sistema de fuentes y la rigidez de la Carta Fundamental.
- vi. La consecuencia de esta práctica, que se ha ido extendiendo en los últimos meses, es que existen “Constituciones Paralelas” cuyas disposiciones resultan incluso



contradictorias. Para ello, específicamente, se ha utilizado la vía de disposiciones transitorias para no respetar lo dispuesto en la Constitución, que, de otra manera, debiera ser reformada explícitamente. Ello genera serias dudas de cuál sería la regla constitucional correcta para regular determinadas materias. Por una parte, la Constitución señala que es nula la reforma constitucional que no se realiza conforme el procedimiento del Capítulo XV, esto es, cambiando o enmendando algunas de las disposiciones de los capítulos de la Carta Fundamental. Sin embargo, ahora, por esta vía, se establecen reglas constitucionales que fijan un derecho a retiro de fondos previsionales y obligaciones para las AFP, entre otros asuntos, que resultan contradictorias con las reglas permanentes. Surge entonces la pregunta, cuáles de estas reglas deben imperar: ¿aquellas que imponen el derecho a retiro para cualquier fin que su titular desee o pretenda? o ¿aquellas reglas constitucionales que rigen la iniciativa exclusiva en materia de seguridad social y que determinan que las cotizaciones previsionales están adscritas o afectas a la seguridad social, como ha dicho el Excmo. Tribunal Constitucional? La Constitución no permite la devaluación de su supremacía, de su jerarquía y rigidez.



CAPÍTULO III – SEGUNDA INFRACCIÓN CONSTITUCIONAL: AL DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL DEL ARTÍCULO 19 N° 18 DE LA CPR EN RELACIÓN AL ARTÍCULO 127 DE LA CPR

Como hemos sostenido a lo largo de este Requerimiento, el Proyecto lesiona gravemente las normas que establecen los requisitos, formalidades y el procedimiento que debe cumplir una reforma constitucional. Se trata de una fórmula subrepticia de modificar la Constitución, que lesiona gravemente los derechos de los ciudadanos. Se utiliza impropiamente la fórmula de la “disposición transitoria” para modificar una norma permanente, pero sin que la Constitución permanente sea enmendada en ningún sentido.

En directa oposición a lo planteado por este Excmo. Tribunal en la ya tantas veces reiterada STC Rol N° 9797-2020, el Proyecto de Reforma Constitucional Impugnado contraviene el artículo 19 N° 18 de la CPR, en sus incisos segundo, tercero y cuarto, en la medida que, a través de una disposición transitoria, concede un derecho a retirar –nuevamente- el 10% de los fondos acumulados en las cuentas de capitalización individual, para destinarlos a fines ajenos a los que dispone la Constitución. En realidad, el Proyecto de Reforma Constitucional Impugnado altera la iniciativa exclusiva en materia legal, y de legislador de quórum calificado, y permite que quien retire los fondos previsionales los use con cualquier propósito, exento de tributación y sin obligación de devolverlos para los fines para los cuales estaban previstos. Estos fondos están afectos o adscritos a fines de seguridad social, esto es, para enfrentar las contingencias futuras que depara la vida. Consiguiente con eso, el Proyecto crea la obligación para las AFP, dentro de un plazo preciso, de liquidar los activos y las cuotas de los fondos, para satisfacer esta demanda de retiro.⁶⁴

De manera específica, y siguiendo los criterios fijados por este Excmo. Tribunal, se explicará que el Proyecto es inconstitucional al incorporar, con infracción al artículo 127 de la CPR, una nueva regla consistente en la ampliación del destino de la cotización obligatoria, lo que lesiona el sistema de seguridad social consagrado en el artículo 19 N° 18 de la CPR, sin proveer alternativas ni soluciones. A lo anterior, sabemos, se suma el que el Proyecto debe votarse –con independencia del resultado final de la votación- acorde al quórum establecido para dicha disposición (artículo 19 N° 18 de la CPR), esto es, de 2/3 de los diputados y senadores en ejercicio, como por lo demás, fuera señalado por este Excmo. Tribunal en STC Rol N° 9797-2020, considerando 29°.

⁶⁴ Ver presentación realizada por el Presidente del Banco Central, Mario Marcel, “Proyecto de reforma constitucional para establecer un tercer retiro de ahorros previsionales”, 19 de abril de 2021.



1. Sobre el derecho a la seguridad social en la tradición constitucional chilena y en la Carta Fundamental actual

1.1. Antecedentes generales e históricos del derecho a la seguridad social

El derecho a la seguridad social tiene sus orígenes en las leyes impulsadas por el Canciller Otto Von Bismarck, en Alemania, a fines del Siglo XIX, en el año 1883. Su primera consagración normativa fue la Ley del Seguro de Enfermedad, que buscaba proteger contra los riesgos de enfermedad a los trabajadores de la industria estableciendo una cotización obligatoria a la cual contribuía tanto el trabajador como el empleador.

A nivel internacional, actualmente la seguridad social se encuentra reconocida en diversos tratados, siendo de especial relevancia la Declaración Universal de Derechos Humanos, que señala en su artículo 22:

“Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad.”

Agrega el artículo 25 que toda persona:

“tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez y otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad.”

Por otra parte, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas, emitió la Observación General N° 19 de 2007 sobre el derecho a la seguridad social del artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el cual fue ratificado por Chile. En ella se señala que:

“El derecho a la seguridad social es de importancia fundamental para garantizar a todas las personas su dignidad humana cuando hacen frente a circunstancias que les privan de su capacidad para ejercer plenamente los derechos reconocidos en el Pacto”.⁶⁵ Agrega que “debe tenerse presente que conviene

⁶⁵ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas, Observación General N° 19, 39° período de sesiones, Ginebra, 5 a 23 de noviembre de 2007, p. 2.



*considerar la seguridad social como un bien social y no principalmente como una mercancía o un mero instrumento de política económica o financiera”.*⁶⁶

Este Comité agrega que las principales ramas que debe abarcar un sistema de seguridad social son: atención de salud; enfermedad, relacionado a la imposibilidad de trabajar por razones de salud; vejez; desempleo; accidentes laborales; prestaciones familiares; maternidad; discapacidad, y; sobrevivientes y huérfanos.⁶⁷ Además, señala que si “*se adoptan medidas deliberadamente regresivas, corresponde al Estado Parte la carga de la prueba de que estas medidas se han adoptado tras un examen minucioso de todas las alternativas posibles y de que están debidamente justificadas habida cuenta de todos los derechos previstos en el Pacto, en el contexto del pleno aprovechamiento del máximo de los recursos de que dispone el Estado Parte*”.⁶⁸

De lo expresado en los párrafos anteriores, queda claro que el concepto de la seguridad social se encuentra ampliamente desarrollado a nivel internacional, y que se ha consolidado como un derecho humano al cual deben tener acceso todas las personas.

Dicho esto, resulta evidente que el sistema de pensiones y todo asunto vinculado o relacionado a ellas, constituye un asunto propio de la seguridad social.

Ahora bien, en Chile, a partir de la década de 1920, se empieza a promulgar una serie de leyes relacionadas a la seguridad social, como la ley N° 4.054, que establece un seguro obligatorio para los trabajadores por enfermedad, invalidez y accidentes del trabajo, y la ley N° 4.059, sobre contrato de trabajo entre patrones y empleados particulares, que estableció un fondo de ahorro y previsión.

Así, nos encontramos con que la Constitución de 1925, a raíz de la “cuestión social”, establece lo que entendemos como un primer reconocimiento a nivel constitucional de la previsión social. Señalaba en el Capítulo III sobre las Garantías Constitucionales, en específico que:

“Artículo 10.- La Constitución asegura a todos los habitantes de la República [...] N° 14: La protección al trabajo, a la industria y a las obras de previsión social, especialmente en cuanto se refieren a la habitación sana y a las

⁶⁶ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas, Observación General N° 19, 39° período de sesiones, Ginebra, 5 a 23 de noviembre de 2007, p. 4.

⁶⁷ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas, Observación General N° 19, 39° período de sesiones, Ginebra, 5 a 23 de noviembre de 2007, p. 5-7.

⁶⁸ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas, Observación General N° 19, 39° período de sesiones, Ginebra, 5 a 23 de noviembre de 2007, p. 14.



condiciones económicas de la vida, en forma de proporcionar a cada habitante un mínimo de bienestar, adecuado a la satisfacción de sus necesidades personales y a las de su familia. La ley regulará esta organización (...)” (Énfasis agregado).

El concepto de la seguridad social continúa desarrollándose en nuestro país en los años posteriores a la Constitución de 1925. De esa manera, en el año 1964, el Presidente Jorge Alessandri recibe de una Comisión de Expertos el denominado *Informe de la Seguridad Social chilena*, el cual definía la seguridad social en el siguiente sentido:

“La Seguridad Social –en su concepto integral y moderno. Es la rama de la política socio-económica de un país, por la cual la comunidad protege a sus miembros, asegurándoles condiciones de vida, salud y trabajo socialmente suficientes, a fin de lograr mejor productividad, más progreso y mayor bienestar comunes”.⁶⁹

Finalmente, mediante la reforma constitucional de 1970, introducida por la ley N° 17.398, se consagra definitivamente el derecho a la seguridad social en nuestro país, estableciéndose en el entonces artículo 10 N° 16 de la Constitución, que se aseguraba a todos los habitantes de la República el derecho a la seguridad social.

1.2. El derecho a la seguridad social en la Carta Fundamental actual

El reconocimiento constitucional del derecho a la seguridad social se mantuvo en nuestra actual Constitución, dando lugar a un amplio debate sobre su contenido, y amplitud que debía tener el derecho a la seguridad social que consagraría la Constitución.

La discusión sobre el derecho a la seguridad social comenzó con una propuesta realizada por el representante de la Superintendencia de Seguridad Social de la época, basada en el texto del numeral 16 artículo 10 de la Constitución de 1925. Sobre el particular, se advirtió que *“esta disposición debe tener las características de una preceptiva constitucional; o sea, debe ser, por su naturaleza, escueta, concisa y contener, sólo los principios fundamentales que deben regir la seguridad social”*.⁷⁰ (Énfasis agregado).

⁶⁹ Héctor Humeres, *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Tomo III*, Editorial Jurídica de Chile, 2011 (17ª Edición), p. 13.

⁷⁰ Actas de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución Política de la República, sesión N° 204, celebrada el 27 de abril de 1976, p. 14.



En definitiva, el derecho a la seguridad social se consagró en el Capítulo III, “De los Derechos y los Deberes Constitucionales” en la Constitución, específicamente, en el artículo 19 N° 18, el cual asegura a todas las personas:

“El derecho a la seguridad social.

Las leyes que regulen el ejercicio de este derecho serán de quórum calificado.

La acción del Estado estará dirigida a garantizar el acceso de todos los habitantes al goce de prestaciones básicas uniformes, sea que se otorguen a través de instituciones públicas o privadas. La ley podrá establecer cotizaciones obligatorias.

El Estado supervigilará el adecuado ejercicio del derecho a la seguridad social”.

Por su parte, la doctrina nacional ha reconocido el contenido amplio de la seguridad social, conceptualizándola como: *“el conjunto de principios y normas que regulan la administración y gestión del sistema de cobertura de los estados de necesidad, la constitución y funcionamiento de estos sistemas y los medios de acción que les son propios”*.⁷¹

Como lo explica el profesor Silva Bascuñán, el derecho a la seguridad social es un derecho de naturaleza social o de segunda generación.⁷² De acuerdo a su naturaleza jurídica, se trata de un derecho que se dirige contra el Estado a *“fin de que establezca las condiciones necesarias para su debido respeto y ejercicio”*⁷³. Lo fundamental de este derecho, entonces, es como el Estado establece las condiciones necesarias para que las personas puedan ejercer el derecho, pues sin estas condiciones, el derecho se hace imposible.⁷⁴

⁷¹ Gabriela Lanata, *Manual de Legislación Previsional. Segunda Edición*, Legal Publishing Thomson Reuters, 2015, p. 8.

⁷² Alejandro Silva Bascuñán, *Tratado de Derecho Constitucional*, Ed. Jurídica, 2010, p. 382.

⁷³ Id.

⁷⁴ Agrega el profesor Humberto Nogueira que “[e]l contenido esencial del derecho a la seguridad social, en cuanto derecho humano y fundamental, exige un sistema razonable y racional de prestaciones en caso de vejez, invalidez o sobrevivencia, entre otros estados de necesidad, configurados legislativamente, el tener un acceso en condiciones de igualdad y sin discriminación o prestaciones uniformes básicas establecidas legalmente, de acuerdo con los procedimientos y límites jurídicamente establecidos, brindado por instituciones públicas o privadas; las disposiciones legales que establecen requisitos para la obtención de las prestaciones de seguridad social, el derecho a no ser privado arbitrariamente de ellas, un derecho a la irreversibilidad de las prestaciones ya incorporadas al patrimonio de la persona, como asimismo, un derecho a la irreversibilidad de las prestaciones de seguridad social que asegura y garantiza el ordenamiento jurídico, sin que ellas puedan ser disminuidas sin que exista una justificación razonable, en consideración del conjunto de los derechos y haciendo uso del máximo de los recursos disponibles, de acuerdo con los criterios claramente establecidos por



Se sostiene por este Excmo. Tribunal Constitucional, que el derecho a la seguridad social es una proyección de “la dignidad humana”,⁷⁵ por lo que el Estado debe permitir y garantizar -a través de este derecho- la mayor “*realización espiritual y material posible*”. De ahí que el núcleo central de este derecho implique que el Estado deba “*garantizar el acceso a todos los habitantes al goce de prestaciones básicas uniformes*”, o como lo señala Bowen, “*el conjunto de principios que reconocen a todo ser humano a los bienes indispensables para prevenir sus contingencias sociales y cubrir sus efectos y que regulan las instituciones requeridas para ello*”.⁷⁶

Ahora bien, otorgado el mandato al Estado, es decir, el deber de acción que permite la realización del derecho fundamental, **el constituyente le encomendó al legislador de quórum calificado la regulación de este derecho**. Ello no implica, como se ha dicho por algunos autores, que el derecho a la seguridad social sea un “continente sin contenido”,⁷⁷ sino que le entrega libertad a la ley (en respeto del principio democrático) para que dentro de aquellos márgenes y fines que el constituyente estableció (el acceso a todos los habitantes al goce de prestaciones básicas uniformes), establezca la regulación que cumpla con ese cometido. Ello permite, como ha sostenido la doctrina, un sistema contributivo y también, un sistema solidario. Esto implica que el Estado debe asegurar a todas las personas el acceso a las prestaciones necesarias básicas y uniformes, y debe adoptar la legislación que permita realizar este derecho, sin imponerle un sistema específico.

Desde el punto de vista analítico, el derecho fundamental a la seguridad social es ejercido por un titular, generalmente denominado “afiliado” en el caso del sistema contributivo, o incluso, personas “asistidas”, como lo denomina el profesor Silva Bascuñán,⁷⁸ quienes exigen al Estado prestaciones patrimoniales para enfrentar ciertas contingencias. Como contrapartida, el Estado cumple la obligación correlativa que generó el derecho fundamental, entregando acceso a esas prestaciones a través de instituciones públicas o privadas. Además, exige que el Estado supervigile el adecuado ejercicio de este derecho, lo que lo obliga, como ha dicho el Excmo. Tribunal Constitucional, a tener un “rol activo”.⁷⁹

el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas, encargado de interpretar y aplicar el PIDESC.” Informe en Derecho de Humberto Nogueira Alcalá, de 28 de octubre de 2019, presentado ante este Excmo. Tribunal en STC Rol N° 7.442-19.

⁷⁵ STC Rol N° 790-07, considerando 31°.

⁷⁶ Alfredo Bowen, *Introducción a la seguridad social*, Editorial Jurídica de Chile, 1992, p. 97

⁷⁷ Iván Obando, “El Derecho a la Seguridad Social en el Constitucionalismo Chileno: Un Continente En Busca De Su Contenido”, *Estudios constitucionales*, Vol. 10(1), 2012, pp. 289-338.

⁷⁸ Alejandro Silva Bascuñán, *Tratado de Derecho Constitucional. Tomo III*, Editorial Jurídica, 2010, p. 382.

⁷⁹ STC Rol N° 1572-09, considerando 56°.



Ahora, examinando el contenido específico de este derecho fundamental, existe un cierto consenso entre los especialistas y la jurisprudencia constitucional acerca de los principios que inspiran la seguridad social, sin perjuicio que su manifestación expresa fue eliminada de la Constitución.⁸⁰ Se ha dicho que son, fundamentalmente, cuatro principios: solidaridad, uniformidad, integridad, y universalidad.⁸¹

Sin perjuicio de que se ha discutido acerca de si nuestro ordenamiento constitucional debe establecer reglas acerca de cuáles contingencias deberían ser cubiertas por el sistema de seguridad social, como lo hacía la Constitución de 1925, en el debate que se produjo en el seno de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución (en adelante, “**CENC**”) ha quedado meridianamente claro que se trata de aquellas contingencias de la vejez, enfermedad, accidentes del trabajo, viudez, orfandad, maternidad, invalidez, desempleo, y cargas familiares.⁸² Ello se encuentra en línea con lo que ha afirmado la Corte Interamericana de Derechos Humanos.⁸³

El derecho a la seguridad social es un derecho, como hemos dicho, que asegura prestaciones básicas y uniformes. Tanto la doctrina,⁸⁴ como la jurisprudencia,⁸⁵ están contestes en que la potestad que otorga el constituyente al legislador calificado para regular el derecho a la seguridad social se encuentra limitada por los principios fundamentales de

⁸⁰ En efecto: “*Que, por último, la supresión, en el texto del artículo 19, N° 18°, de la Constitución, de los principios rectores de la Seguridad Social, incluidos en el inciso tercero del numeral 21 del artículo 1 del Acta Constitucional N° 3, carece de relevancia, pues tales principios configuran la esencia de aquel derecho, de modo que se entienden siempre absorbidos por él, ya que de lo contrario perdería su identidad específica*”. STC Rol N° 1287-08, considerando 30°.

⁸¹ STC Rol N° 1287-08, considerando 25°. También reconocen en la doctrina estos principios Patricio Novoa, *Derecho de Seguridad Social*, Editorial Jurídica de Chile, 1977, p. 85; También Silva Bascañán, Ob. Cit. p. 381 y Bowen, Ob. Cit., p. 100.

⁸² Actas de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución Política de la República, sesión N° 204, celebrada el 27 de abril de 1976.

⁸³ La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha dicho: “[la seguridad social] es un derecho que busca proteger al individuo de contingencias futuras, que de producirse ocasionarían consecuencias perjudiciales para la persona, por lo que deben adoptarse medidas para protegerla [...] el derecho a la seguridad social buscar proteger al individuo de situaciones que se presentarán cuando éste llegue a una edad determinada en la cual se vea imposibilitado física o mentalmente para obtener los medios de subsistencia necesarios para vivir un nivel de vida adecuado, lo que a su vez podría privarlo de su capacidad de ejercer plenamente el resto de sus derechos.” Cfr. Caso Muelle Flores Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de marzo de 2019. Serie C No. 375, párr. 183. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_375_esp.pdf

⁸⁴ Silva Bascañán, Ob. Cit. p. 385; En el mismo sentido ver Mario Verdugo, Emilio Pfeffer, y Humberto Nogueira, *Derecho Constitucional, Tomo I*, Editorial Jurídica, 1997, p. 207

⁸⁵ Los principios a los que nos referimos son el de la universalidad, solidaridad, uniformidad e integridad. Al respecto, este Excmo. Tribunal Constitucional, aplicando el principio de universalidad en materia de seguridad social ha sostenido que este derecho “*presupone un legislador con potestades para definir las prestaciones que debe otorgar el respectivo régimen previsional, que ha de ser universal, en el sentido de proteger a todas las personas que se encuentren en la misma situación.*” STC Rol N° 2664-14, considerando 15°.



este derecho, antes anotados, y en todo caso por la garantía establecida en el artículo 19 N° 26 de la Constitución.⁸⁶

En relación a este punto, no debe olvidarse, además, que pesa sobre el Estado un rol activo no sólo en materia normativa (esto es, configurando el derecho fundamental a través de una ley de quórum calificado, y resguardando siempre los principios de la seguridad social y la esencia del derecho), sino que un deber en materia de acceso y fiscalización. En efecto, la Constitución exige que el Estado garantice el acceso a “*prestaciones básicas y uniformes*”, y encomienda la labor de supervigilar “*el adecuado ejercicio del derecho a la seguridad social*”. Se trata, como hemos dicho, de un derecho fundamental que exige un activo rol del Estado.

Si quisiéramos usar la terminología internacional en materia de derechos humanos, nuestra Constitución ordena respetar, garantizar y promover el derecho a la seguridad social. En efecto, el artículo 19 N° 18 inciso primero de la CPR ordena, reconoce y asegura el derecho a la seguridad social. El artículo 19 N° 18 inciso segundo de la CPR, encomienda al legislador su regulación, pero siempre respetando los principios básicos de la seguridad social y la esencia del derecho. Por último, los incisos tercero y cuarto del referido precepto, encomiendan al Estado la labor de “*garantizar el acceso de todos los habitantes al goce de prestaciones básicas uniformes*”, siempre encomendando y promoviendo “*el adecuado ejercicio del derecho*”.

Explicado lo anterior, pasemos a revisar qué es lo que implica el Proyecto de Reforma Constitucional Impugnado en materia de seguridad social.

2. El Proyecto es inconstitucional al modificar, con infracción al artículo 127 de la CPR, las disposiciones permanentes referidas al ejercicio del derecho a la seguridad social.

El Proyecto de Reforma Constitucional Impugnado establece, a través de una disposición transitoria de la Constitución, una autorización a los afiliados del sistema privado de pensiones regido por el DL N° 3.500, a retirar un porcentaje de los fondos acumulados en

⁸⁶ Así lo ha dicho, por ejemplo, este Excmo. Tribunal Constitucional en STC Rol N° 334-01, considerando 25°: “*Que, si bien es efectivo, como lo afirma el Presidente de la República en su escrito de Respuesta al Requerimiento, que la Constitución convoca al legislador para regular el ejercicio del derecho a la seguridad social, como lo demuestran, entre otros, sus artículo 19, N° 18°, 60, N° 4, y 60, N° 14, en relación al 62, inciso cuarto, N° 6, no lo es menos, que tal convocatoria tiene la categórica limitación establecida en el artículo 19, N° 26, en orden a que los preceptos legales que regulan o complementan las garantías constitucionales o que las limitan en los casos que la Carta Política lo autoriza “no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio”. En el caso sublite, como ya se ha demostrado, la regulación que efectúan las normas del proyecto afectan en su esencia el derecho de propiedad de los afiliados sobre sus fondos previsionales pues los privan de uno de los atributos fundamentales del dominio, como es la facultad de disponer de su titular de cumplirse las exigencias legales;*”.



sus cuentas de capitalización individual, voluntaria y excepcionalmente. También, establece una obligación para las AFP para pagar estos retiros dentro del plazo máximo de 15 días hábiles; debiendo, para ello, liquidar los activos e inversiones que las AFP manejan fiduciariamente (diez días si se trata de deudas alimentarias). Adicionalmente, incide en este derecho (a la seguridad social), al buscar aumentarse el porcentaje de cotización obligatoria en un punto adicional por esta vía.

Cabe señalar que el derecho a la seguridad social (artículo 19 N° 18 de la CPR) posee dos dimensiones, claramente discernibles. Por una parte, es un derecho fundamental o derecho subjetivo público (para usar el lenguaje de G. Jellinek), mediante el cual, las personas poseen un derecho a prestaciones positivas de parte del Estado conducentes a la satisfacción de este bien. Por la otra, el derecho a la seguridad social posee un cara o dimensión objetiva, la que importa obligaciones y deberes concretos del Estado para satisfacer el derecho.

Como se advierte, dentro de los aspectos u obligaciones positivas del derecho, que el Estado debe satisfacer, se encuentran: el deber de dictar una normativa legal para ello (de quórum calificado); asegurar el acceso de todas las personas a prestaciones de seguridad social, las que deben ser básicas y uniformes; poder imponer cotizaciones obligatorias afectas a ese fin, y asegurar y supervigilar el debido funcionamiento del sistema de previsión.

El Proyecto defrauda y afecta las referidas dimensiones objetivas del derecho, sin suplir los problemas o vacíos que genera. Veamos.

El Proyecto de Reforma Constitucional Impugnado pretende regular aspectos que la propia Carta Fundamental ha definido, modificando -sin decirlo- el artículo 19 N° 18 de la Constitución. Precisamente, el Proyecto altera el artículo 19 N° 18 de la CPR, al establecer el retiro de fondos previsionales regulados de acuerdo a lo que señala la propia Constitución, a través de una disposición transitoria.

El inciso segundo del artículo 19 N° 18 de la CPR señala que las leyes que regulen el ejercicio del derecho a la seguridad social serán de quórum calificado. En base a ello, en nuestro país rige un sistema de pensiones mixto e integral, organizado en torno a un esquema de tres pilares básicos, estos son, un pilar de prevención de pobreza o pilar solidario; un pilar contributivo de naturaleza obligatoria; y un pilar de ahorro voluntario, con los cuales se busca, por un lado, que las personas puedan autofinanciar sus pensiones, decidir y programar su monto final por la vía de cotizaciones obligatorias y voluntarias y, por otro, se busca eliminar la incidencia de pobreza en la tercera edad o en caso de invalidez.



Ahora bien, el Proyecto de Reforma Constitucional Impugnado, incide en lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 19 N° 18 de la CPR, que señala que “[l]a acción del Estado estará dirigida a garantizar el acceso de todos los habitantes al goce de prestaciones básicas uniformes, sea que se otorguen a través de instituciones públicas o privadas. La ley podrá establecer cotizaciones obligatorias.” (Énfasis agregado)

Sobre el pilar contributivo de naturaleza obligatoria contemplado en el DL N° 3.500, en virtud de lo dispuesto en el artículo 19 N° 18 de la CPR, podemos señalar que consiste en un esquema único nacional de capitalización de las cotizaciones previsionales de los trabajadores, que se depositan en cuentas individuales administradas por instituciones privadas de giro único, que invierten dichas cotizaciones para generar rentabilidad, de manera tal que la suma de ambas permita autofinanciar una pensión que se complementará con los aportes del Pilar Solidario y del Pilar Voluntario. Se trata de un esquema de contribución definida para las pensiones de vejez, en donde la tasa de aporte se mantiene constante, y los beneficios se calculan utilizando fórmulas actuariales en función del saldo acumulado por cada individuo al momento de retiro.

Es decir, sobre la base de lo dispuesto en el artículo 19 N° 18 de la CPR, parte de la remuneración del trabajador es extraída para destinarla a prestaciones propias de la seguridad social, con ese preciso objetivo, lo cual viene a ser modificado por el Proyecto de Reforma Constitucional Impugnado.

En efecto, el Proyecto establece a través de una disposición transitoria de la Constitución -como hemos dicho- un derecho de ejercicio voluntario para que los afiliados del sistema privado de pensiones regido por el DL N° 3.500 retiren – nuevamente - un porcentaje (10%) de los fondos acumulados en sus cuentas de capitalización individual. Ese retiro puede ser solicitado por el mero arbitrio del afiliado, para destinarlo a los fines que estime convenientes. Se fundaría este retiro, como indica el Ministro García Pino en su prevención reciente, en una forma de entender el derecho de propiedad sobre los fondos previsionales que sería “*habilitante para el ejercicio de la libertad*”, esto es, un derecho de propiedad sobre los fondos previsionales que habilitaría para hacer lo que su titular determine, arbitrariamente.⁸⁷ No obstante, el Proyecto contradice los medios que se han previsto para el ejercicio de este derecho, y con ello, altera lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 19 N° 18 de la CPR.

⁸⁷ Prevención del Ministro Gonzalo García Pino en STC Rol N° 7442-19, considerando 9°. El Ministro García critica fuertemente esta concepción en los considerandos 11° a 21° de su prevención.



Como se advierte, el sistema de seguridad social posee varios pilares, dentro del cual el constituyente y el legislador –por expreso mandato de la Carta Fundamental- han previsto que los trabajadores contribuyan mediante cotizaciones adscritas al fin de pagar pensiones, bajo ciertas circunstancias, a saber, sobre todo, las contingencias derivadas de la pérdida o disminución de la capacidad de trabajo.

Las AFP tienen como deber resguardar, invertir, informar y pagar, en su caso, las pensiones para las cuales se creó este sistema, objetivamente. Todos los deberes del Estado, tanto positivos como de acciones jurídicas, están dirigidos a ello. El Proyecto de Reforma Constitucional Impugnado está en radical contradicción con todo ello, según lo dispuesto en el texto permanente de la Constitución, en particular el artículo 19 N° 18 de la CPR.

El Estado, entonces, específicamente el legislador/constituyente, infringe con el Proyecto de Reforma Constitucional Impugnado los deberes constitucionales objetivos que hemos indicado.

La relevancia de cumplir el mandato constitucional sobre la materia, en particular las normas que establecen el sistema de seguridad social en nuestro país, ha sido reconocida por este Excmo. Tribunal. Así, conociendo un requerimiento y una cuestión de constitucionalidad, en la que se solicitó la inaplicabilidad de varias disposiciones del DL N° 3.500, sostuvo que los fondos acumulados en las cuentas de capitalización individual se encuentran afectadas constitucionalmente a los fines de la seguridad social. El fallo sostuvo, en primer lugar, que el derecho a la seguridad social que se manifiesta en el inciso final del artículo 19 N° 18 de la CPR, exige que se asegure “*un nivel mínimo, básico de prestación*”:

“Que el principio de suficiencia o solvencia en la Carta Fundamental se encuentra recogido en la disposición constitucional cuando señala que se asegura el acceso al goce de prestaciones “básicas”, es decir, como dice el Diccionario de la Lengua Española, es aquello “que se encuentra en la base de cierta cosa, que es lo más importante o de importancia fundamental”, o sea, se trata de “que la prestación sea suficiente, por lo menos, para asegurar la subsistencia mínima de la persona” (Lanata, ob. cit., p. 28). Es decir, la Constitución le confía al legislador la tarea de regular el ejercicio del derecho sobre la base de que impondrá un nivel mínimo, básico de prestación para asegurar cubrir los estados de necesidad que surjan con motivo de las contingencias sociales.”⁸⁸

⁸⁸ STC Rol N° 7442-19, considerando 25°.



*“en los beneficios que otorga un sistema de seguridad social hay un interés general comprometido (STC Rol N° 519, c. 13°)”.*⁸⁹

3. La inconstitucionalidad del Proyecto: infracción al Capítulo XV y al artículo 19 N° 18 de la Constitución

Nos parece importante señalar con precisión cuál es la inconstitucionalidad en que incurre el Proyecto de Reforma Constitucional Impugnado. No estamos diciendo que el H. Congreso Nacional no posee la potestad, respetando la Constitución y su procedimiento de reforma, establecido en el Capítulo XV de ella, para enmendar o reformar la Constitución. No respetar esa atribución sería contradictorio con la atribución, también constitucional, que le asiste a este Presidente de la República para proponerlo. Lo que estamos diciendo es que, para hacerlo, debe respetarse el procedimiento constitucional y que, en tal sentido, si una reforma constitucional pretende ser válida y ajustada a la Carta Fundamental, porque “recae” en alguno de los capítulos de la Constitución que ese procedimiento protege, ella debe hacerse explícitamente, formalmente, expresamente, y no de modo implícito o tácito, y creando dos derechos paralelos y contradictorios.

En el caso del derecho a la seguridad social, la Constitución establece que su ejercicio será regulado por una norma de quórum calificado. Resulta importante recalcar que la modificación del marco legal previsional exige necesariamente que se realice a través de los mecanismos institucionales establecidos expresamente en la Constitución. En tal sentido, es del caso destacar que de acuerdo a la Carta Fundamental son materias de ley “las materias básicas relativas al régimen jurídico laboral, sindical, previsional y de seguridad social” (artículo 63 inciso primero N° 4 de la Constitución Política). Si bien, esta regla suele denominarse como un límite a la potestad reglamentaria del Presidente de la República, no puede sino entenderse como parte del marco de acción definido al Poder Legislativo y Ejecutivo, en este caso en su rol de co-legislador, en cuanto al rango jurídico que deben observar las modificaciones a ciertas materias. En otras palabras, una regla de orden institucional.

De modo que cualquier modificación que se proponga al ejercicio del derecho a la seguridad social supondría ajustar, cambiar, enmendar o reformar el Sistema de Pensiones. Así, por ejemplo, en ejercicio de la iniciativa exclusiva del Presidente de la República, en el año 2018 se presentó el proyecto de ley que mejora pensiones del sistema de pensiones solidarias y del sistema de pensiones de capitalización individual, crea nuevos beneficios de pensión para la clase media y las mujeres, crea un subsidio y seguro de dependencia, e

⁸⁹ STC Rol N° 7442-19, considerando 30°.



introduce modificaciones en los cuerpos legales que indica, Boletín N° 12.212-13, que se continúa discutiendo en segundo trámite constitucional en el H. Senado.

Por lo expuesto, el Proyecto de Reforma Constitucional Impugnado defrauda los deberes objetivos impuestos al Estado contenidos en el artículo 19 N° 18 de la CPR, así como los medios establecidos para ello. No puede dejar de señalarse, que este tercer retiro de fondos previsionales que el Proyecto propone, no se hace cargo de ninguna de las dificultades y falencias, que, desde el punto de vista del derecho a la seguridad social, se crean: a saber, el fortalecimiento de las pensiones y no su debilitamiento. Ello es un abandono completo del derecho.

Respecto a la propuesta que contiene el Proyecto respecto a los pensionados en modalidad de rentas vitalicias, el profesor Zúñiga se refirió a los problemas prácticos que ella representa, señalando ante la Comisión de Constitución del Senado, que:

“Solo subrayar el hecho de que en la industria las rentas vitalicias tienen claramente un acreedor, el acreedor es el pensionado rentista, ese es el acreedor, y es un acreedor sobre flujos que giran sobre reservas (...) Yo creo que hay que tener muy presente que en los contratos de renta vitalicia los riesgos de la aseguradora son los riesgos de longevidad del asegurado, los riesgos respecto de la pensión misma, asegurarla, indexada financieramente, y los riesgos de la cartera de inversión que deben tomar en función de los plazos. Eso dice relación también con la conmutatividad de este contrato y con la aleatoriedad del contrato (...) De ser posible medir o cuantificar el derecho de anticipo sobre futuras rentas a obtener en el marco de un contrato de seguro, esto puede tener un impacto muy fuerte en las actuales pensiones, creo que esa es una simulación que valdría la pena hacerse sobre escenarios más o menos reales.”⁹⁰

Además, tal como se evidencia de la presentación realizada por el Presidente del Banco Central, en la Comisión de Constitución del Senado con fecha 19 de abril de 2021, este Proyecto genera una brecha enorme entre los pensionados que hagan uso de este derecho, con efectos contrarios a los esperados. Según la información disponible es posible afirmar que “los retiros de ahorros previsionales entregan liquidez a los afiliados en proporción a

⁹⁰ Video, Sesión de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, lunes 19 de abril de 2021, visto en: <https://tv.senado.cl/tvsenado/comisiones/permanentes/constitucion-legislacion-justicia-y-reglamento/comision-de-constitucion-legislacion-justicia-y/2021-04-18/204453.html>



los saldos de sus cuentas, los que tienden a aumentar con el nivel de ingresos. En el primer retiro el 20% más rico de la población retiró en promedio 5 veces lo que retiró el 20% más pobre. En el segundo, esta relación subió a 6 veces. En un eventual tercer retiro esta proporción puede subir hasta 9 veces, especialmente si se mantiene la exención tributaria propuesta.”⁹¹

Asimismo, el Superintendente de Pensiones informó en la Comisión de Constitución del Senado que *“alrededor de 10,6 millones de afiliados habían realizado un primer o segundo retiro y 3 millones de afiliados han quedado con saldo cero debido a los retiros. En base a los saldos de marzo 2021, 3.2 millones de personas podrían retirar todo su saldo en un eventual tercer retiro. Este número incluye 1.235.150 personas que, a la fecha, han retirado todo su saldo en los retiros anteriores. Si a lo anterior se suman los afiliados que podrían quedar sin saldo debido a un tercer retiro, en total llegaría a casi 5 millones de afiliados que se quedarían sin recursos en sus cuentas de capitalización individual obligatoria.”⁹²* (Énfasis en el original)

4. Una inconstitucionalidad adicional: el Proyecto debe votarse acorde al quórum establecido para dicha disposición (2/3) al alterar reglas consagradas en el artículo 19 N° 18 de la CPR.

El Proyecto de Reforma Constitucional Impugnado altera e incide en el artículo 19 N° 18 de la CPR, al establecer a través de una disposición transitoria el retiro de fondos previsionales regulados de acuerdo a lo que señala la propia Constitución, a través de una norma transitoria, por cuanto debió, en consecuencia, haber sido votado exigiéndose un quórum de 2/3 de los diputados en ejercicio, lo que no aconteció, toda vez que el Proyecto fue calificado como de quórum de 3/5 de los diputados en ejercicio. Si se propusiera una modificación transitoria a la Constitución de esa índole, con el sólo objeto de que ésta se vote con el quórum de 3/5, en atención únicamente a la ubicación de la norma, se estaría vulnerando flagrantemente el artículo 127 de la Constitución, ya que no hay duda que una reforma de tales características estaría modificando, afectando o incidiendo en el Capítulo VIII de la CPR, relativo al Tribunal Constitucional, que requiere para su modificación el voto conforme de 2/3 de los diputados y senadores en ejercicio, y no los 3/5, con independencia del resultado final de la votación. De esta forma, si se siguiera el criterio antes señalado, el artículo 127 de la Constitución no tendría aplicación alguna y sería letra muerta.

⁹¹ Ver presentación realizada por el Presidente del Banco Central, Mario Marcel, “Proyecto de reforma constitucional para establecer un tercer retiro de ahorros previsionales”, 19 de abril de 2021.

⁹² Ver presentación realizada por el Superintendente de Pensiones, Osvaldo Macías, “Efectos eventual tercer retiro de fondos”, 19 de abril de 2021.



En consecuencia y, en síntesis, el Proyecto de Reforma Constitucional Impugnado, por el hecho de ser impulsado como una supuesta disposición transitoria de la Carta Fundamental, fue votado y aprobado en la H. Cámara de Diputados bajo la exigencia de 3/5 de los diputados en ejercicio. Ya hemos señalado, que no corresponde, y que infringe la Constitución, en particular su Capítulo XV, la pretensión de reformarla sin que se modifiquen expresamente ninguno de sus artículos, palabras o capítulos, sino que, de modo implícito y tácito. Hemos dicho que ello transgrede en especial el artículo 127 de la Carta Fundamental, que ordena que si la reforma “recayere” en disposiciones de algunos de sus capítulos debe modificarse o enmendarse expresamente su texto permanente. También hemos señalado que las Disposiciones Transitorias no pueden usarse ni están previstas de ser usadas para reformar implícitamente la Carta Fundamental, pues este no es un capítulo de la Constitución, sino que en él se reúnen las reglas que son dependientes de las reformas o cambios de ella, al regular la vigencia o aplicación de estas. Lo cierto es que, al votarse el Proyecto por 3/5 de los diputados en ejercicio, se infringiría el quórum que toda reforma a la Carta Fundamental en materia de derechos fundamentales, por efecto del artículo 127 de la misma, exige, a saber, 2/3 de diputados y senadores en ejercicio.



CAPÍTULO IV – TERCERA INFRACCIÓN CONSTITUCIONAL: ESTATUTO DE LA INICIATIVA EXCLUSIVA LEGISLATIVA DEL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA (ARTÍCULO 65 INCISOS TERCERO Y CUARTO N° 1 Y 6), EN RELACIÓN AL ARTÍCULO 127 DE LA CPR

Como se ha sostenido, el Capítulo XV de la CPR no admite reformar o enmendar el texto de la Constitución, vía disposiciones transitorias, saltándose las reglas constitucionales previstas en resguardo de la jerarquía normativa de la Carta Fundamental, muy en particular, las que fijan las atribuciones, facultades y competencias que el régimen presidencial concibe como atribuciones exclusivas del Presidente de la República.

En efecto, la Constitución no prohíbe al constituyente reformar las normas que atribuyen al Presidente de la República iniciativa exclusiva en determinadas materias de ley. Lo que afirmamos es que mediante disposiciones transitorias no puede pasarse por alto el sistema de normas que la Constitución contempla en esta materia, sin reformar la Carta Fundamental expresa y literalmente.

Es lo que intenta hacer el Proyecto, intentando subvertir la Carta Fundamental, infringirla, burlando las reglas permanentes de ella. Si el legislador/constituyente derivado pretende hacer esto, debe reformar las disposiciones permanentes, su articulado, que regulan la iniciativa y demás normas. Debe cambiar el régimen de pesos y contrapesos que la Carta Fundamental contempla. De lo contrario, como sostendremos, este Excmo. Tribunal debe declararlo –nuevamente- inconstitucional, como así lo hiciera de manera contundente en STC Rol N° 9797-2020.

De manera específica, el Proyecto infringe el artículo 65 en sus incisos tercero y cuarto, en relación al artículo 127, ambos de la CPR, en los términos siguientes:

- i. Creando una nueva regla de iniciativa legislativa a los parlamentarios en materia de administración financiera y presupuestaria del Estado, que afecta por vía de una disposición transitoria e indirecta, el artículo 65 inciso tercero de la CPR, al permitirles incurrir en la posibilidad de irrogar gasto fiscal por medio de su iniciativa, específicamente en el inciso final del Proyecto;
- ii. Incorporando una nueva regla en materia de iniciativa legislativa que, por vía de una disposición transitoria e indirecta, reemplaza parcialmente el artículo 65 inciso cuarto N° 1 de la CPR, autorizando a los parlamentarios a establecer una exención tributaria, al disponer que los retiros de fondos previsionales estarán exentos del pago de todo tipo de impuesto al ser ingresos no constitutivos de renta para todo efecto legal; e



- iii. Introduciendo una nueva regla de iniciativa legislativa a los parlamentarios en materia de seguridad social, que reemplaza por vía de una disposición transitoria e indirecta, el artículo 65 inciso cuarto N° 6 de la CPR, al permitir, como hemos visto, en el capítulo anterior, alterar bases fundamentales de la regulación constitucional (artículo 19 N° 18 de la CR) y legal (DL N° 3.500) de la seguridad social.

Por lo demás, y en estos debemos ser categóricos, ninguna de estas infracciones es subsanada por la frase inicial del Proyecto, contenida en su inciso primero, que dispone que “*Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 65, número 6...*”. Esta regla, al igual que el resto de las reglas del Proyecto que impugnamos en este capítulo, busca, por la misma vía, transitoria, lateral, indirecta, y en todo caso, contra la Carta Fundamental, modificar la distribución de competencias que esta última establece, lo que venimos repitiendo una y otra vez a lo largo de este Requerimiento. Cabe agregar que, desde el punto de vista constitucional, el Proyecto de Reforma Constitucional Impugnado no mejora en nada con esta indicación aprobada.

A continuación, desarrollaremos el estatuto constitucional de la iniciativa legislativa exclusiva presidencial, y luego, las infracciones específicas a la Carta Fundamental en que incurre el Proyecto, de manera ordenada.

1. El estatuto constitucional de la iniciativa legislativa exclusiva presidencial

El artículo 65 de la CPR consagra el estatuto constitucional de la iniciativa legislativa exclusiva del Presidente de la República, el que, sabemos, ingresa esencialmente a nuestro sistema constitucional en 1970, mediante la ley N° 17.284, que modifica la Constitución Política del Estado (en adelante, “Ley N° 17.284”) ratificado y ampliado por la Constitución actual.

Se trata de un estatuto que caracteriza esencialmente por una doble dimensión: por un lado, entrega una competencia amplia y exclusiva al Presidente de la República en diversas materias, operando, en consecuencia, con gran fuerza expansiva en áreas fundamentales del dominio legal; por otro lado, y reforzando lo anterior, el mandato del inciso final del artículo 65 es categórico: en este ámbito el rol del Congreso Nacional es extraordinariamente limitado.⁹³

⁹³ El artículo inciso final de la CPR dispone que: “*El Congreso Nacional sólo podrá aceptar, disminuir o rechazar los servicios, empleos, emolumentos, préstamos, beneficios y demás iniciativas sobre la materia que proponga el Presidente de la República*”.



El profesor Silva Bascañán es categórico en esta materia: “Lo que en 1925 pudo estimarse como muy excepcional –dos o tres asuntos reservados a la iniciativa exclusiva del Jefe de Estado- ha cambiado en ciento ochenta grados al venirse a transformar como lo excepcional aquello que puede ser propuesto por mensaje o por moción parlamentaria”.⁹⁴

Nada de lo señalado le resultará ajeno a este Excmo. Tribunal. En reiteradas oportunidades ha definido con claridad los deslindes entre la capacidad innovadora permitida a nuestros parlamentarios en el ámbito legislativo, de aquella en la que comienza a invadir la iniciativa exclusiva del Presidente de la República.⁹⁵

1.1. Evolución de esta institución en nuestra tradición constitucional

Si bien desde la promulgación de la Constitución de 1925, y a través de sus reformas en 1943 por la ley N° 7.727, reforma constitucional que limita la iniciativa parlamentaria en lo relativo a gastos públicos, (en adelante, “Ley N° 7.727”) y especialmente, la reforma constitucional de 1970, a través de la Ley N° 17.284 –incluyendo intentos en los años 30’-,⁹⁶

⁹⁴ Alejandro Silva Bascañán, *Tratado VII*, 2000, p. 113. La doble dimensión del estatuto es descrita por el profesor Silva Bascañán, en los términos siguientes: “la actual Constitución proporciona al Presidente de la República tal cúmulo de atribuciones como colegislador, que lo coloca en una posición de primacía tan relevante en la función normativa que, si no puede llegar a imponer el contenido de toda materia de ley, resulta muy difícil que precepto alguno pueda en definitiva promulgarse sin, por lo menos, su implícita aceptación... Si, como veremos, son numerosas las materias en las cuales tiene el Presidente iniciativa exclusiva, es importante representar aquí cabalmente que, respecto de todas ellas y según lo dispone el inciso 5° y final del artículo 62 [65], la atribución del Congreso Nacional, por su parte, se limita a que ‘sólo podrá aceptar, disminuir o rechazar los servicios, empleos, emolumentos, préstamos, beneficios, gastos y demás iniciativas sobre la materia que proponga el Presidente de la República’”. Silva Bascañán, *Tratado V*, 2000, pp. 202 y 203.

⁹⁵ Así, por ejemplo, sostuvo que “si se acepta legislar (...) ignorando la iniciativa exclusiva, estaríamos reconduciendo los modos de crear derecho a un legislador expedito, que podría afectar todas las modalidades permanentes de formación de la ley tengan o no tengan un quórum especial. Con ello se alteraría el modo competencial en que se recogen las atribuciones normativas de cada uno de los órganos del Estado involucrados en la formación de la ley, afectando el principio de corrección funcional que nuestra Magistratura ha utilizado en otras determinaciones jurisprudenciales. Este principio tiene una aplicación esencial en el ejercicio de una potestad concurrente por parte del Gobierno y el Congreso Nacional, en el proceso de formación de la ley”. STC Rol N° 5735-19, considerando 27°. Antes, había señalado en STC Rol N° 786-07, que “las normas sobre iniciativa exclusiva son limitaciones constitucionales al proceso de formación de la ley, en orden a que sobre ciertas materias sólo el Presidente puede hacer propuestas legislativas, sea por la vía del mensaje, sea mediante indicaciones o formulando vetos (...)” (STC Rol N° 786-07, considerando 8°, y que, aunque deba ser interpretada de manera estricta, se trata de una regla que configura “una prohibición para los parlamentarios”. STC Rol N° 786-07, considerando 14°. En STC Rol N° 1867-10, señaló de manera sistémica “que las normas constitucionales sobre iniciativa exclusiva del Presidente de la República en materias legislativas guardan estrecha relación con la forma como nuestra Carta Fundamental ha consagrado el régimen presidencial de Gobierno. Tales normas permiten resguardar, asimismo, las esferas de competencia que la Constitución ha reservado para el Presidente de la República”. STC Rol N° 1867-10, considerando 13°.

⁹⁶ En STC Rol N° 14-73, este Excmo. Tribunal sostuvo en el considerando 8°: “Que con posterioridad a la vigencia de la Carta de 1925 surgieron diversas iniciativas consonantes con la tendencia de restricción que se analiza, pudiendo citarse la de 1934, presentada, entre otros por los diputados Pedro Enrique Alfonso, Gabriel González Videla y Joaquín Prieto Concha, que proponía reemplazar el inc 2° del Art. 45 de la Constitución por otro que estableciese que los aumentos de los sueldos públicos sólo serían de iniciativa del Presidente de la República. Si bien tal proyecto no prosperó fue en cambio ampliado en su concepción por otro presentado en 1939 por el Presidente de la República don Pedro Aguirre Cerda que extendía la limitación de la iniciativa parlamentaria no sólo a los sueldos, sino también a las jubilaciones y pensiones de los empleados de la



se fueron otorgando facultades al Jefe de Estado para asumir la más plena responsabilidad en el manejo administrativo, financiero, tributario y presupuestario del país, se trata de una evolución que comienza a gestarse en los albores de la República,⁹⁷ como, por lo demás, ha dado cuenta este Excmo. Tribunal en su jurisprudencia.⁹⁸

La Carta Fundamental de 1925 perfiló mayores atribuciones en el manejo presupuestario y financiero de la Nación. Si bien el Presidente Alessandri había propuesto que todas las leyes que importaran gastos para el erario fiscal fueran de iniciativa exclusiva del Presidente de la República, ello no obtuvo consenso en definitiva entre los constituyentes.

La intensificación de las críticas, formuladas con creciente vigor por la opinión pública, y principalmente por los voceros del Ejecutivo, acerca de la irresponsabilidad con que actuaría el Parlamento al extender los compromisos del Estado y al despachar cuerpos normativos que no estaban debidamente financiados, se tradujo, a juicio del profesor Silva Bascuñán, en la ampliación que, desde la promulgación de la Ley N° 17.284, se dispuso en materia de iniciativa presidencial, ratificada por la CPR actual.⁹⁹ Por su parte, el profesor Silva Cimma se refirió a las “*viciosas prácticas*” legislativas anteriores a las reformas

*Administración Pública y de las empresas fiscales disponiendo además, explícitamente, que en esta clase de proyectos las atribuciones del Congreso Nacional se reducirían a aceptar, disminuir o rechazar los aumentos de sueldo o de otra clase de remuneraciones propuestas por el Ejecutivo. Tal proyecto, aprobado por ambas Cámaras, fue en definitiva rechazado en el Congreso Pleno en forma imprevista y constituye un antecedente directo de la Reforma Constitucional aprobada en 1943 por ley 7.727, patrocinada por el Presidente de la República de la época don Juan Antonio Ríos. El proyecto que se materializó en esta última ley se inició paralelamente a dos iniciativas parlamentarias presentadas por los senadores José Maza e Isauro Torres y discutidas conjuntamente en el seno de la Comisión de Constitución del senado dieron origen a la reforma que fue aprobada por la citada ley”. Ver también Enrique Silva Cimma, *El Tribunal Constitucional de Chile (1971-1973)*, Cuadernos del Tribunal Constitucional N° 38, 2008 (2 ed.), p. 63.*

⁹⁷ Por ejemplo, ya el artículo 15 del Reglamento para el Arreglo de la Autoridad Ejecutiva Provisoria de Chile, establecía que “*La Autoridad Ejecutiva librará sobre el tesoro público todos los gastos ordinarios y extraordinarios que, siendo ejecutivos, no excedan de dos mil pesos, acordando los mayores con el Congreso que, por los sagrados objetos a que los liga su representación, debe empeñarlo con preferencia*”.

⁹⁸ Ver, por ejemplo, STC Rol N° 2025-11, considerandos 28° y 29°.

⁹⁹ Como recuerda el profesor Silva Bascuñán: “*El desorden administrativo y económico siguiente a la entrada en vigencia de la Constitución de 1925, fue atribuido, en amplios sectores de la ciudadanía, principalmente a las iniciativas de los congresales, que, según sus críticos, se veían obsesionados por formularlas inspirados en afanes demagógicos de conquista del electorado y se mostraban despreocupados de la suerte de los negocios del Estado y de sus finanzas. La convicción de que, privando de derecho de iniciativa a los representantes populares en los órdenes administrativos y financiero, se daría un gran paso para su fortalecimiento, fue la idea central que inspiró la primera reforma de que fue objeto el texto de 1925. Mediante la ley 7.727, de 23 de noviembre de 1943, en efecto, impulsada vigorosamente por el Presidente Juan Antonio Ríos y por su Ministro de Justicia Oscar Gajardo Villarroel, se restringió la iniciativa parlamentaria en materia de gastos públicos, reservándose con exclusividad al Presidente las materias indicadas en el inciso 3° agregado al artículo 45*”. Alejandro Silva Bascuñán, *Tratado de Derecho Constitucional, Tomo VII*, Editorial Jurídica de Chile, 2000, p. 107.



constitucionales de 1943, como elemento central de la restricción de la iniciativa parlamentaria en materia de gastos públicos.¹⁰⁰

En efecto, el Ministro de Justicia de la época, en medio de la reforma de 1943, sostenía que el intento de la Carta Fundamental de 1925 por garantizar un Ejecutivo fuerte, resultaba “estéril” frente a la libre e ilimitada iniciativa parlamentaria en materia de gasto público,¹⁰¹ expresando ante la H. Cámara de Diputados de entonces, que la injerencia del Congreso Nacional en la política de gastos, “satura a los partidos políticos de oportunistas” y “substituye la igualdad del régimen republicano por las ventajas de un régimen de clientelas”.¹⁰² Para el entonces Secretario de Estado, la falta de iniciativa exclusiva presidencial en materia legislativa en aquellas materias que irrogaran gastos fiscales, había sido la gran deuda de la Constitución de 1925.¹⁰³

¹⁰⁰ Lo recuerda así: “A pesar de las enmiendas de la Constitución de 1925 que procuraban regularizar los presupuestos, proveyendo también a su normal funcionamiento, en el hecho sucedía que por la vía de la iniciativa parlamentaria —que obedecía muchas veces a intereses puramente electorales— se aumentaban desmesuradamente los gastos públicos mediante artículos o proyectos desfinanciados. Tal estado de cosas era causa frecuente de roces entre el Ejecutivo que, como encargado de las finanzas públicas, luchaba por poner orden y concierto en la adecuación de los ingresos y los gastos públicos y el Parlamento cuyos miembros, incluso quienes integraban los partidos gobernantes, atenderían más las demandas y peticiones de los grupos de presión que las constantes prédicas de ordenamiento provenientes del Ejecutivo. Tal problema lo habían vivido intensamente los diversos Gobernantes después de 1925 y preciso es reconocer que la tendencia congresal era la de acentuar esos males más que contribuir a remediarlos. Esa falta de armonía, que se complicaba por las habituales dilaciones en el estudio de los proyectos de leyes sometidos a las Cámaras por el Ejecutivo, hacía que éste, a menudo, debiera exagerar el uso del decreto de insistencia en materia de gastos públicos, lo que provocaba un nuevo factor de distorsión y desequilibrio de los presupuestos nacionales. Ante este caos, se dejaban oír cada vez con mayor frecuencia, los llamados de atención de manera tal que gradualmente se fue formando conciencia sobre la necesidad de restringir la iniciativa parlamentaria en materia de leyes que directa o indirectamente produjeran gastos públicos”. Enrique Silva Cimma, *El Tribunal Constitucional de Chile (1971-1973)*, Cuadernos del Tribunal Constitucional N° 38, 2008 (2 ed.), p. 63.

¹⁰¹ “Si el factor económico es determinante para el éxito de un Gobierno, y por lo tanto para la felicidad de la ciudadanía, la marcha de las finanzas sólo puede ser acertada cuando su dirección esté en una sola mano. La Constitución de 1925 trató de establecer un Ejecutivo fuerte, pero no advirtió que al planificar dentro de ella un sistema financiero débil, en que interfiere cada diputado y cada senador, su propósito resultaba estéril por la libre e ilimitada actual iniciativa parlamentaria en materia de gastos públicos [...] El Ejecutivo se ve obligado a compartir la facultad administrativa con el Congreso [...] y ni el Ejecutivo ni el Congreso pueden llenar a conciencia su papel [...] El segundo, en los últimos 40 años, ha empleado la mayor parte de sus actividades, las está empleando aún hoy en ajustar y reajustar sueldos, y el primero no ha podido, con excepción de contados lapsos, entrabados por esas circunstancias, imprimir el progreso del país la aceleración metódica que reclama”. Oscar Gajardo citado por Frei, ob. Cit., p. 37.

¹⁰² Citado por Gustavo Lagos, ob. Cit., p. 66.

¹⁰³ En este sentido sostuvo que: “La falta de esta ha dado vida a la inestabilidad en la organización administrativa; ha llevado al embate político lo que es de la elemental técnica del Gobierno; ha permitido alterar la contextura legítima de los servicios públicos, entregándolos a las influencias indebidas de la politiquería, bajo la presión irresponsable de las clientelas electorales; ha roto el orden de las finanzas y el equilibrio de los presupuestos, y ha quitado al Ejecutivo, en la gestión financiera, toda la autoridad que le es debida en razón de las supremas conveniencias nacionales; en una palabra, ese vacío es la mantención de las iniciativas en materias de gastos públicos”. Oscar Gajardo citado por Frei, ob. Cit., p. 37.



De esta manera, la alegada necesidad de vigorizar las facultades del Presidente de la República en materia de gastos, se concretó en el texto de la Ley N° 7.727, que le confió la iniciativa exclusiva al agregar un tercer inciso al artículo 45 de la Constitución de 1925.¹⁰⁴

Con todo, a pesar de que la Ley N° 7.727 “*marcó un hito en el largo camino por precisar el predominio del Ejecutivo en todo lo referente al manejo de las finanzas públicas*”, siendo “*una reforma trascendental para los efectos de lograr el saneamiento financiero*”, al poco tiempo, recuerda Silva Cimma, pudo advertirse que las prácticas legislativas “*eran renuentes a las nuevas normas constitucionales, ya que se indicaban cien subterfugios para evadirlas, vulnerando así los propósitos de sus inspiradores, que debían observar con desaliento que tan sanas disposiciones se quebrantaban constantemente en la realidad*”.¹⁰⁵

Como recuerda el profesor Mario Verdugo, al poco andar de la Ley N° 7.727 se cuestionaba su eficacia; no había sido suficiente para ordenar los gastos públicos.¹⁰⁶ Más adelante, sería el Presidente Jorge Alessandri quien trataría, una vez más, de precisar las facultades del Presidente de la República en esta materia.¹⁰⁷

El primer proyecto de reforma constitucional enviado por su sucesor, Eduardo Frei Montalva, el 30 de noviembre de 1964, contiene una proposición análoga, aunque más

¹⁰⁴ Esta norma era del siguiente tenor: “*Corresponderá, asimismo, al Presidente de la República la iniciativa para alterar la división política o administrativa del país; para crear nuevos servicios públicos o empleos rentados, y para conceder o aumentar sueldos y gratificaciones al personal de la Administración Pública, de las empresas fiscales y de las instituciones semifiscales. El Congreso Nacional sólo podrá aceptar, disminuir o rechazar los servicios, empleos, emolumentos o aumentos que se propongan. No se aplicará esta disposición al Congreso Nacional ni a los servicios que de él dependan*”.

¹⁰⁵ Silva Cimma, ob. Cit., p. 64.

¹⁰⁶ Explica en este sentido el profesor Mario Verdugo que: “*La acción de los gobiernos posteriores al de don Juan Antonio Ríos fue evidenciando gradualmente que la precitada reforma había dejado en manos del Congreso un amplio campo de acción para aumentar el gasto público, frente al cual la posibilidad del Ejecutivo de controlar la legislación que emergía en estas circunstancias era prácticamente nula. En efecto, el Congreso, mediante iniciativas parlamentarias en materia de exención o condonaciones tributarias, en materia previsional y en todo lo relativo a las remuneraciones del sector privado, podía aún dictar leyes que impusieran nuevas cargas no financiadas al erario nacional, que disminuyeran sus ingresos, o que alteraran las bases de la división política económica programada por el gobierno. De este modo, el concepto mismo de la planificación económica era desvirtuado, pues los planes resultaban esterilizados por iniciativas contradictorias del Ejecutivo y del Parlamento.*” Mario Verdugo y otros, *Derecho Constitucional*, tomo II, Editorial Jurídica de Chile, 1994, p. 43

¹⁰⁷ En el Mensaje con el cual envió el 24 de julio de 1964 al Congreso Nacional su proyecto de reforma constitucional, expresó: “*Aquellas prácticas inconvenientes que antes ejerció el Congreso en la ley de Presupuestos, se hace sentir hoy en día en todos los proyectos que el Ejecutivo somete a su consideración, especialmente en los de orden social, previsional, financiero, tributario y otros, aparte de que muchas veces los parlamentarios toman directamente la iniciativa de proyectos de ley sobre estas materias, que producen efectos aún peores. Cada proyecto es objeto de cientos de indicaciones que desnaturalizan su finalidad, que destruyen otras legislaciones vigentes y que involucran toda clase de materias absolutamente ajenas al proyecto mismo... Las consecuencias de todas estas iniciativas –continuó diciendo el señor Alessandri– y de los errores que puedan significar recaen sobre el Presidente de la República, a quien corresponde la administración financiera y económica de la Nación. Si éste tiene la responsabilidad exclusiva de su manejo, lo lógico es que los parlamentarios no tengan derecho alguno de iniciativa en esta materia y que ella le pertenezca exclusivamente al Jefe de Estado*”. Citado por Silva Bascuñán, ob. Cit. (2010) p. 109.



restringida que la iniciativa del Presidente Alessandri. Este proyecto de reforma, que fuera detenido en el H. Senado, fue sometido al examen de una comisión especial, en la cual no se alcanzó a analizar específicamente el punto.¹⁰⁸

Años más tarde, en un segundo intento por parte del Presidente Frei Montalva, mediante un proyecto de enero de 1969, en su exposición de motivos, se sostenían criterios similares a los desarrollados en 1964.¹⁰⁹ Explicando el alcance de la reforma aprobada, el Presidente Frei Montalva, luego de despachado el proyecto, sostuvo que se trata de una institución fundamental –la iniciativa exclusiva del Presidente en determinadas materias de

¹⁰⁸ Los fundamentos del proyecto del Presidente Frei Montalva eran categóricos: “*Es urgente reservar al Poder Ejecutivo la iniciativa de todas las leyes que impliquen gastos o que interfieran con la planificación necesaria en materia económico social. Esta disposición, que también se está haciendo universal, tiene su fundamento en la realidad económica de nuestro tiempo. Es indudable que la enorme complicación de la economía moderna y la necesidad de planificar las inversiones y de señalar metas y prioridades, exigen planes no sólo a corto plazo, sino de desarrollo a largo plazo, que requieren unidad de criterio tanto en las inversiones como en los gastos. Para la eficacia de estos planes, es indispensable asegurar que las metas, objetivos y prioridades prestablecidas no sean desvirtuadas por iniciativas contradictorias. Aprobada la orientación de la política económico social, corresponde al Gobierno la responsabilidad de su ejecución, lo que exige reservar a éste la iniciativa exclusiva en toda la legislación que implique gastos u otras medidas que puedan interferir en el cumplimiento de los planes o programas*”. Citado por Silva Bascuñán, ob. Cit. (1970) p. 92.

¹⁰⁹ Así sostuvo que: “*La autoridad del Ejecutivo debe ser reafirmada en lo que concierne a la planificación del desarrollo y del control del proceso económico y, para este efecto, es necesario extender los proyectos de iniciativa exclusiva del Presidente de la República, a todas las materias que incidan en los gastos fiscales y en el régimen de remuneraciones y de previsión del sector privado. La idea tiene ya un lugar en la Constitución vigente, donde la llevó una reforma que patrocinó el Presidente Ríos. Pero su texto, la interpretación que de ella se ha dado y la experiencia recogida, hacen impostergable ampliarla en la forma que propugna. Es imperioso porque la eficacia de la gestión económica del Estado, a la que están ligados todos los sectores de la Nación, hace inevitable radicar esta responsabilidad en el Poder Ejecutivo, el que, por su estructura y la asistencia técnica de que dispone, está en situación de actuar con la coherencia y la continuidad que el Congreso Nacional no puede dar y que son esenciales en todos los países, pero especialmente en los que están en desarrollo como el nuestro*”. Citado en Piedrabuena, ob. Cit., p. 155. Sobre las orientaciones generales del proyecto de 1969 en esta materia, ver Piedrabuena, ob. Cit., p. 55. Más adelante en un discurso de 16 de enero de 1969, el Presidente Frei Montalva, precisará en esta materia que “*la política monetaria, el gasto público, el régimen tributario, las inversiones, los gastos de previsión que son significativos, las prioridades que se otorgan, son de tal manera determinantes que no pueden quedar al acaso ni expuestas a iniciativas contradictorias o esporádicas, que llevan muchas veces el temor y la inseguridad a quienes están trabajando (...) ¿Cómo puede pensarse entonces que la economía de un país pueda manejarse si quienes son elegidos para dirigir y administrar ven destruidos sus proyectos, distorsionando el programa, o se le imponen nuevos gastos para los cuales no se le dan recursos, o se cambian las prioridades en la inversión, con repercusiones tan variadas en todo el contexto de la política que se está aplicando?. Muchas veces el Gobierno está estudiando un proyecto en que un millón de escudos más o menos desequilibra todo, y de repente pasa una indicación que grava al Servicio de Seguro Social y le impone obligaciones por doscientos millones de escudos. Y el que ha hecho la indicación, ¿quién sabe su nombre? Pero si mañana el Servicio de Seguro Social no tiene con qué pagar esas pensiones ¿a quién responsabiliza el país?; al Presidente de la República porque está mandando. Y, sin embargo, el Presidente dice, no me planteen esta indicación o manda el veto y se lo rechaza ¿En qué condiciones puede dirigirse la economía del país en esta forma? Esto conduce necesariamente al fracaso. La tendencia natural de quienes no tienen la responsabilidad de la administración es imponer más gastos. Esto es humano, está en la estructura de las cosas. Yo he sido parlamentario y no estoy haciendo una crítica barata. Llegan los grupos y piden. Son los mismos grupos que dentro de pocos días van a votar y cuyos votos se necesitan. ¿Qué se puede hacer? Tendría que ser un superhombre el que dijera siempre que no. Por eso, están presionados inevitablemente, por su propia fuerza electoral, por su propia posición política, e incluso por intereses regionales legítimos, o por la imposibilidad de conocer en el detalle las repercusiones de cada medida que sólo una compleja red técnica y administrativa puede conocer*”.



orden económico y social-, para materializar las políticas económicas del Gobierno en un marco de responsabilidad política clara.¹¹⁰

En definitiva, la Ley N° 17.284 dispuso claramente aquellas materias en las que el Presidente gozaría de iniciativa exclusiva:

*“Corresponderá exclusivamente al Presidente de la República la iniciativa para proponer suplementos a partidas o ítem de la Ley General de Presupuestos; para alterar la división política o administrativa del país; para suprimir, reducir o condonar impuestos o contribuciones de cualquier clase, sus intereses o sanciones, postergar o consolidar su pago y **establecer exenciones tributarias totales o parciales**; para crear nuevos servicios públicos o empleos rentados; para modificar las remuneraciones y demás beneficios pecuniarios del personal de los servicios de la administración del estado, tanto central como descentralizada; para fijar los sueldos o salarios mínimos de los trabajadores del sector privado, aumentar obligatoriamente remuneraciones y demás beneficios económicos o alterar las bases que sirven para determinarlos; **para establecer o modificar los regímenes previsionales o de seguridad social**; para conceder o aumentar, por gracia, pensiones u otros beneficios pecuniarios, y para condonar las sumas percibidas por concepto de remuneraciones u otros beneficios económicos, pensiones de jubilación, retiro o montepío o pensiones de gracia. No se aplicará esta disposición al Congreso Nacional y a los servicios que de él dependan. El Congreso Nacional sólo podrá aprobar o rechazar, o disminuir en su caso, la modificación de la división política o administrativa, los servicios o empleos y los beneficios pecuniarios a que se refiere el inciso anterior”.* (Énfasis agregado).

¹¹⁰ En efecto, sostuvo que: “[L]a iniciativa exclusiva del Presidente de la República para legislar en determinadas materias de orden económico-social relacionadas con el cumplimiento de las metas de la planificación nacional. Bajo la Presidencia de don Juan Antonio Ríos, en 1943, se modificó la Constitución con el fin de reservar al Ejecutivo la iniciativa de las leyes que importaran gastos públicos, especialmente creación de nuestros servicios o empleos públicos y mejoramiento de las remuneraciones de los funcionarios del sector público. El propósito de esa reforma fue impedir que mediante indicaciones de origen parlamentario se dictaran nuevas disposiciones legales que desfinanciaran el presupuesto de la Nación y perturbaran la política económica financiera cuyo cumplimiento es de responsabilidad del Presidente de la República. A pesar de esa reforma, ha seguido ocurriendo que, mediante iniciativas parlamentarias en materia de exenciones o condonaciones tributarias, en materia previsional y en lo relativo a remuneraciones del sector privado, se dictan leyes que imponen nuevas cargas no financiadas al erario nacional, que disminuyen sus ingresos o que alteran las bases de la política programadas por el Gobierno. De este modo, la idea a que responde la planificación es desvirtuada, puesto que los planes son esterilizados por iniciativas contradictorias. La reforma aprobada por el Congreso en esta materia permitirá, en lo sucesivo, que la política económica financiera planificada por el Gobierno pueda cumplirse sin interferencias, y se ponga término al régimen de irresponsabilidad existente hasta ahora en la materia”. Francisco Cumplido, *La reforma constitucional*, 1970, p. 168 y 169.



Los autores de la época estuvieron contestes en que la Ley N° 17.284 no sólo amplió aún más el campo de la iniciativa exclusiva del Presidente de la República a diversas materias,¹¹¹ sino que buscaba impedir a los parlamentarios alterar la coherencia global del sistema económico-social por la vía de proyectos de ley o indicaciones.¹¹²

Posteriormente, desde la perspectiva de su consagración en la Constitución Política actual, y como ha dado cuenta este Excmo. Tribunal en su jurisprudencia,¹¹³ tanto en la CENC como en el Consejo de Estado se decidió preservar la lógica de la institución, e incluso, expandirla.¹¹⁴ En este sentido, el profesor Silva Bascuñán recuerda que el

¹¹¹ Carlos Andrade, *Elementos de Derecho Constitucional Chileno*, 1971, p. 532.

¹¹² Por ejemplo, Sergio Molina, en su artículo “La planificación y la iniciativa exclusiva del Ejecutivo en materia económica y social” destaca que la reforma constitucional representó un paso significativo para una planificación económica y social más eficaz, y se justificó en el mal uso de las atribuciones parlamentarias del pasado. En este sentido, sostuvo que: “*La Reforma Constitucional aprobada (...) no elimina la discusión en el Congreso de las materias que son objeto de ley, sino que limita a los parlamentarios la posibilidad de tomar iniciativas en ciertas materias económicas... Este último aspecto tiene un profundo significado y está en la línea de la argumentación que se ha hecho en párrafos anteriores, en el sentido que los programas económicos y sociales deben cumplir con el requisito esencial de la coherencia y globalidad, y, en consecuencia, no es aceptable ni recomendable para el buen funcionamiento de la administración del país que se rompa esa coherencia por quienes no tienen la responsabilidad de la administración que, en definitiva, está radicada en el Presidente de la República. La historia legislativa chilena está plagada de ejemplos en que, por la vía de la indicación a proyectos de ley o la iniciativa parlamentaria... se han creado obstáculos graves para el normal desenvolvimiento económico y social del país (...). Lo que sucede es que la presión o presencia de ciertos grupos induce a tomar iniciativas en su favor, sin ponderar debidamente todas las repercusiones que esto puede acarrear (...). Es difícil para un parlamentario –concluye– negarse a este tipo de demandas porque... constituyen grupos con fuerza electoral y política (...). El ejemplo más claro y trágico se encuentra en la caótica, injusta y dispendiosa legislación sobre seguridad social*”. Molina, ob. Cit., p. 81. En este sentido, para el mismo autor, era recurrente que en tiempos pasados se generaran fuertes déficits presupuestarios, ya sea por la aprobación de exenciones tributarias que reducen los ingresos públicos o por la aprobación de gastos sin el financiamiento correspondiente: “*¿Qué efectos ha tenido esta actitud legislativa de la cual se han quejado todos los Ministros de Hacienda que se recuerdan? Simplemente, acentuar el déficit crónico del Presupuesto Fiscal con las consecuencias inflacionarias que ha debido soportar toda la población. Lo más paradójico es que, frecuentemente, los mismos que aprueban los mayores gastos fiscales sin financiamiento, son los que después critican a los gobiernos por no haber cumplido con su programa o por no detener el alza de los precios*”. Molina (1970) p. 82. Por otro lado, y como destaca Silva Bascuñán en su artículo de 1970 sobre la reforma constitucional, otro de los propósitos de la reforma era disminuir el rol de los grupos de interés en el proceso legislativo: “*otro de sus fundamentos es liberar al Parlamento de los bloques de presión que actúan sobre él, desde distintos niveles y que tienden a obtener normas legales de excepción, que producen un desquiciamiento y anarquía de los planes de acción y sistema pre-establecidos*”. Silva Bascuñán, ob. Cit. (1970), p. 94.

¹¹³ STC Rol N° 2025-11, considerando 37°.

¹¹⁴ Por ejemplo, podemos destacar la siguiente reflexión al interior de la CENC: “*En la sesión 394 de la Comisión Ortúzar la señora Romo expresó: ‘que, en los análisis sobre la materia realizados con los personeros del sector económico, se llegó a la conclusión de que era conveniente prohibir terminantemente al Congreso todo tipo de iniciativa en materia económica, porque éste tiene, de manera inevitable, a crear seudofinanciamientos y los consiguientes problemas posteriores al Gobierno. A su juicio, la iniciativa en materia económica ‘debe quedar radicada exclusivamente en el Presidente de la República’... afirmaciones que contaron con el respaldo de la mayoría de los integrantes de la Comisión y con la adhesión de los invitados a esa sesión...*”. Alejandro Silva Bascuñán, *Tratado de Derecho Constitucional, Tomo V*, Editorial Jurídica de Chile, 2000, p. 202. Asimismo, En el informe de la CENC se indicó que: “*el anteproyecto otorga, asimismo, especiales atribuciones al Presidente de la República para ejercer la administración económica del país (...). Al efecto como se verá al tratar de las atribuciones de carácter legislativo del Presidente de la República, amplía considerablemente la iniciativa exclusiva del Presidente de la República en todas aquellas materias administrativas, económicas, financieras, previsionales y otras que, en general, pueden importar gastos al erario*”. Informe de la CENC, en STC Rol N° 2025-11, considerando 37°. Por su parte, el Consejo de Estado al explicar la iniciativa exclusiva presidencial hizo presente que: “*para desterrar de nuestra política otro mal*



pensamiento dominante en la CENC se materializa en la propuesta formulada por el Consejo de Estado, redactada por Julio Philippi, dando origen a la regla sobre iniciativa presidencial en materia de administración financiera y presupuestaria, en la que:

*“el constituyente afirma y robustece el llamado relevante con que quiere instar al Jefe del Estado a que, en razón de la amplitud de la responsabilidad que tiene en el gobierno y en la administración del país, se sienta particularmente comprometido con el desarrollo y con los resultados a que se llegue en los aspectos financieros y económicos que son, al fin y al cabo, presupuestos sustanciales e ineludibles de la estabilidad monetaria y de la justicia en el manejo de esos aspectos primordiales de la convivencia colectiva”.*¹¹⁵

Este Excmo. Tribunal también ha manifestado que, la Constitución actual, luego de la reforma constitucional de 2005, efectuada por la ley N° 20.050, mantuvo el texto de las disposiciones que se estiman vulneradas por el Presidente de la República, existiendo consenso en cuanto a su sentido y alcance.

En efecto, el artículo 65 de la Constitución, sólo ha sido objeto de dos modificaciones, específicamente su inciso cuarto, en sus numerales 2° y 3°, en virtud de las leyes de reforma constitucional N°s 19.526 de 1997 y 19.097 de 1991, respectivamente.¹¹⁶

1.2. En la jurisprudencia de este Excmo. Tribunal

Por su parte, este Excmo. Tribunal ha tenido la oportunidad de fijar directrices específicas en esta materia.

Algunos publicistas, en debates recientes en esta materia, han puesto el énfasis en que cierta jurisprudencia de este Excmo. Tribunal ha sostenido que la iniciativa legislativa

gravísimo (...) la irresponsabilidad parlamentaria... agravada (pese a las esforzadas y laudables iniciativas en contraria desplegadas por algunos Presidentes de la república) por las facilidades que la distorsión de los textos constitucionales vigentes hasta ayer les brindaban, en sus pretensiones de coadministrar el Estado, de intervenir en el manejo de la hacienda pública y de entrometerse en los mecanismos financieros”, enfatizándose además que en materia de gasto público “se ha reservado toda iniciativa en la materia al Presidente de la República, quien, como administrador del Estado y para poder realizar una gestión útil, debe tener en la materia una exclusividad absoluta, de manera que en sus medidas no se vean, como ocurrió a menudo en el pasado, entrabadas o enteramente desfiguradas y anuladas, por indicaciones carentes de estudio, imprudentes o simplemente demagógicas”. Informe del Consejo de Estado, en STC Rol N° 2025-11, considerando 37°.

¹¹⁵ Silva Bascuñán, *Tratados Tomo V*, 2000, pp. 202-203.

¹¹⁶ STC Rol N° 2025-11, considerando 38°.



exclusiva presidencial es una regla excepcionalísima desde la perspectiva de la iniciativa legislativa que comparte junto al H. Congreso Nacional.¹¹⁷

Como demostraremos a continuación, esta argumentación ha sido, muy por el contrario, abandonada por este Excmo. Tribunal. En efecto, como correctamente ha sostenido el profesor y Ministro de este Excmo. Tribunal Miguel Ángel Fernández, si bien en STC Rol N° 1867-10 se promueve una interpretación restrictiva acerca de la iniciativa exclusiva presidencial:

*“Sin embargo, ello no resulta consistente con la enorme variedad de asuntos en los que ella rige y con la amplitud que éstos tienen en el texto y contexto de la Constitución. Por eso, los casos más relevantes se vinculan con la evaluación de normas de iniciativa parlamentaria que, indirecta o implícitamente, implican gasto público (...). Queda claro, entonces, que el Tribunal Constitucional recupera la jurisprudencia de 1996 que no sólo reserva la iniciativa exclusiva de frente a los actos parlamentarios que, explícita o directamente, invadan el campo reservado a aquella, sino también cuando lo obrado por los diputados y senadores, en sus mociones o indicaciones, o en las decisiones que adopten en Sala puedan ocasionar cambios en materia de gasto público”.*¹¹⁸

Esta evolución de la jurisprudencia de este Excmo. Tribunal Constitucional viene simplemente, a ratificar lo que la doctrina más autorizada ha dictaminado en este ámbito. El profesor Silva Bascuñán fue categórico: *“Lo que en 1925 pudo estimarse como muy excepcional –dos o tres asuntos reservados a la iniciativa exclusiva del Jefe de Estado- ha cambiado en ciento ochenta grados al venirse a transformar como lo excepcional aquello que puede ser propuesto por mensaje o por moción parlamentaria”.*¹¹⁹

¹¹⁷ Esta argumentación, desde la perspectiva de su mayor o menor arraigo en la jurisprudencia de este Excmo. Tribunal, descansa principalmente en STC Rol N° 1867-10, en cuanto señaló: *“Que las normas sobre iniciativa exclusiva son limitaciones constitucionales al proceso de formación de la ley, en orden a que sobre ciertas materias sólo el Presidente puede hacer propuestas legislativas, sea por la vía del mensaje, sea mediante indicaciones o formulando vetos, por lo que, como reglas de excepción de derecho estricto, deben ser interpretadas restrictivamente”.* STC Rol N° 1867-10, considerando 8°.

¹¹⁸ Miguel Ángel Fernández, “La iniciativa exclusiva del Presidente de la República en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, en Asociación Chilena de Derecho Constitucional, *Congreso Nacional. Homenaje al profesor Alejandro Silva Bascuñán* (2013), pp. 123 y 127.

¹¹⁹ Alejandro Silva Bascuñán, *Tratado de derecho Constitucional, Tomo VII*, Editorial Jurídica de Chile, 2000, p. 113. La doble dimensión del estatuto es descrita por el profesor Silva Bascuñán, en los términos siguientes: *“la actual Constitución proporciona al Presidente de la República tal cúmulo de atribuciones como colegislador, que lo coloca en una posición de primacía tan relevante en la función normativa que, si no puede llegar a imponer el contenido de toda materia de ley, resulta muy difícil que precepto alguno pueda en definitiva promulgarse sin, por lo menos, su implícita aceptación (...). Si, como veremos, son numerosas las materias en las cuales tiene el Presidente iniciativa exclusiva, es importante representar aquí cabalmente que, respecto de todas ellas y según lo dispone el inciso 5° y final del artículo 62 [65], la atribución del Congreso Nacional,*



En consecuencia, resulta fundamental identificar el conjunto de directrices o estándares que emanan de la jurisprudencia de este Excmo. Tribunal. Como se verá, se trata de criterios que, por un lado, dan cuenta de la amplitud del ámbito reservado de forma exclusiva al Presidente de la República en materia de iniciativa legislativa, recogiendo el sentido que este instituto ha tenido en nuestra tradición constitucional desde la Carta Fundamental de 1925 y sus reformas; y, también, cómo esta evolución, culminando en el inciso final del artículo 65 de la CPR actual, limita fuertemente el rol de los parlamentarios respecto de estas materias. Así:

- i. La iniciativa exclusiva del Presidente de la República en materia de gasto público, encuentra su fundamento último en una evolución histórica que refleja un acuerdo político fundamental, materializado en reglas expresas (hoy artículo 65 de la CPR), en cuanto a que el Presidente de la República es el jefe máximo de la administración de las finanzas públicas, y, en consecuencia, responde por ello.¹²⁰
- ii. Al Presidente de la República no sólo le está reservada la iniciativa exclusiva en materia de leyes que involucren un nuevo gasto público, sino que ello también se extiende a todo el proceso de formación de ley, y, en consecuencia, por mandato del artículo 65 inciso final de la CPR le está vedado a los parlamentarios aumentarlos en instancia legislativa alguna.¹²¹

por su parte, se limita a que 'sólo podrá aceptar, disminuir o rechazar los servicios, empleos, emolumentos, préstamos, beneficios, gastos y demás iniciativas sobre la materia que proponga el Presidente de la República'. Alejandro Silva Bascuñán, *Tratado de Derecho Constitucional, Tomo V*, Editorial Jurídica de Chile, 2000, pp. 202 y 203.

¹²⁰ Así se ha sostenido que: *“Que los antecedentes anotados revelan que la evolución del control del gasto público, que hoy queda reservado a las decisiones que adopte el Presidente de la República, se sustenta en similares fundamentos, los que, a lo largo del siglo XX, forjaron de manera progresiva la radicación de la iniciativa exclusiva en la más alta autoridad del Ejecutivo, en lo que se refiere a administración financiera, gasto y regulación de materias referidas o que incidan en la seguridad social. Específicamente, la razón de ello se ha encontrado en la necesidad de establecer un sistema coherente de gastos que permita al Presidente de la República dar cumplimiento a la política de financiamiento que considere adecuada para el cumplimiento de su programa de gobierno, en armonía con su calidad de jefe de gobierno y máximo jerarca de la administración y de responsable del manejo de las finanzas públicas, de conformidad a los establecido en los artículos 24 y 32, N° 20° de la Constitución Política”.* STC Rol N° 2025-11, considerando 39°.

¹²¹ Al respecto se ha señalado: *“Que el verdadero sentido de restricción total en materia de la iniciativa parlamentaria y de reforzamiento de los postulados producidos en materia financiera, fluye no sólo del texto que se ha transcrito en el considerando anterior sino que de muchos elementos de interpretación histórica que conducen a sostener que la posición tanto de los Ejecutivos de la época como de la mayoría parlamentaria fue precisamente la de prohibir la intervención del Congreso en todo aquello que dijese relación con la idea inicial de esta clase de proyectos legislativos”.* STC Rol N° 14-72, considerando 10°. Asimismo, ha sostenido: *“Que en el mismo sentido y a análoga conclusión han llegado, fuera de los mencionados, otros comentaristas y tratadistas que se han preocupado de analizar el sentido evolutivo con que nuestra legislación constitucional ha derivado paulatinamente a acentuar la potestad presidencial en materia financiera y económica. Así, por ejemplo, sostiene Bulnes Ripamonti en su obra “Relaciones y Conflictos entre los Órganos del Poder Estatal” págs. 67 y 68): “Es indudable que en tales modificaciones -se refiere a las dispuestas por la reforma de 1943- constituyen un brusco viraje hacia un sistema de colegislación y, más aun, de preeminencia del Presidente de la República... De este modo la voluntad legislativa del Congreso ha sido cercenada. Existen ahora asuntos*



- iii. En la determinación de si una iniciativa irroga o no gasto público, se debe considerar (a) si se reconocen como tales en la discusión legislativa y no se discuten; (b) si el Ejecutivo ha dejado constancia de que existe un gasto público concreto a producirse; (c) que la consecuencia natural de su adopción es que conlleva un costo pecuniario real, de existencia efectiva indudable; o (d) si la iniciativa (o indicación) repercute en un aumento del gasto público.¹²²

vitales “y de gran trascendencia electoral- a cuyo estudio no puede abocarse sin un mensaje previo del Presidente de la República. Aún más, en algunos aspectos el Congreso no goza en absoluto de libertad deliberativa, pues está impedido de pronunciarse en determinado sentido (aumentar los servicios, empleos y remuneraciones propuestas por el Presidente de la República, por ejemplo)”. STC Rol N° 14-72, considerando 13°. Además, ha señalado: “Que los incisos 2° y 3° del art. 45 de la Constitución que se suponen infringidos por el requerimiento de fs. 1, son del siguiente tenor: “Corresponderá exclusivamente al Presidente de la República la iniciativa para proponer suplementos a partidas o ítem de la ley General de Presupuestos... para fijar los sueldos o salarios mínimos de los trabajadores del sector privado, aumentar obligatoriamente sus remuneraciones y demás beneficios económicos o alterar las bases que sirvan para determinarlos;... El Congreso Nacional sólo podrá aprobar o rechazar, o disminuir en su caso, la modificación de la división política o administrativa, los servicios o empleos y los beneficios pecuniarios a que se refiere el inciso anterior”. Que en realidad ambos incisos del artículo en cuestión se encuentran íntimamente vinculados de manera que no es posible analizarlos o interpretarlos desarticuladamente. Ahora bien, de ese examen en conjunto se deduce nitidamente una conclusión: la de absoluta correspondencia de su sentido literal con los antecedentes históricos y filosóficos que determinaron el nacimiento y la consagración actual del texto constitucional en estudio y que conducen a afirmar que después de una larga evolución constitucional el Congreso Nacional resolvió desprenderse de toda intervención en el inicio de un proyecto de ley de esta índole. La verdad es que hasta la fecha tal concepto no había sido jamás dubitado”. STC Rol N° 14-72, considerandos 16° y 17°. Finalmente, también ha sostenido: “Que, de conformidad a las consideraciones consignadas precedentemente, referidas a la evolución histórica, ha quedado suficientemente demostrado que, en materia de gasto público ... diversas disposiciones constitucionales a partir del siglo XX y, hoy en día el artículo 65 de la Carta Fundamental, reservan exclusiva y excluyentemente al Presidente de la República la iniciativa de ley, es decir, la facultad para predeterminar las normas que sobre estas materias regirán a la sociedad. A lo que cabe agregar que la facultad entregada a esa autoridad para hacer nacer una propuesta legal que involucre un nuevo gasto público, o un aumento del mismo ... no se constriñe a la presentación del proyecto de ley, sino que se extiende a todo el proceso nomogenético. Lo anterior, desde que el inciso final del artículo 65 citado, a efectos de mantener y resguardar la iniciativa exclusiva descrita, sólo permite al Congreso “aceptar, disminuir o rechazar” los beneficios y gastos propuestos por el Jefe de Estado, de donde se sigue que a los parlamentarios les está vedado aumentarlos, en cualquier instancia del proceso de formación de la ley”. STC Rol N° 2025-11, considerando 43°.

¹²² Sobre el particular se ha expresado: “Que, para el establecimiento de la vulneración que el artículo único del proyecto haría a (...) que corresponde en exclusiva al Presidente de la República presentar los proyectos que tengan relación con la administración financiera o presupuestaria del Estado y en cuanto al segundo dispone que El Congreso Nacional sólo podrá aceptar, disminuir o rechazar los servicios, empleos, emolumentos, préstamos, beneficios, gastos y demás iniciativas sobre la materia que proponga el Presidente de la República, se hace imprescindible determinar como presupuesto básico y primero si (...) irroga o no gastos al Estado. Si al respecto se considera que de los antecedentes agregados a estos autos no aparece opinión o parecer alguno en el sentido de que tal traslado no produzca los gastos naturales y consecuenciales; que, por el contrario, dichos gastos se reconocen y no se discuten, si bien algunos señores Senadores estiman que ellos se subsumirían en los que dejarían de producirse (...); si se tiene en consideración (...) se dejó constancia del parecer del señor Subsecretario (...) en cuanto a que (...) supondría, al menos, el gasto de la mudanza; y si se pondera, por último, que es de evidencia incuestionable y de natural consecuencia que el cambio (...) conlleva un costo pecuniario real, de existencia efectiva indudable, fácilmente se llega a concluir que el traslado en cuestión implica gastos al erario nacional”. STC Rol N° 242-96, considerando 4°. Asimismo, ha sostenido: “Que las atribuciones conferidas por la Constitución Política al Congreso Nacional se ejercen, como toda atribución entregada a órganos colegiados, a través del resultado que emane de las votaciones de sus integrantes. En la especie, el resultado de la votación del Senado, por la cual se modificó el tope del subsidio postnatal parental, repercute en un aumento del gasto público que demanda aquella prestación de seguridad social, propuesta por el Presidente de la República. De esta manera, al innovar, creando un nuevo subsidio, distinto y más elevado que el propuesto en la correspondiente iniciativa presidencial, la Cámara Alta aparece ejerciendo una atribución que no le ha sido otorgada por el artículo 65 constitucional, comoquiera que la



- iv. Para ser contraria a la Carta Fundamental la moción o indicación parlamentaria cuestionada debe generar de manera directa mayor gasto público, y no sólo como un efecto colateral.¹²³

1.3. Conclusiones de una práctica histórica.

Bajo este contexto, del examen pormenorizado de la evolución en nuestro marco constitucional de la iniciativa exclusiva del Presidente de la República en determinadas materias, podemos llegar a las siguientes conclusiones:

- i. Se observa que es una evolución forjada de manera progresiva en una idea central: la radicación de estas materias en la iniciativa exclusiva de la más alta autoridad del Ejecutivo.
- ii. Específicamente, la razón de ello se ha encontrado en la necesidad de establecer un sistema coherente de gastos que permita al Presidente de la República dar cumplimiento a la política de financiamiento que considere adecuada para la consecución de su programa de gobierno, en armonía con su calidad de jefe de gobierno y máximo jerarca de la administración, y de responsable del manejo de las finanzas públicas, de conformidad a lo establecido en los artículos 24 y 32, N° 20° de la Constitución.
- iii. Las normas constitucionales sobre iniciativa exclusiva del Presidente de la República en materias legislativas, guardan estrecha relación con la forma como nuestra Carta Fundamental ha consagrado el régimen presidencial de Gobierno.¹²⁴
- iv. La normativa constitucional aludida permite resguardar las esferas de competencia que la Constitución ha reservado para el Presidente de la República. En este sentido, se ha señalado que *“el constituyente desea que todas las leyes que tengan un impacto económico en la vida nacional, sean iniciadas por quien tiene a su cargo ‘el gobierno*

misma se encuentra radicada expresamente en el Presidente de la República, extralimitación que, por lo mismo, comporta una vulneración de dicha norma”. STC Rol N° 2025-11, considerando 44°.

¹²³ Así ha expresado: *“Que, a mayor abundamiento, el hecho de que la menor libertad de que pueda gozar el juez en virtud de la aplicación de la nueva norma aprobada en relación con el artículo 23 N° 1 de la Ley N° 20.084 implique un aumento de la población adolescente bajo sistema de reclusión y, por ende, del gasto de infraestructura y de personal ligados a la administración de los recintos de reclusión, constituye un eventual efecto colateral de la moción parlamentaria aprobada que incide en la política carcelaria del país, pero que no puede, sin embargo, afectar su constitucionalidad. Si se llegase a una conclusión contraria significaría que ningún parlamentario podría iniciar proyectos de ley que aumentarían la penalidad de delitos o, incluso, crear nuevos tipos penales que importen privación de libertad, considerando el aumento consiguiente del gasto que ello puede implicar”.* STC Rol N° 786-07, considerando 13°.

¹²⁴ STC Rol N° 2025-11, considerando 39°.



y la administración del Estado', quien es el Jefe de Estado: el Presidente de la República (art. 24).”¹²⁵

2. El Proyecto infringe el artículo 65 inciso tercero en relación al artículo 127 de la CPR, al crear una nueva regla de iniciativa legislativa a los parlamentarios en materia de administración financiera y presupuestaria del Estado.

El artículo 65 inciso tercero de la CPR dispone, en lo pertinente, que:

“Corresponderá al Presidente de la República la iniciativa exclusiva de los proyectos de ley que tengan relación con... la administración financiera o presupuestaria del Estado, incluyendo las modificaciones de la Ley de Presupuestos, y con las materias señaladas en los números 10 y 13 del artículo 63”.

En consecuencia, y como hemos demostrado en la sección 1 anterior, a la luz de la doctrina y la interpretación consolidada en la jurisprudencia de este Excmo. Tribunal Constitucional, la regla del artículo 65 inciso tercero de la CPR, entrega una atribución prístina al Presidente de la República en el manejo de la administración financiera o presupuestaria del Estado.

El Proyecto innova en esta materia al crear una nueva regla de iniciativa legislativa que consagra una autorización genérica para otorgar un aporte fiscal a quienes, ejerciendo el derecho a retiro que consagra el Proyecto, posterguen su pensión, aporte que se verificaría por cada año en que ocurra dicha postergación. Se trata de una potestad que la Constitución ha reservado a la iniciativa exclusiva del Presidente de la República.

En efecto, el Proyecto viene, en la práctica a eliminar la frase del artículo 65 inciso tercero de la Carta Fundamental que dispone *“Corresponderá al Presidente de la República la iniciativa exclusiva de los proyectos de ley que tengan relación con (...) la administración financiera o presupuestaria del Estado”*, permitiendo, entonces, como hemos sostenido, al conjunto de parlamentarios presentar iniciativas (e indicaciones) en estas materias. Ello infringe de manera directa la Constitución, en el Capítulo XV, específicamente la regla ya examinada, así como el artículo 65 inciso tercero de la CPR.

Ahora bien, hemos sostenido también que debemos ser extraordinariamente precisos y serios en esta materia: no estamos afirmando que el poder constituyente (derivado) está

¹²⁵ Arturo Fermandois y José Francisco García, “Origen del Presidencialismo Chileno: Reforma Constitucional de 1970, Ideas Matrices e Iniciativa Legislativa Exclusiva”, *Revista Chilena de Derecho*. Vol. 36 N° 2, 2009, p. 297.



impedido de reformar las facultades o atribuciones constitucionales exclusivas del Presidente de la República en materias legislativas. Como daremos cuenta hacia el final de este capítulo, en el pasado diversos parlamentarios han advertido esta cuestión, presentando en consecuencia una reforma constitucional, explícita y directa, al artículo 65 de la CPR para innovar en esta materia. De hecho, como se señaló en el Capítulo I, inicialmente los parlamentarios intentaron una reforma constitucional modificando las normas permanentes de la Constitución para permitir un nuevo retiro de fondos previsionales “por única vez” y de forma “excepcional”, pero dicho proyecto fue rechazado en general por la Sala de la H. Cámara de Diputados. Ello constituye un reconocimiento explícito de lo que venimos diciendo, el Proyecto de Reforma Constitucional Impugnado, tal como ha sido aprobado, es una clara violación a las normas sobre iniciativa exclusiva del Presidente de la República.

En efecto, para introducir unas reglas como la que pretende el Proyecto (crear un ingreso sin que sea renta tributable o la facultad auto atribuida para dictar normas para permitir aportes fiscales a las cuentas de capitalización, después de los retiros), y que ésta sea constitucionalmente válida, se requiere cambiar, modificar, o enmendar su texto o documento, respetar el quórum de reforma y también el resto del procedimiento que la Carta Fundamental sanciona al efecto.

Mientras ello no ocurra es el Presidente de la República, quien, por mandato del artículo 65 inciso tercero de la CPR, tiene la iniciativa exclusiva legislativa en materia de administración financiera o presupuestaria.

En efecto, el Proyecto tiene incidencia en esta materia. De hecho, el Presidente del Banco Central confirmó en la Comisión de Constitución del Senado que como consecuencia del Proyecto se acentuarán “*las obligaciones adicionales que deberá asumir el Estado a través del Pilar Solidario del sistema de pensiones, reduciendo también el ahorro público.*”¹²⁶

En consecuencia, el Proyecto infringe el artículo 65 inciso tercero, en relación al artículo 127 de la CPR, al crear una nueva regla de iniciativa legislativa de los parlamentarios en materia de administración financiera y presupuestaria del Estado.

¹²⁶ Ver presentación realizada por el Presidente del Banco Central, Mario Marcel, “Proyecto de reforma constitucional para establecer un tercer retiro de ahorros previsionales”, 19 de abril de 2021.



3. El Proyecto infringe el artículo 65 inciso cuarto N° 1 en relación al artículo 127 de la CPR, al incorporar una nueva regla en materia de iniciativa parlamentaria en materia de tributos, permitiendo, de manera específica, introducir una exención tributaria

El artículo 65 inciso cuarto N° 1 de la CPR dispone que:

“Corresponderá, asimismo, al Presidente de la República la iniciativa exclusiva para: 1°. Imponer, suprimir, reducir o condonar tributos de cualquier clase o naturaleza, establecer exenciones o modificar las existentes, y determinar su forma, proporcionalidad o progresión;”.

El Proyecto, por su parte, dispone en su inciso décimo que:

“Los fondos retirados a los cuales hace referencia la presente disposición transitoria no constituirán renta o remuneración para ningún efecto legal y, en consecuencia, serán pagados en forma íntegra y no estarán afectos a comisiones o descuento alguno por parte de las administradoras de fondos de pensiones”.

En consecuencia, para efectos de su tratamiento tributario, este proyecto de retiro de fondos previsionales contemplado en el Proyecto es calificado por el legislador/constituyente derivado como un ingreso no constitutivo de renta (o remuneración), buscando, en consecuencia, eximirlo del pago de impuesto. Como se señaló, el Proyecto tiene incidencia en esta materia.

En consecuencia, la calificación del tercer retiro por parte del Proyecto de Reforma Constitucional Impugnado como un ingreso no constitutivo de renta *“para cualquier efecto legal”*, importa que, por vía de una disposición transitoria y de forma indirecta, se reemplaza, al menos parcialmente, el artículo 65 inciso cuarto N° 1 de la CPR, autorizando a los parlamentarios a establecer una exención tributaria.

Debemos reiterar, nuevamente, que para innovar con una regla como la que pretende el Proyecto, y que esta sea constitucionalmente válida, se requiere cambiar, modificar, o enmendar su texto o documento, respetar el quórum de reforma y también el resto del procedimiento que la Carta Fundamental sanciona al efecto, tal como se intentó explícitamente con la reforma constitucional a las normas permanentes que la Sala de la H. Cámara de Diputados rechazó el pasado 15 de abril.¹²⁷

¹²⁷ Sesión N° 19°, especial, Legislatura N° 369°, de la H. Cámara de Diputados, celebrada con fecha 15 de abril de 2021. [El](#) proyecto de Reforma Constitucional refundido que modifica la Carta Fundamental para permitir, a



Ello es precisamente lo que no hace el Proyecto de Reforma Constitucional Impugnado, y, en consecuencia, infringe el artículo 65 inciso cuarto N° 1, en relación al artículo 127, ambos de la Carta Fundamental.

4. El Proyecto infringe el artículo 65 inciso cuarto N° 6 en relación al artículo 127 de la CPR al introducir una nueva regla de iniciativa parlamentaria en materia de seguridad social.

El artículo 65 inciso cuarto N° 6 de la CPR señala que:

“Corresponderá, asimismo, al Presidente de la República la iniciativa exclusiva para: (...) 6°. Establecer o modificar las normas sobre seguridad social o que incidan en ella, tanto del sector público como del sector privado”.

Hemos demostrado en el capítulo anterior, que el Proyecto contraviene el ejercicio del derecho a la seguridad social en los términos del artículo 19 N° 18, en relación al artículo 127, ambos de la CPR, y que nos limitamos a dar por reproducido.

Así, al invadir distintas esferas del derecho a la seguridad social, tanto en la definición del derecho público subjetivo, como en sus garantías institucionales, y ello respecto de la regulación constitucional como legal (especialmente el DL N° 3.500), el legislador/constituyente derivado suprime la regla contenida en el artículo 65 inciso cuarto N° 6 de la CPR, ampliando al conjunto de parlamentarios, por vía de una disposición transitoria y de manera indirecta, la potestad de regular ampliamente las normas sobre seguridad social o que incidan en ella, tanto en el sector público, como, y especialmente en este caso, del sector privado.

Para que una regla innovadora como la propuesta en el Proyecto sea constitucionalmente válida, insistimos, finalmente, requiere que sea a través de una modificación o enmienda expresa, formal, directa al texto del artículo 65 inciso cuarto N° 6 de la CPR. Para ello, se debe cumplir con el quórum de reforma y también el resto del procedimiento que la Carta Fundamental dispone para estos efectos.

los cotizantes y a los pensionados del Nuevo Sistema de Pensiones, retirar por única vez parte de sus fondos previsionales, en las condiciones que indica (Boletines N° 14.073-07 y 14.093-07), fue rechazado en la por 88 votos a favor, 32 en contra y 25 abstenciones. Información disponible en: <https://www.camara.cl/sala/default.aspx#!/votaciones/4064/570/5/BOLET%C3%8DN%20N%C2%B0%2014073-07%20y%2014093-07/0.2978768743292777>.



5. La práctica parlamentaria de modificación expresa del artículo 65 de la CPR en materia de iniciativa legislativa exclusiva del Presidente de la República, refuerza nuestro argumento

Podrán existir diversas y legítimas posiciones políticas e intelectuales, entre parlamentarios y académicos, acerca de cómo perfeccionar el estatuto constitucional de la iniciativa exclusiva presidencial legislativa.

Empero si algo es prístino, es que, a la hora de innovar en este campo, ha sido la propia práctica parlamentaria la que ha dado cuenta de diversas iniciativas de reforma constitucional para cumplir con las exigencias que el Capítulo XV en general, y el artículo 127 de la CPR en particular, imponen para estos efectos. Ello es lo correcto; es el camino constitucionalmente válido.

En efecto, entre los ejemplos que podemos mencionar encontramos los siguientes:

- i. El proyecto que propone una reforma integral del mismo Boletín N° 4531-07, “Modifica las normas sobre proyectos de ley que son de exclusiva iniciativa presidencial”, presentado el 13 de septiembre de 2006 por los H. Diputados señores René Alinco, Marcelo Díaz, Tucapel Jiménez y ex H. Diputados señores Alfonso De Urresti, Marco Enríquez-Ominami, Marcos Espinoza, Guido Girardi, Clemira Pacheco y Alejandro Sule.
- ii. Otras iniciativas buscan modificar cuestiones muy precisas, por ejemplo, eliminar el numeral 5 del artículo 65 de la Constitución, esto es, la iniciativa en materia de negociación colectiva. Ejemplo de lo anterior, el Boletín N° 12.193-07, “Elimina la negociación colectiva de entre las materias de ley de iniciativa exclusiva del Presidente de la República”, presentado el 24 de octubre de 2018, por la H. Senadora Isabel Allende y los H. Senadores señores Álvaro Elizalde, José Miguel Insulza, Juan Pablo Letelier y Rabindranath Quinteros.
- iii. Por otra parte, un grupo de H. Diputados ha presentado una reforma constitucional que busca aumentar las atribuciones del H. Congreso Nacional en el contexto del ejercicio de la atribución de iniciativa exclusiva del Presidente de la República. Boletín N° 12.730-07, “Modifica la Carta Fundamental en materia de atribuciones legislativa del Congreso Nacional, respecto de los proyectos de ley de iniciativa presidencial”, presentado 19 de junio de 2019, por la H. Diputada Andrea Parra, y los H. Diputados señores Gabriel Boric, Ricardo Celis, Marcelo Díaz, Rodrigo González, Hugo Gutiérrez, Tomás Hirsch, René Saffirio, Leonardo Soto y Matías Walker.



- iv. Recientemente, con fecha 16 de marzo de 2021 se presentó una reforma constitucional “para otorgar iniciativa legislativa parlamentaria en materia tributaria a los parlamentarios, durante la vigencia del estado de excepción constitucional de catástrofe”, Boletín N° 14.097-07, por las H. Diputadas señoras Jenny Álvarez, Daniella Cicardini, y los H. Diputados señores Juan Luis Castro, Fidel Espinoza, Raúl Leiva, Jaime Naranjo, Luis Rocafull, Juan Santana, Marcelo Schilling y Leonardo Soto.

Estos y tantos otros ejemplos dan cuenta de una realidad clara y arraigada en la práctica parlamentaria. Cuando ha querido innovarse en materia de iniciativa exclusiva legislativa presidencial, los parlamentarios han buscado modificar, siguiendo los lineamientos del artículo 127 de la CPR, dicho estatuto de manera expresa, formal y directa, alterando el texto permanente del artículo 65 de la CPR.

Cuando ello no ha ocurrido y, por el contrario, como ha sucedido en el pasado, la jurisprudencia de este Excmo. Tribunal Constitucional ha declarado inconstitucional las iniciativas legislativas que han invadido el estatuto constitucional del artículo 65 de la CPR ya referido.

Estamos seguros de que, ahora que se explora un nuevo camino, el de la invasión o reemplazo de las reglas existentes, incorporando nuevas reglas en esta materia por la vía de disposiciones constitucionales transitorias y de manera indirecta, este Excmo. Tribunal, mirando la controversia jurídica que presentamos hoy, pero sobre la base de sus precedentes y la mejor tradición constitucional chilena de respeto a la democracia constitucional y al Estado de Derecho, no trepidará tampoco en hacer respetar la supremacía de la Carta Fundamental mientras ésta siga vigente.



CAPÍTULO V – CUARTA INFRACCIÓN CONSTITUCIONAL: AL ARTÍCULO 19 N° 20 Y N° 24, Y ARTÍCULO 68, EN RELACIÓN AL ARTÍCULO 127 DE LA CPR.

Como demostraremos en este capítulo, el Proyecto es contrario a la Carta Fundamental por infringir directamente los artículos 19 N° 24 y 127, ambos de la Constitución Política, toda vez que la Constitución protege los derechos personales que emanan de los contratos de seguro asociados a las rentas vitalicias. Como ha sostenido este Excmo. Tribunal Constitucional y la doctrina especializada, los derechos personales surgidos al amparo del contrato, más aún cuando tienen por fundamento u origen la seguridad social, están amparados por derechos fundamentales de la Constitución, principalmente el derecho de propiedad (artículo 19 N° 24 de la CPR) y, ante la falta de una debida compensación, la igualdad ante las cargas públicas (artículo 19 N° 20 de la CPR), imponiendo un sacrificio patrimonial a las compañías aseguradoras que administran estos seguros, injustificado y discriminatorio. El Proyecto introduce una nueva regla constitucional que excepciona esta protección y garantía, en este caso, sin que, para ello, se haya modificado la Carta Fundamental, en su texto permanente y de manera formal y expresa. Tampoco se ha respetado en este caso el procedimiento y el quórum previsto por la Constitución.

En efecto, el Proyecto autoriza a los pensionados en la modalidad de renta vitalicia a requerir a sus respectivas compañías de seguro un “adelanto” de futuras rentas hasta un 10% del monto que les hayan transferido en virtud del contrato de seguro de renta vitalicia, estableciéndose un monto máximo del equivalente a 150 unidades de fomento. Es importante anotar, que el Proyecto autoriza adelantar hasta un 10% de lo que haya transferido a la respectiva compañía de seguros para sus pensiones futuras, provocando ello una afectación decisiva a las pensiones futuras de los beneficiarios y obligando a las compañías a liquidar activos que normativamente están invertidos en activos de largo plazo, erosionando la capacidad futura de estas empresas para pagar las pensiones futuras.

1. Modalidades de pensión que contempla el sistema previsional chileno. En particular, la renta vitalicia.

De acuerdo al DL N° 3.500, una vez que el afiliado cumple con los requisitos que contempla la ley (básicamente, la edad en el caso de la pensión de vejez, enfermedad en el caso de pensión por invalidez y/o el fallecimiento del cotizante, en el caso de la pensión de sobrevivencia) para pensionarse, nace el derecho a hacerlo. Este es un derecho que sólo puede ejercer el afiliado, el que no puede ser obligado a pensionarse.

Bajo este contexto, las modalidades de pensiones son el retiro programado, la renta vitalicia, la renta temporal con renta vitalicia diferida, y la renta vitalicia inmediata con retiro



programado. El Cuadro N° 1 siguiente, muestra un comparado con las diferentes características de las distintas modalidades de pensión.

Cuadro N° 1

Comparativo modalidades de pensión

Características	Retiro Programado (RP)	Renta Vitalicia Inmediata (RVI) (simple o con condiciones especiales de cobertura)	Renta Temporal (RT) con RV Diferida (RVD) (simple o con condiciones especiales de cobertura)	Renta Vitalicia Inmediata (RVI) con Retiro Programado (RP) (simple o con condiciones especiales de cobertura)
Administración	AFP	Cía. de Seguros de vida (CSV)	RT: AFP RVD: CSV	RP: AFP RVI: CSV
Posibilidad cambio de modalidad	Siempre	No	Sólo anticipar RVD	RVI: No RP: Sí
Propiedad de los fondos	Afiliado	CVS	RT: Afiliado RVD: CSV	RP: Afiliado RVI: CVS
Monto pensión	Variable	Constante	RT: Variable RVD: Constante	RP: Variable RVI: Constante
Garantía estatal	Sí	Sí	Sí	Sí
Herencia	Sí	No	RT: Sí RVD: No	RP: Sí RVI: No
Cobertura riesgo de reinversión y longevidad	No	Sí	RT: No RVD: Sí	RP: No RVI: Sí

Fuente: Comisión de Mercado Financiero.

El artículo 62, inciso primero del DL N° 3.500 define renta vitalicia inmediata como *“aquella modalidad de pensión que contrata un afiliado con una Compañía de Seguros de Vida, en la que ésta se obliga al pago de una renta mensual, desde el momento en que se suscribe el contrato y hasta su fallecimiento y a pagar pensiones de sobrevivencia a sus beneficiarios señalados en el artículo 5°, según corresponda”*.

En su inciso segundo, se especifica que este contrato de seguro deberá ajustarse a las normas generales que dicte la Superintendencia de Valores y Seguros (hoy Comisión para el Mercado Financiero), tendrá el carácter de irrevocable, y deberá resguardarse la naturaleza previsional de este seguro y permitir una adecuada comparación de las ofertas de pensión. Para el cálculo de la renta deberá considerarse el total del saldo de la cuenta individual del afiliado, salvo que éste opte por retirar excedentes de libre disposición en conformidad al inciso sexto. El monto de la renta mensual que resulte de aplicar lo anterior, podrá ser constante o variable en el tiempo. Las rentas vitalicias constantes y la parte fija de las rentas vitalicias variables, deberán expresarse en unidades de fomento. El componente variable podrá expresarse en moneda de curso legal, en moneda extranjera o en un índice asociado a



carteras de inversión que sea autorizado por la misma Superintendencia. En el caso de que la renta mensual pactada sea variable, el componente fijo de la renta vitalicia deberá cumplir con el requisito de contratarse una renta que sea igual o mayor que la pensión básica solidaria de vejez, a menos que se trate de una pensión de vejez anticipada, en cuyo caso el componente fijo de la renta pactada deberá ser al menos equivalente al cien por ciento de la pensión máxima con aporte solidario.

Los incisos cuarto y quinto de la norma referida precisan algunas características fundamentales de este contrato. Por ejemplo, el que el contrato de seguro de renta vitalicia se perfecciona mediante la aceptación por escrito del afiliado de la oferta de la Compañía de Seguros de Vida de su elección o la adjudicación en remate, debiendo el asegurador contratante remitir a la Administradora la póliza y demás antecedentes que acrediten el cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 61 bis, y el que una vez que la Administradora reciba la póliza y dichos antecedentes, deberá traspasar a la Compañía los fondos de la cuenta individual del afiliado que sean necesarios para pagar la prima, previa certificación del cumplimiento del requisito establecido en el inciso tercero. Los plazos en los cuales deberán cumplirse los procedimientos señalados, serán establecidos mediante una norma de carácter general que dictarán conjuntamente las Superintendencias de Administradoras de Fondos de Pensiones y de Valores y Seguros (actual Comisión para el Mercado Financiero). Asimismo, se precisa que, efectuado el traspaso a la Compañía de Seguros respectiva, entrará en vigencia el contrato y ésta será exclusivamente responsable y obligada al pago de las rentas vitalicias y pensiones de sobrevivencia contratadas, al afiliado y a sus beneficiarios, cuando corresponda.¹²⁸

La doctrina especializada, por su parte, define renta vitalicia inmediata como aquella modalidad, en la que *“el afiliado adquiere, con los ahorros de su cuenta individual, una Renta Vitalicia en una Compañía de Seguros de Vida, la que se obliga a pagarle una renta mensual hasta su fallecimiento y a pagar las pensiones de sobrevivencia a sus beneficiarios.*

¹²⁸ Por su parte, el artículo 62 bis en sus incisos primero y segundo caracteriza la Renta Vitalicia Inmediata con Retiro Programado como *“aquella modalidad de pensión por la cual el afiliado contrata con una Compañía de Seguros de Vida una Renta Vitalicia Inmediata con una parte del saldo de la cuenta de capitalización individual, acogéndose con la parte restante a la modalidad de Retiro Programado. En este caso, la pensión corresponderá a la suma de los montos percibidos por cada una de las modalidades. Sólo podrán optar por esta modalidad aquellos afiliados que puedan obtener una renta vitalicia inmediata que sea igual o mayor que la pensión básica solidaria de vejez. Bajo esta modalidad de pensión tendrán derecho a retirar excedente de libre disposición los afiliados que obtengan una pensión mayor o igual a 12 unidades de fomento y al setenta por ciento del promedio de las remuneraciones percibidas y rentas declaradas, calculado según lo establecido en el artículo siguiente. Tratándose de afiliados declarados inválidos se considerará el setenta por ciento del ingreso base”*.



*Este contrato es irrevocable y su monto se expresará en unidades de fomento u otro sistema de reajustabilidad que fije la Superintendencia”.*¹²⁹

Con todo, en lo que es estrictamente relevante para efectos de este Requerimiento, la diferencia jurídica más importante entre retiro programado y renta vitalicia, es la propiedad sobre los recursos o ahorros previsionales acumulados, en el primero, el retiro programado, el titular conserva dicha propiedad –a tal punto que, si muere, esos valores acrecen a la herencia- y, en cambio, en la renta vitalicia, que consiste en la transferencia a una compañía de seguros de vida para que ésta otorgue una pensión de por vida, la propiedad se transfiere a dicha compañía, la que, como se advierte, adquiere una obligación de pagar esa renta vitalicia, surgiendo, de ese contrato, el derecho personal para obtener esa renta. El afiliado, en este último caso, no es propietario ni tampoco titular de los recursos que contractualmente han sido transferidos.

En efecto, como lo ha explicado el profesor Francisco Zúñiga, *“aquel afiliado que opta por pensionarse bajo la modalidad de renta vitalicia se obliga a transferir sus fondos previsionales (o la parte que se determine) a la entidad aseguradora elegida, y ésta a pagar una pensión mensual en unidades de fomento desde el momento en que suscribe el contrato hasta su fallecimiento y producido éste, una pensión de sobrevivencia a sus beneficiarios. La elección de esta modalidad por el afiliado es irrevocable y deja de ser dueño de sus fondos previsionales los cuales se transfieren en dominio a la compañía de seguro a cambio de una renta vitalicia, resultando improcedente sostener el retiro de fondos que ya no pertenecen al afiliado. Ello a diferencia de lo que ocurre en la modalidad de retiro programado, en la que el trabajador mantiene su cuenta de capitalización individual en la AFP en que se encuentra afiliado o bien traspasa los fondos del pensionado a la AFP seleccionada, encargada de administrar esos fondos. El afiliado que escoge esta modalidad mantiene para todos los efectos legales la propiedad de sus fondos, que es, entre otras características, la principal diferencia con la renta vitalicia”.*¹³⁰

¹²⁹ Por otra parte, se define, Renta vitalicia con retiro programado, *“es aquella modalidad de pensión por la cual el afiliado contrata con una Compañía de Seguros de Vida una Renta Vitalicia Inmediata con una parte del saldo de la cuenta de capitalización individual, acogándose con la parte restante a la modalidad de Retiro Programado”.* Ver Héctor Humeres, *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Tomo III*, Editorial Jurídica, 2013, pp. 266-269.

¹³⁰ Francisco Zúñiga, “Proyectos de reforma constitucional que autorizan a pensionados el “retiro” o “pago anticipado” de un monto o porcentaje de la pensión bajo la modalidad de renta vitalicia”, Informe en Derecho, octubre de 2020, p. 3.



En un sentido similar se pronuncia el profesor Patricio Zapata, acerca de las principales características de esta modalidad en relación al retiro programado.¹³¹

En consecuencia, al tratarse de un contrato de seguro, los fondos previsionales pasan a ser el valor de la prima por la cual la compañía de seguros se compromete a la entrega de esta renta fija, por regla general en unidades reajustables de valor. Asimismo, los fondos previsionales abandonan definitivamente la relación jurídica que mantiene el afiliado mientras estén bajo la administración de la AFP y pasan al patrimonio de la compañía de seguros, sin perjuicio, de la garantía estatal que se contempla para cubrir la pensión de vejez.¹³²

2. El Proyecto es inconstitucional al modificar, con infracción al artículo 127 de la CPR, las disposiciones permanentes referidas al derecho de propiedad (artículo 19 N° 24 de la CPR) y a la igualdad ante las cargas públicas (art. 19 N° 20 de la CPR).

El Proyecto de Reforma Constitucional Impugnado establece, a través de una disposición transitoria de la Constitución, una autorización a los pensionados en la modalidad de renta vitalicia, de retirar un porcentaje del monto que le hayan transferido a la respectiva compañía de seguro, en virtud del contrato de seguro de renta vitalicia. En efecto, el Proyecto autoriza a los pensionados en la modalidad de renta vitalicia a requerir a sus respectivas compañías de seguro hasta un 10% del monto que les hayan transferido en virtud del contrato de seguro de renta vitalicia, estableciéndose un monto máximo del equivalente a 150 unidades de fomento.

Bajo este contexto, la regulación propuesta por el Proyecto de Reforma Constitucional Impugnado, al buscar afectar de manera ilícita las relaciones jurídicas surgidas al amparo de contratos de renta vitalicia, lesiona, por un lado, los derechos personales surgidos al amparo del contrato, garantizados principalmente en el derecho de propiedad (artículo 19 N° 24 de la Constitución); y, por otro, al imponer un sacrificio patrimonial a las compañías aseguradoras que administran estos seguros, injustificado y discriminatorio, anormal y especial, ante la falta de una debida compensación, lesiona la garantía de la igualdad ante las cargas públicas (artículo 19 N° 20 de la Constitución), toda vez que, como se ha señalado,

¹³¹ Ver Patricio Zapata, “Derechos Fundamentales y Transitoriedad. Un análisis jurídico/constitucional de los proyectos de Reforma Constitucional que, con motivo de la calamidad pública provocada por la Pandemia del Covid-19, obligan a ciertas empresas a pagar anticipadamente hasta 150 UF a personas que, al momento de pensionarse, optaron por Rentas Vitalicias (Boletines Números 13.763-07 y 13.764-07)”, Informe en Derecho, 27 de octubre de 2020, pp. 6-7.

¹³² Zuñiga, ob. Cit., p. 48.



deberán liquidar activos a largo plazo para convertirlos, con pérdidas significativas, en retiros individuales inmediatos, activos de los que son titulares protegidos constitucionalmente.

Examinemos ambas cuestiones con mayor detención.

La Constitución, en el artículo 19 N° 24, instituyó el derecho y la garantía de la propiedad. Podemos señalar que, por una parte, la Carta Fundamental instituyó el derecho de propiedad como derecho subjetivo público (que asegura a todas las personas) y por la otra, fijó la garantía institucional de la propiedad. Ambas dimensiones de la propiedad no son lo mismo. En lo que atañe al derecho subjetivo, en el artículo 19 N° 24, inciso primero, de la CPR describió su núcleo esencial señalando: “*La Constitución asegura a todas las personas... El derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales o incorporales*”. Como es fácil advertir, el Constituyente no señaló lo que debía entenderse por el derecho subjetivo de propiedad, sino que describió su objeto: “diversas” clases de propiedad, esto es, los “bienes” corporales –los que pueden percibirse por los sentidos- y los incorporales –los “derechos”-, como el que aquí nos ocupa. De lo que se colige, en principio, que la Carta Fundamental protege y asegura los derechos de propiedad constituidos sobre bienes corporales e incorporales.

En el inciso segundo y tercero del referido artículo de la Constitución, el Constituyente, en cambio, estableció las garantías institucionales de la propiedad, fundamentalmente, en cuatro sentidos, a saber: consagró el principio de reserva de ley en materia de propiedad; prescribió que las limitaciones y obligaciones que afectan la propiedad son justificables si se amparan en la función social (cuyos contenidos enuncia); consagró un conjunto de garantías frente a la “privación” de la propiedad; y por último, reforzó la propiedad, asegurando la infranqueabilidad de la esencia de la misma. Estos cuatro aspectos, describen las garantías institucionales que la propiedad tiene en la Constitución, lo que, en el derecho comparado, se describe como la garantía objetiva de propiedad. Como es evidente, estas garantías institucionales amparan tanto a los derechos personales como a los derechos reales.

Si bien el reconocimiento del amparo constitucional a los bienes incorporales fue lento en nuestra tradición constitucional –la jurisprudencia los reconoció primero y luego llegó su explícita consagración constitucional en la Carta Fundamental-,¹³³ la doctrina más respetada

¹³³ En efecto, la expresión “*El derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales o incorporales*” que contiene el inciso primero del numeral 24 del artículo 19 de la Constitución, no estaba en la Carta Fundamental de 1833, la que disponía en el artículo 12 número 5, la “*inviolabilidad de todas las propiedades, sin distinción de las que pertenezcan a particulares o comunidades*”. La doctrina de la época señalaba que la expresión “*todas las propiedades*” cubría también a las cosas incorporales, a que alude el Código Civil. No obstante, se trata de una cuestión argumentativa. Como se sabe, con posterioridad, el artículo 10 N° 10 de la Carta Fundamental de 1925, señalaba que la Constitución aseguraba a todos los habitantes de la



es prácticamente unánime en el sentido de defender que la Constitución ampara y protege los derechos personales, surgidos del contrato de modo amplio, y que, en la especie, se manifiesta en la protección de los derechos que amparan los fondos traspasados a las compañías de seguros, y que han sido incorporados al patrimonio de dichas empresas.¹³⁴ En este punto son particularmente claros, los profesores Enrique Navarro,¹³⁵ José Luis Cea,¹³⁶ Miguel Ángel Fernández,¹³⁷ Mario Verdugo,¹³⁸ entre otros.

República “*la inviolabilidad de todas las propiedades sin distinción alguna*”, lo cual fue modificado en la reforma de 1967, Ley N° 16.615, que agregó la expresión “*el derecho de propiedad en sus diversas especies*”, disposición que modificada ingresó en el Acta Constitucional N° 3, que es el antecedente directo de la Carta Fundamental actual en este punto, al agregar “*sobre toda clase de bienes corporales e incorporales*”. De manera que –y esto es lo relevante– el amparo y protección explícita a los bienes incorporales apareció tarde. Antes, como dijimos, este amparo provenía de la práctica interpretativa de la Carta Fundamental de 1925.

¹³⁴ Zuñiga, ob. Cit., p. 52.

¹³⁵ Enrique Navarro en “30 años del Recurso de Protección”, “Temas Actuales de Derecho Constitucional”, Editorial Jurídica de Chile, 2009, donde señala: “*La mayor parte de los recursos acogidos por la Corte Suprema en razón de la vulneración al derecho de propiedad, estuvieron referidos a tal derecho sobre cosas incorporales... El resto de los recursos acogidos -excluidos los de Isapre- por vulneración del derecho de propiedad sobre cosas incorporales ha tenido la más variada causas y antecedentes: derechos que emanan de un contrato de arrendamiento, derechos sobre los fondos que constituyen el desahucio legal, derechos emanados de un contrato de prestación de servicios educacionales, derechos sobre permisos de edificación, derechos sobre concesión de extracción de áridos, derecho a ser mantenido como presidente de un sindicato (...)*”.

¹³⁶ José Luis Cea en su *Tratado de la Constitución de 1980*, Editorial Jurídica de Chile, 1988, p. 189, afirma: “*... ese derecho puede recaer sobre cuantas clases de bienes exista: corporales, muebles e inmuebles; incorporales, sean derechos reales o personales... Aunque implícito en la fórmula empleada por el Constituyente de 1967... era conveniente declarar implícitamente el derecho de propiedad sobre bienes incorporales. Procediendo de esta manera, más que evitar ambigüedades o interpretaciones torcidas, ahora se impide que por la vía de la reforma legal se deje sin efecto el mandato del artículo 583 del Código Civil, según el cual, sobre las cosas hay también una especie de propiedad ...*”.

¹³⁷ Señala: “*Es abundante, en este sentido, la jurisprudencia que, más allá de lo preceptuado en el Código Civil, ha fundado, acertadamente, dicha intangibilidad en la Constitución.*” y “*Con lo expuesto, se corrobora que la intangibilidad de los contratos deriva, nítidamente, del artículo 19 N° 24 de la Constitución, el cual confiere cobertura y blindaje jurídico a las relaciones contractuales habidas entre las partes o, más precisamente, a los derechos que para ellas emanan como consecuencia de dichas relaciones. Por ello, el fundamento que se encuentre en el Código Civil o en la Ley sobre Efecto Retroactivo de las Leyes no es más que la complementación y ejecución de la regla constitucional aludida.*” Agregó: “*De esta forma, no hay duda en cuanto a que el derecho de propiedad, que se asegura a todas las personas en la Constitución, ampara los derechos personales que emanan de los contratos.*”, e insiste “*La duda, entonces, puede extenderse nada más que a derechos – bienes incorporales, en la terminología de la Constitución – que no emanan de una fuente de las obligaciones, con lo cual alcanza a entidades jurídicas o fácticas respecto de las cuales puede discutirse si se trata o no, genuinamente, de aquella especie de bienes...*”, y agrega “*... no cabe duda que los derechos que emanan de los contratos son bienes incorporales constitucionalmente protegidos por el artículo 19 N° 24, no puede dejar de afirmarse, una vez más, la amplitud que, conforme al texto, contexto, espíritu e historia oficial, cabe atribuir al referido precepto constitucional, lo cual ha sido confirmado por la doctrina constitucional*”. Ver Miguel Ángel Fernández, “Fundamentos Constitucionales del Derecho de los Contratos: Intangibilidad, Autonomía de la Voluntad y Buena Fe”, en “Derecho de los Contratos”, Cuadernos de Extensión Jurídica, Facultad de Derecho, Universidad de los Andes, año 2002, pp. 24-27.

¹³⁸ Ver Verdugo Mario y otros, *Derecho Constitucional. Tomo I*, Editorial Jurídica de Chile, 1994, pp. 303-304: “*... cabe puntualizar que una ley no puede aplicarse retroactivamente, si con ello se afecta derechos adquiridos, y si así se pretendiese, la Corte Suprema deberá declararla inaplicable para el caso concreto pues vulneraría la Constitución, en cuanto ésta reconoce, ampara y protege el derecho de propiedad en sus diversas especies*”.



Asimismo, este Excmo. Tribunal ha tenido la oportunidad de identificar parámetros en esta materia en diversas sentencias, destacando los precedentes STC Rol N° 334 – denominado doctrinariamente “caso rentas vitalicias”-,¹³⁹ y en STC Roles N° 505 y 506.¹⁴⁰

Por su parte, una segunda garantía constitucional que viene a comprometer el Proyecto de Reforma Constitucional Impugnado mediante la autorización tantas veces aludida, dice

¹³⁹ En STC Rol N° 334-01, este Excmo. Tribunal se pronunció a raíz de un requerimiento de inconstitucionalidad recaído en un proyecto de ley que imponía requisitos a los cotizantes que: (a) estaban en posición de pensionarse; y (b) que quisieran optar por la modalidad de rentas vitalicias. La pregunta que debía responder el Tribunal Constitucional en su sentencia, era si dichos requisitos o limitaciones afectaban o no el derecho de propiedad de los titulares sobre los fondos de las cuentas de capitalización individual. Como se advierte, el caso presentado ante esta Excmo. Magistratura trata sobre la situación jurídica en la que está quien ya cumple los requisitos para pensionarse y ejerce su derecho a elegir –en síntesis- entre renta vitalicia y retiro programado. Es bueno subrayar, que el problema que enfrentaba el Tribunal Constitucional era si al momento de pensionarse, el legislador podía fijarle al titular de esos fondos restricciones esenciales a la facultad de disposición o de invertir sus fondos dentro de determinadas opciones. Se trataba de establecer si las restricciones, exigencias o requisitos –contenidos en el proyecto de ley- pueden estimarse que, en el fondo, privan o afectan en su esencia el derecho de propiedad constitucionalmente garantizado. En rigor, entonces, el Tribunal Constitucional en ese caso, es importante tenerlo claro, debía pronunciarse –y lo hizo- sobre cómo opera el derecho de elegir la mejor inversión al instante de pensionarse y la competencia del legislador en tal caso, pero en su fallo fue más allá y se extendió, también, a la naturaleza jurídica, titularidad y amparo constitucional que tenían las cuentas de capitalización, los ahorros que ahí se consignan y las cuotas que sus titulares tienen y su proyección a los fondos, durante el período laboral y contributivo. Así, sostuvo en el considerando 18° *“Que la primera inconstitucionalidad descrita en el considerando anterior, desde otra perspectiva, resulta aún más evidente y clara. En efecto de conformidad con lo dispuesto en el artículo 62, inciso cuarto, del Decreto Ley N° 3.500, si el afiliado resuelve pensionarse bajo el sistema de renta vitalicia, tal precepto expresa que “Notificada la Administradora por la compañía aseguradora de la suscripción del contrato, quedará obligada a traspasar a ésta los fondos de la cuenta individual del afiliado”. En otras palabras, en ese momento el afiliado está ejerciendo el atributo esencial de su dominio, cual es disponer de sus fondos, porque se los está transfiriendo a la compañía aseguradora; pero, si ello ocurre, no como consecuencia de su facultad exclusiva y excluyente de disposición, inherente a su dominio, sino porque en último término, no se le deja la posibilidad de elegir la Compañía aseguradora que dicho afiliado estime más conveniente a sus intereses, fuerza es concluir que se le priva de ese atributo esencial de su propiedad”.*

¹⁴⁰ En STC Rol N° 505-2006, se trata de un recurso de inaplicabilidad ante el Tribunal Constitucional (en el contexto de un recurso de casación en la forma relativo al fallo arbitral), para que declare la inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 3° transitorio de la Ley N° 19.940, que hacía aplicable la nueva regulación de la transmisión eléctrica a la relación contractual que existía entre empresas de generación y de transmisión eléctrica. La empresa de generación reclamó que la nueva regulación de la transmisión eléctrica, al pretender imponer por sobre una relación regida por un contrato anterior válidamente celebrado y con vigencia hasta el año 2028, vulneraba el derecho de propiedad sobre un bien incorporal, esto es, el derecho adquirido en virtud de un contrato a usar, por un determinado precio o peaje, las instalaciones de transmisión eléctrica de la empresa de transmisión. En lo que importa, este Excmo. Tribunal sostuvo en el considerando 22° que: *“... si el acto de regulación o de limitación afecta en una magnitud significativa las facultades o atributos esenciales del propietario, éste podrá argumentar que se le ha privado del dominio, pues ya no puede hacer las cosas esenciales que éste conllevaba. Se trata de lo que el derecho comparado ha denominado desde hace casi un siglo “regulaciones expropiatorias”. Nuestra Carta Fundamental contiene una distinción muy útil para acometer esta tarea, pues trata como equivalentes la privación de la propiedad con la de cualquiera de sus atributos o facultades esenciales”.*



relación con el estatuto de las cargas públicas,¹⁴¹ y sus elementos consustanciales de legalidad, igualdad, justicia y proporcionalidad.¹⁴²

En efecto, la garantía de igualdad ante las cargas públicas o del sacrificio especial, denominado también en el derecho comparado *égalité devant les charges publiques* o *equality before public burdens*, supone que las cargas excesivas que resultan de la acción de la autoridad pública con miras al interés general no deban ser soportadas por un grupo limitado de personas, sino que por la sociedad como un todo. Recogido en el artículo 19 N° 20 de la CPR, postula que un particular debe ser compensado si una intervención estatal le provoca una lesión —anormal y especial— en beneficio del interés general de la sociedad.

En términos generales, por anormal, entendemos “*que es capaz de alcanzar un cierto grado de importancia porque los miembros de la colectividad deben soportar sin compensación las molestias e inconvenientes ordinarios de la vida en sociedad o inherentes al ejercicio de sus actividades, como una condición inevitable de ellas mismas*”,¹⁴³ alejándose del “riesgo normal de vivir en sociedad” o “el riesgo empresarial normal”. Asimismo, por especial, consideramos que “no afecta sino a ciertos miembros del cuerpo

¹⁴¹ El concepto de carga pública, a pesar de su importancia en términos del fuerte impacto que puede tener en derechos fundamentales asociados a la libertad y al patrimonio de las personas, es uno que ha sido poco desarrollado por nuestra dogmática constitucional. Para Ponce de León: “*resulta curiosa la escasa y asistemática atención que le ha dispensado la doctrina constitucional contemporánea*”. Viviana Ponce de León, “La noción de carga pública y su función en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Chileno”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 42 N° 3, 2015, p. 844. Ver también Matías Guilloff, “En defensa del casuismo: reflexiones acerca del control de constitucionalidad de las limitaciones a la propiedad privada”, *Estudios Constitucionales*, Año 17, N° 2, 2019, pp. 265-300. La definición canónica es la que ha propuesto Enrique Evans de la Cuadra, y seguida por el Tribunal Constitucional, que las ha asociado a “*todas las prestaciones de carácter personal y todas las obligaciones de carácter patrimonial que no sean jurídicamente tributos, que la ley impone a la generalidad de las personas para el cumplimiento de determinados fines, ética y jurídicamente lícitos, queridos por el legislador*”. Enrique Evans de la Cuadra, *Los derechos constitucionales*, Tomo II, Editorial Jurídica de Chile, 2004, p. 285.

¹⁴² En un intento por aumentar la densidad del concepto de carga pública, la doctrina ha buscado identificar como principios constitucionales a los cuales toda carga pública debe sujetarse los de legalidad, igualdad, justicia y proporcionalidad. En efecto, toda carga pública debe sujetarse a los principios de: (i) legalidad, esto es, al igual que el de la legalidad tributaria, los elementos esenciales de la carga pública deben quedar correctamente precisados por el legislador; (ii) igualdad, esto es, dado que la imposición de una carga pública implica efectuar una diferencia o distinción, el legislador se encuentra obligado a respetar el principio de igualdad ante la ley, que prohíbe a la ley y a toda autoridad efectuar diferencias arbitrarias. A su vez, la Constitución exige un especial respeto al principio de igualdad en la repartición de las cargas públicas, permitiéndose sólo las diferencias justas y razonables; y (iii) justicia y proporcionalidad, esto es, nuestra Carta Fundamental señala que los tributos no serán desproporcionados ni manifiestamente injustos, principios que deben ser aplicables a las cargas públicas o gravámenes, bajo una interpretación sistemática del artículo 19 N°20 de la CPR. Ver Miguel Ángel Fernández, “Principios constitucionales de proporcionalidad y justicia en materia tributaria”, en *Revista Chilena de Derecho*, N° 27, N° 2, 2000, p. 359. Ver también Evans, ob. Cit.

¹⁴³ Ramiro Saavedra, *Responsabilidad del Estado, principio de igualdad y regulación*, 2016, p. 7.



social”,¹⁴⁴ y en cuanto tiene una entidad o magnitud especialmente intensa en términos comparativos, esto es, en comparación con otros ciudadanos en una posición comparable.¹⁴⁵

Así, el principio de igualdad ante las cargas públicas, su justicia y proporcionalidad, se vulnera cuando estas cargas son anormales y especiales.

Es lo que ocurre en el caso del Proyecto, como hemos demostrado.

En definitiva, es posible concluir, en los términos expresados por el profesor Zúñiga que, la intervención regulatoria que realiza el Proyecto respecto de los contratos de renta vitalicia, *“viene a privar a las compañías de seguro de vida de los derechos sobre recursos incorporados a su patrimonio, imponiendo una carga destinada a satisfacer los requerimientos y exigencias de interés general sin la debida compensación, y por otro lado, limitar el derecho de propiedad de las compañías de seguro de vida, sin someter la regulación normativa a las condiciones impuestas por la Constitución y afectando únicamente a dichas empresas como partes en los contratos de renta vitalicia”*, incurriéndose, en consecuencia, en *“una ablación de los derechos de contenido patrimonial que se encuentran amparados por la garantía del derecho de propiedad”*, y *“como consecuencia de dicha afectación se quebranta la igualdad ante las cargas públicas”*.¹⁴⁶

Un aspecto más de la antijuridicidad de este Proyecto. Es relevante señalar que el Proyecto nada indica acerca de cómo se enfrentan estas afectaciones a los derechos de propiedad y a la igualdad ante las cargas públicas, que todos los especialistas reconocen se producen.¹⁴⁷ La sola circunstancia de que este Proyecto no contenga nada sobre el tema (es decir, de cómo, cuándo y hasta dónde se reparará), es un signo de su antijuridicidad, puesto que, por el contrario, las reglas constitucionales relativas a expropiaciones, requisiciones y limitaciones al dominio en estados de excepción constitucional, fijan estrictos términos para tales efectos, lo que demuestra que para la Constitución hay un principio serio que atraviesa

¹⁴⁴ Id.

¹⁴⁵ Saavedra, ob. Cit., p. 15. Así, si la acción legislativa que impone una carga pública va dirigida a un grupo bien definido y determinado de personas, no estamos ante un grupo que haya sido especialmente afectado, sino solo, ante el grupo de comparación. Por el contrario, sólo aquellas personas o grupos de personas que puedan distinguirse al interior del grupo de comparación pueden esgrimir que han sido especialmente afectadas, infringiéndose la igualdad ante las cargas públicas, y en posición de reclamar una compensación. Para ello deberán probar que los factores diferenciadores respecto del grupo de comparación (o algunos de sus miembros) no entregan una justificación objetiva y razonable para soportar una carga más intensa. Tjepkema (2013) p. 15.

¹⁴⁶ Zúñiga, ob. Cit., pp. 50, 53-54.

¹⁴⁷ Ver intervención de Mario Marcel, en su calidad Presidente del Banco Central en la Comisión de Constitución del Senado de 19 de abril de 2021. Video, Sesión de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, lunes 19 de abril de 2021, visto en: <https://tv.senado.cl/tvsenado/comisiones/permanentes/constitucion-legislacion-justicia-y-reglamento/comision-de-constitucion-legislacion-justicia-y/2021-04-18/204453.html>



todo su texto y que, impide la lesividad gratuita y desigual entre unos y otros, frente a imponer costos o daños privados en favor de problemas públicos o en favor de otros particulares. Y la razón es que todos los derechos fundamentales exigen igual respeto, de modo que no basta con decir, al pasar: correspondería que las compañías de seguros si tienen o sufren daños, demanden. Todos los daños provocados a los derechos admiten demanda. No es este el punto.

El tema central es que no cabe lesionar derechos personales surgidos de un contrato, si en vez de “limitar” el derecho de propiedad, se priva de este derecho, del bien sobre el que recae o de alguna de las facultades y atributos que nacen de él; o se imponen condiciones, requisitos o tributos que los lesionen decisivamente. Esto es lo que aquí acontece, pues para limitar se requiere que exista una finalidad acorde con la Constitución y aquí, obviamente, no la hay. La discusión realizada tanto en la Comisión de Constitución de la Cámara como en la Comisión de Constitución del Senado, además, demuestra que los parlamentarios que han propuesto este “adelanto” o que lo han aprobado ni siquiera sabían los daños que provoca el Proyecto o los costos desiguales que se asignaban a unos en beneficio de otros, afectando la conmutatividad y alterando retroactivamente la información con arreglo a la cual se consintió.

3. Una inconstitucionalidad adicional: el Proyecto debe votarse acorde al quórum establecido para dicha disposición (2/3) al alterar reglas consagradas en el artículo 19 N° 20 y 24 de la CPR.

El Proyecto de Reforma Constitucional Impugnado altera, afecta e incide en los artículos 19 N° 20 y 24 de la CPR, al afectar los derechos que emanan de los contratos de seguro asociados a las rentas vitalicias e imponer cargas públicas, a través de una disposición transitoria, por cuanto debió, en consecuencia, haber sido votado –con independencia del resultado final de la votación- exigiéndose un quórum de 2/3 de los diputados en ejercicio, lo que no aconteció, toda vez que el Proyecto fue calificado como de quórum de 3/5 de los diputados en ejercicio.

Así, es posible sostener siguiendo al profesor Zapata, que este Proyecto, al limitar o restringir el derecho de propiedad de las compañías de seguros de vida, por ejemplo, anticipando los pagos o reprogramando la forma en que se pagan tales rentas, *“sí causa a las CSV un perjuicio patrimonial demostrable y muy significativo, suficiente como para comprometer la causa para haber contratado, y en la medida que aceptar constitucionalmente dicha afectación de la propiedad, aunque sea en un artículo transitorio, contradice el régimen del derecho de propiedad en los términos establecidos en el artículo*



19 N° 24 de la Carta Fundamental, se debe concluir que, a lo menos, la reforma en cuestión debe ser aprobada por el mismo quórum de la normativa que modifica (2/3)".¹⁴⁸

En síntesis, el Proyecto, por el hecho de ser impulsado como una supuesta disposición transitoria de la Carta Fundamental, fue votado y aprobado en la H. Cámara de Diputados bajo la exigencia de 3/5 de los diputados en ejercicio. Ya hemos señalado, que no corresponde, y que infringe la Constitución, en particular su Capítulo XV, la pretensión de reformarla sin que se modifiquen expresamente ninguno de sus artículos, palabras o capítulos, sino que, de modo implícito y tácito. Hemos dicho que ello transgrede en especial el artículo 127 de la Carta Fundamental, que ordena que si la reforma “recayere” en disposiciones de algunos de sus capítulos debe modificarse o enmendarse expresamente su texto permanente. También hemos señalado que las disposiciones transitorias no pueden usarse ni están previstas de ser usadas para reformar implícitamente la Carta Fundamental, pues este no es un capítulo de la Constitución, sino que en él se reúnen las reglas que son dependientes de las reformas o cambios de ella, al regular la vigencia o aplicación de éstas. Lo cierto es que, al votarse el Proyecto por 3/5 de los diputados en ejercicio, se infringió el quórum que toda reforma a la Carta Fundamental en materia de derechos fundamentales, por efecto del artículo 127 de la misma, exige, a saber, 2/3 de diputados y senadores en ejercicio.

4. Una inconstitucionalidad final de naturaleza formal: el Proyecto infringe el artículo 68 de la CPR; imposibilidad de renovar antes de un año un proyecto desechado en general por la cámara de origen.

El artículo 68 de la CPR dispone, en lo pertinente, que: “*El proyecto que fuere desechado en general en la Cámara de su origen no podrá renovarse sino después de un año...*”.¹⁴⁹

El Proyecto de Reforma Constitucional Impugnado infringe abiertamente esta regla dado que contiene en sus incisos duodécimo, decimotercero y decimocuarto, el derecho a retiro a los pensionados de rentas vitalicias que venimos examinando en este Capítulo, en **términos idénticos** a los contenidos en el proyecto de reforma constitucional de “retiro” de rentas vitalicias que fuera desechado en general, por la H. Cámara de Diputados con fecha 13 de enero de 2021, en primer trámite constitucional, esto es, como Cámara de origen.

En efecto, mediante Oficio N° 16.194, de 13 de enero de 2021, el Secretario General de la H. Cámara de Diputados, comunicó al Jefe de la Oficina de Informaciones de dicha

¹⁴⁸ Zapata, ob. Cit., pp. 15-16.

¹⁴⁹ Sabemos, el artículo 127 en su inciso tercero de la CPR dispone que: “*En lo no previsto en este Capítulo, serán aplicables a la tramitación de los proyectos de reforma constitucional las normas sobre formación de la ley, debiendo respetarse siempre los quórums señalados en el inciso anterior*”:



Corporación el rechazo en general del proyecto de reforma constitucional de “retiro” de rentas vitalicias por parte de la Sala, en los términos siguientes:

“Adjunto remito a Ud., para su archivo, el expediente de tramitación del proyecto que modifica la Carta Fundamental para permitir el retiro excepcional de fondos acumulados en compañías de seguros, bajo la modalidad de rentas vitalicias, correspondiente a los boletines Nos 13.763-07, 13.764-07 y 13.819-07, refundidos, en consideración a que, con esta fecha, la Sala de la Cámara de Diputados ha rechazado en general esta iniciativa, en razón de que no alcanzó el quórum de los tres quintos de los diputados y las diputadas en ejercicio.

Lo que tengo a honra comunicar a Ud., en virtud de lo preceptuado en el artículo 18 del Reglamento de la Corporación.

*Dios guarde a Ud.”.*¹⁵⁰

Por lo demás, el primer informe de la Comisión de Constitución de la Cámara señala que la idea matriz o fundamental de tal proyecto de reforma constitucional de “retiro” de rentas vitalicias rechazado, *“consiste en reconocer constitucionalmente el derecho de los afiliados al sistema privado de pensiones regido por el decreto ley 3.500 de 1980 que se hayan pensionado bajo alguna modalidad de renta vitalicia, a solicitar por única vez y de forma excepcional un pago anticipado de sus rentas, el cual será entregado al solicitante y devuelto por éste en los términos que fija en proyecto”.*¹⁵¹

En consecuencia, más allá de la mayor extensión del proyecto de reforma constitucional de “retiro” de rentas vitalicias rechazado, en lo que constitucionalmente resulta relevante en la especie, estamos ante contenidos idénticos, como da cuenta la idea matriz o fundamental del proyecto antes referido. Asimismo, ello es visible a primera vista, de la sola

¹⁵⁰ Oficio N° 16.194, de 13 de enero de 2021, de la H. Cámara de Diputados que remite para archivo el expediente de tramitación del proyecto que modifica la Carta Fundamental para permitir el retiro excepcional de fondos acumulados en compañías de seguros, bajo la modalidad de rentas vitalicias (Boletines N°s 13.763-07, 13.764-07 y 13.819-07).

¹⁵¹ Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento recaído en el proyecto de reforma constitucional refundido que “modifica la Carta Fundamental para permitir el retiro excepcional de fondos acumulados en compañías de seguros, bajo la modalidad de rentas vitalicias”, Boletines N°s 13.763-07; 13.764-07; 13.819-07, de 11 de enero de 2021, p. 1. Como consta en el referido Informe, p. 26, en la Sesión N° 275 de 14 de octubre de 2020, se aprobó refundir tres mociones: 1. Moción de los señores (as) Meza, Hernando, Jarpa, Jiménez, Mulet, Joanna Pérez, Torres, Vallejo y Walker, que modifica la Carta Fundamental para permitir el retiro excepcional de fondos acumulados en compañías de seguros, bajo la modalidad de rentas vitalicias, Boletín N° 13.763-07. 2. Moción de los señores (as) Jiles, Durán, González, Ilabaca, Marzán, Rocafull, Santibáñez, Alexis Sepúlveda, Silber, que Modifica la Carta Fundamental para permitir el pago anticipado de pensiones contratadas en modalidad de renta vitalicia, en las condiciones que indica, Boletín N° 13.764-07. 3. Moción del señor Bianchi, que Modifica la Carta Fundamental para posibilitar el pago anticipado de pensiones contratadas en modalidad de renta vitalicia, Boletín N° 13819-07.



comparación entre los incisos duodécimo y decimotercero del Proyecto de Reforma Constitucional Impugnado y los primeros cuatro incisos del proyecto de reforma constitucional de “retiro” de rentas vitalicias que fue rechazado en enero de 2021 (ver Cuadro a continuación).

Cuadro N° 2

Comparativo proyecto de reforma constitucional de “retiro” de rentas vitalicias rechazado en enero 2021 y normas del Proyecto sobre la materia

Proyecto de reforma constitucional de “retiro” de rentas vitalicias - rechazado en general por la H. Cámara de Diputados, el día 13 de enero 2021	Proyecto de Reforma Constitucional Impugnado (incisos duodécimo, decimotercero y decimocuarto)
<p>“CUADRAGÉSIMA OCTAVA. Sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso tercero y cuarto del artículo 65, excepcionalmente, y en el contexto de la crisis sanitaria producida con ocasión del COVID-19, autorizase a los afiliados del sistema privado de pensiones regido por el decreto ley N° 3.500, de 1980 que hayan optado por la modalidad de pensión mediante renta vitalicia, de manera voluntaria y por única vez, a solicitar un pago anticipado de sus rentas de hasta 150 unidades de fomento y un mínimo de 35 unidades de fomento, el que será descontado a prorrata de la totalidad de los montos de pensión de renta vitalicia pendientes de pagar, calculados en base a la Tabla de Mortalidad vigente elaborada en conjunto por las Superintendencias de Pensiones y de Valores y Seguros.</p> <p>Los pensionados por renta vitalicia que estén a dos años o menos de alcanzar la edad máxima considerada por la referida tabla y los que ya la hayan cumplido, solo podrán acceder al monto mínimo establecido en esta disposición y el cargo se efectuará a prorrata de las veinticuatro pensiones siguientes al pago realizado.</p> <p>Este derecho al pago anticipado de sus rentas dispuesto en el inciso anterior, se denominará anticipo y se considerará extraordinariamente intangible para todo efecto legal, y no serán objeto de retención, descuento, compensación legal o contractual, embargo o cualquier forma de afectación judicial o administrativa, ni podrán rebajarse del monto ya decretado de la compensación económica en el juicio de divorcio, sin perjuicio de la retención, suspensión, subrogación y embargabilidad por deudas originadas por obligaciones alimentarias. Para</p>	<p>Durante la vigencia del estado de excepción constitucional de catástrofe por calamidad pública, el tiempo en que éste sea prorrogado y los 365 días posteriores a su término, los pensionados por renta vitalicia podrán, por una vez y de forma voluntaria, adelantar el pago de sus rentas hasta por el monto equivalente al diez por ciento de los fondos originalmente traspasados a la respectiva compañía de seguros, estableciéndose como monto máximo de pago por adelantado ciento cincuenta unidades de fomento.</p> <p>El pago por adelantado de las rentas será único y su valor se descontará a prorrata de las rentas que resten por pagar al asegurado vitalicio, utilizando para dicho cálculo las condiciones vigentes en el momento del traspaso de sus fondos previsionales a la compañía de seguros respectiva.</p> <p>El procedimiento de solicitud, la exención de todo tipo de gravámenes e impuestos y las demás regulaciones, que no se opongan al presente artículo, se ajustarán a lo prescrito en la disposición trigésima novena transitoria de esta Constitución. El procedimiento para exigir el pago de deudas originadas por obligaciones alimentarias se sujetará a la ley.</p>



estos efectos, serán plenamente aplicables las disposiciones de la ley N° 21.254.

Asimismo, el anticipo se considerará un ingreso no constitutivo de renta para ningún efecto legal y, en consecuencia, será pagado en forma íntegra y no estará afecto a comisiones o descuento alguno por parte de las compañías de seguro.

La doctrina más relevante en esta materia ha sido categórica en el sentido que la regla contenida en el artículo 68 de la CPR, prohíbe la renovación de tales ideas en la Cámara de origen y en la revisora, a los parlamentarios y al Presidente de la República, por vía de moción, mensaje o indicación.¹⁵²

Por lo demás, en su intervención ante la Comisión de Constitución del Senado analizando el Proyecto de Reforma Constitucional Impugnado, con fecha 19 de abril de 2021, el profesor Francisco Zúñiga hizo presente precisamente la aplicación de esta regla (artículo 68 de la CPR) en la especie. Sobre el particular señaló:

*“aquí yo observo que podría presentarse a consideración de esta Comisión la discusión sobre la constitucionalidad formal del proyecto de reforma constitucional, en la medida en que las disposiciones constitucionales, el artículo 127 de la Constitución reenvía al artículo 68 de la Constitución, dado que la regla de derecho contenida en esta iniciativa de reforma constitucional, en los incisos décimo segundo, décimo tercero y décimo cuarto del artículo único, es una regla de derecho **sustancialmente idéntica** a la regla de derecho propuesta en la Cámara, **votada y rechazada en la Cámara, hace pocos días, y con la regla propuesta en enero del año 2021, y también rechazada la Cámara**; aplicándose por tanto la obligación de no renovar el proyecto de ley cuando éste hubiese sido desechado en su primer trámite durante el plazo de un año. Eso es una situación de constitucionalidad que dejo a consideración de esta honorable comisión...”*¹⁵³

(Énfasis agregado)

¹⁵² Alejandro Silva Bascuñán, *Tratado de Derecho Constitucional. Tomo VII. Congreso Nacional*, Editorial Jurídica de Chile, 2000, p. 151. Ver también Sebastián Soto, *Congreso Nacional y Proceso Legislativo*, Thomson Reuters, 2015, p. 139: “Sostener lo contrario [pueden volver a renovarse iniciativas rechazadas antes del año o por indicación parlamentaria] implicaría burlar la norma constitucional. Bastaría que una iniciativa rechazada en general fuera presentada por otro mocionante, en la otra cámara o por la vía de una indicación a un proyecto de ideas matrices relacionadas. En cambio, el objetivo es otro: el rechazo de la idea de legislar importa detener la discusión sobre un asunto durante un año”.

¹⁵³ Video, Sesión de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, lunes 19 de abril de 2021, visto en: <https://tv.senado.cl/tvsenado/comisiones/permanentes/constitucion-legislacion-justicia-y-reglamento/comision-de-constitucion-legislacion-justicia-y/2021-04-18/204453.html>



CAPÍTULO VI – QUINTA INFRACCIÓN CONSTITUCIONAL: A LOS ARTÍCULOS 6º, 7º Y 94 DE LA CPR, POR INCUMPLIMIENTO DE LO RESUELTO EN STC ROL N° 9797-2020

Como se ha sostenido en la introducción y a lo largo del presente Requerimiento, el Proyecto infringe lo resuelto por el Excmo. Tribunal Constitucional que ya declaró inconstitucional el proyecto de reforma constitucional del segundo retiro, que establecía de forma similar, mediante disposición transitoria, un mecanismo excepcional de retiro de fondo de previsionales.

En efecto, este Excmo. Tribunal ya se pronunció de manera clara, contundente y categórica en STC Rol N° 9797-2020, en cuanto *“la materia de que se trata solo puede ser objeto de una ley de quórum calificado de iniciativa presidencial”*¹⁵⁴ y que *“la soberanía del Constituyente derivado se encuentra doblemente limitada, tanto por la sujeción irrestricta que debe a los principios de juridicidad y de separación de poderes, cuanto por el respeto integral que se debe a los derechos fundamentales”*.¹⁵⁵ Tal precedente es plenamente aplicable a la resolución de esta controversia.

Y es que el Proyecto contraviene expresamente lo resuelto por este Excmo. Tribunal, relativizando el efecto de sus sentencias, considerando que estas son directamente vinculantes para las partes que activamente fueron parte y que incluso alegaron en su contra, como trataremos a continuación en profundidad.

No habían pasado ni siquiera 60 días desde la sentencia del Excmo. Tribunal Constitucional en Rol STC 9797-20, y algunos diputados iniciaron la tramitación de un nuevo proyecto de reforma constitucional, vía disposiciones transitorias, que replica de manera idéntica el proyecto de reforma constitucional del segundo retiro que ya fuera desechado por este Excmo. Tribunal. En aquella parte que este Proyecto permite el retiro de hasta un 10% de los fondos acumulados en las cuentas de capitalización individual que administra el sistema de previsional a través de las AFP, este nuevo proyecto no solo es una transgresión a la Carta Fundamental (como hemos señalado en los otros acápite de este Requerimiento) sino que además implica una infracción a lo resuelto por este Excmo. Tribunal. Se trata de una infracción grave y un intento de desconocer el rol del Excmo. Tribunal Constitucional como garante de la supremacía constitucional, desconociendo la vinculación de todos los poderes involucrados en el proceso constitucional a su sentencia.

¹⁵⁴ STC Rol N° 9797-20, considerando 23°.

¹⁵⁵ STC Rol N° 9797-20, considerando 1°.



En lo que sigue, pasaremos a explicar detalladamente cómo se produce la infracción a la Constitución y al fallo de este Excmo. Tribunal Constitucional antes referido.

1. El Proyecto de Reforma Constitucional Impugnado reedita el proyecto de reforma constitucional del segundo retiro, que ya este Excmo. Tribunal declaró inconstitucional. Comparación de los proyectos.

Entre finales de agosto y finales de septiembre del año 2020, ingresaron a la H. Cámara de Diputados tres proyectos de reforma constitucional vía disposiciones transitorias que, tras ser refundidos, conformaron el proyecto de reforma constitucional del segundo retiro.

Luego de una breve tramitación, el proyecto de reforma constitucional del segundo retiro fue aprobado en dicha Cámara pasando luego al H. Senado, el que lo rechazó al no alcanzar el quórum que según los legisladores le era aplicable. Conformada la correspondiente Comisión Mixta, presentamos un requerimiento en conformidad al artículo 93 N°3 de la Constitución, una cuestión de constitucionalidad producida durante la tramitación de dicho proyecto, ante este Excmo. Tribunal Constitucional, el que lo declaró íntegramente inconstitucional, según consta de la sentencia dictada con fecha 30 de diciembre de 2020.

Es importante comparar ambos proyectos a fin de describir qué aspectos del Proyecto son un evidente intento de desconocer –o de burlarse, así de sencillamente- de un fallo de este órgano constitucional de control (Cuadro N° 3).

Cuadro N° 3
Comparado proyecto de reforma constitucional del segundo retiro declarado inconstitucional en virtud de lo dispuesto en STC 9797 -2020 y Proyecto de Reforma Constitucional Impugnado

Proyecto de reforma constitucional del segundo retiro declarado inconstitucional STC Rol N° 9797-2020	Proyecto de Reforma Constitucional Impugnado
<p>PROYECTO DE REFORMA CONSTITUCIONAL:</p> <p>“Artículo único.- Agrégase en la Constitución Política de la República la siguiente disposición transitoria:</p> <p>“CUADRAGÉSIMA TERCERA. Sin perjuicio de lo dispuesto en la disposición trigésima novena transitoria, excepcionalmente, y para mitigar los efectos sociales derivados del estado</p>	<p>PROYECTO DE REFORMA CONSTITUCIONAL:</p> <p>“Artículo único.- Agrégase la siguiente disposición transitoria en la Constitución Política de la República:</p> <p>“QUINQUAGÉSIMA. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 65, número 6, excepcionalmente, y para mitigar los efectos</p>



de excepción constitucional de catástrofe por calamidad pública decretado a causa del COVID-19, autorízase a los afiliados del sistema privado de pensiones regido por el decreto ley N° 3.500, de 1980, de forma voluntaria y excepcional, a realizar un segundo retiro de hasta el 10 por ciento de los fondos acumulados en su cuenta de capitalización individual de cotizaciones obligatorias, estableciéndose como monto máximo de retiro el equivalente a 150 unidades de fomento y un mínimo de 35 unidades de fomento.

En el evento de que el 10 por ciento de los fondos acumulados sea inferior a 35 unidades de fomento, el afiliado podrá retirar hasta dicho monto. En el caso de que los fondos acumulados en su cuenta de capitalización individual sean inferiores a 35 unidades de fomento, el afiliado podrá retirar la totalidad de los fondos acumulados en dicha cuenta.

La entrega de los fondos se efectuará en una sola cuota y en el plazo máximo de quince días hábiles contado desde la presentación de la solicitud ante la respectiva administradora de fondos de pensiones, y estará sujeta a la retención, suspensión y embargabilidad por deudas originadas por obligaciones alimentarias de conformidad con lo previsto en la ley N° 21.254.

Las administradoras de fondos de pensiones, para el procedimiento de retiro de fondos, deberán modificar los datos del afiliado a simple requerimiento de éste, acreditando su identidad en base a la información entregada por el afiliado, sea con certificado de nacimiento, clave única o sentencia judicial ejecutoriada, y no podrán efectuar discriminación arbitraria alguna, en especial en el caso de personas que se sometieron al cambio registral de identidad establecido en la ley N° 21.120.

La facultad establecida en esta disposición transitoria no es incompatible con el ejercicio del derecho de retiro establecido en la disposición trigésima novena transitoria.

Los afiliados que soliciten el retiro de fondos previsionales de conformidad con lo

sociales derivados del estado de excepción constitucional de catástrofe por calamidad pública decretado a causa del COVID-19, autorízase a los afiliados del sistema privado de pensiones regido por el decreto ley N° 3.500, de 1980, a realizar voluntaria y excepcionalmente un nuevo retiro de hasta el 10 por ciento de los fondos acumulados en su cuenta de capitalización individual de cotizaciones obligatorias, estableciéndose como monto máximo de retiro el equivalente a 150 unidades de fomento y un mínimo de 35 unidades de fomento.

En el evento de que el 10 por ciento de los fondos acumulados sea inferior a 35 unidades de fomento, el afiliado podrá retirar hasta dicho monto. En el caso de que los fondos acumulados en su cuenta de capitalización individual sean inferiores a 35 unidades de fomento, el afiliado podrá retirar la totalidad de los fondos acumulados en dicha cuenta.

Los fondos retirados se considerarán extraordinariamente intangibles para todo efecto legal, y no serán objeto de retención, descuento, compensación legal o contractual, embargo o cualquier forma de afectación judicial o administrativa, ni podrá rebajarse del monto ya decretado de la compensación económica en el juicio de divorcio, sin perjuicio del derecho de subrogación legal del alimentario o su representante y de la retención, suspensión y embargabilidad por deudas originadas por obligaciones alimentarias de conformidad a lo previsto en la ley N° 21.254.

Con el objeto de exigir el pago de deudas originadas por obligaciones alimentarias, el juez de familia competente autorizará al alimentario, a petición de éste, de su representante legal o curador ad litem, a subrogarse en los derechos del alimentante moroso para realizar la solicitud de retiro de fondos previsionales acumulados en su cuenta de capitalización individual de cotizaciones obligatorias regidas por el decreto ley N° 3.500, de 1980, que permite esta reforma y la ley N° 21.248, hasta por la totalidad de la deuda. En el evento de que existan varios alimentarios en distintas causas y los fondos autorizados a retirar no fueren suficientes para el pago de cada deuda alimentaria, el tribunal que



preceptuado en esta disposición podrán reintegrar todo o parte de dichos fondos mediante una cotización voluntaria adicional equivalente al 5 por ciento mensual calculada sobre la última remuneración cotizada y que podrá enterarse durante todo el período que sea necesario para restituir el saldo retirado reajustado, sin perjuicio de su facultad de suspenderlo o discontinuarlo. La Superintendencia de Pensiones establecerá la normativa que regule esta cotización.

Todas aquellas autoridades cuyas remuneraciones se encuentren reguladas de conformidad con lo dispuesto en el artículo 38 bis de la Constitución Política de la República que, a la fecha de entrada en vigencia de esta reforma, hayan ejercido el derecho establecido en la ley N° 21.248, deberán, dentro del plazo de diez días hábiles contado desde la fecha antes indicada, incorporar a su declaración de patrimonio e intereses, de conformidad a la ley N° 20.880, la información relativa al retiro efectuado, con indicación del monto. Lo mismo se aplicará en el caso de que soliciten el retiro establecido en esta disposición.

Para efectos del cumplimiento de lo prescrito en el inciso segundo de la disposición trigésima novena transitoria respecto a las deudas originadas por obligaciones alimentarias, decretado el pago por el tribunal, el alimentario acreedor se subrogará, por el solo ministerio de la ley y hasta el monto de lo adeudado por obligaciones alimentarias, en los derechos del afiliado deudor. Recibida la orden del tribunal, la administradora de fondos de pensiones procederá a efectuar el pago de conformidad a la resolución respectiva. Ante la pluralidad de alimentarios, la subrogación que opere en favor de uno de ellos, aprovechará a los restantes. En el caso de pluralidad de alimentarios con medidas cautelares vigentes, el monto retenido se dividirá en partes iguales según número de 0001082 UN MIL OCHENTA Y DOS 4 alimentarios. Si lo adeudado a uno o más es menor a la cuota que le correspondiere, el sobrante acrecerá la cuota de los restantes alimentarios. Las medidas cautelares de retención de fondos decretadas por los tribunales de familia en virtud de la disposición trigésima novena transitoria, extenderán su

conozca de la causa más antigua vigente en la cual se decretó retención deberá prorratear, para determinar el monto de cada deuda alimentaria que se pagará con el fondo retirado por subrogación del afiliado alimentante o voluntariamente. Si las deudas alimentarias fueren inferiores al fondo que este artículo autoriza a retirar, el afiliado no perderá su derecho respecto del remanente.

Las administradoras de fondos de pensiones, dentro de tres días hábiles, deberán informar a los tribunales el o los correos electrónicos que los afiliados tienen registrados en dichas instituciones para pedir el retiro de fondos previsionales autorizados por esta Constitución. El tribunal deberá notificar al afiliado mediante correo electrónico todas las resoluciones que se dicten en la causa, dentro de tres días hábiles desde que se efectuó tal petición. Para todos los efectos legales, esta notificación se entenderá efectuada el mismo día en que se despache. La entrega de los fondos retenidos por deudas alimentarias se efectuará dentro de los siguientes diez días hábiles contados desde que venciere el plazo que el alimentante tiene para oponerse a la liquidación; o bien, si ha existido oposición, desde que la resolución que se pronuncia sobre ella se encuentre firme y ejecutoriada. En el caso de que el total de la deuda exceda el monto máximo de retiro permitido, la subrogación se autorizará hasta por ese monto. Autorizada la subrogación, el juez, de oficio, deberá liquidar la deuda, en su caso prorratearla, y señalar los datos de la cuenta bancaria que haya determinado o determine para efectos del pago del retiro. Ejecutoriada la liquidación y su prorrateo, si correspondiere, el alimentario o quien lo represente podrá concurrir directamente a la administradora de fondos de pensiones respectiva, la que deberá aceptar la solicitud de retiro con la sola exhibición de una copia simple de la sentencia que autoriza la subrogación y la liquidación del crédito, y el certificado que la tuvo por ejecutoriada.

Sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso anterior, la resolución que ordene el pago con fondos acumulados en la cuenta de capitalización individual de cotizaciones obligatorias del alimentante por los montos de retiro autorizados tanto por esta reforma como



aplicación y vigencia a lo establecido en la presente disposición, salvo que el tribunal decrete lo contrario.

Desde la entrada en vigencia de esta disposición o desde la solicitud de retiro, según corresponda, las administradoras de fondos de pensiones deberán informar al tribunal, dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes, el correo electrónico y el domicilio del afiliado para efectos de la notificación de las resoluciones que los tribunales deban realizar hasta hacer efectivo el pago. Lo señalado en los incisos anteriores, sobre el procedimiento de retención de los fondos por concepto de deudas de pensiones alimenticias, regirá para las disposiciones trigésima novena y cuadragésima tercera transitorias. Los demás términos y condiciones de este segundo retiro se sujetarán a lo establecido en la disposición trigésima novena transitoria.”.

por la ley N° 21.248, que se encuentren retenidos por disposición judicial, con arreglo a lo dispuesto en los mencionados textos legales, deberá indicar el monto específico que ordena pagar por concepto de pensiones alimenticias devengadas y adeudadas, identificar la cuenta bancaria a la cual la administradora de fondos de pensiones deberá realizar la transferencia, y señalar expresamente el plazo en que la referida administradora deberá proceder al pago. Asimismo, dicha resolución incluirá la orden de alzar la respectiva medida de retención respecto de las sumas retenidas que excedan del monto por el que se ordena el pago, con indicación, además, de que dicho alzamiento no empece respecto de otras órdenes de retención que hubieren sido decretadas en otras causas sobre los mismos montos de capitalización individual de cotizaciones obligatorias del alimentante.

El tribunal ordenará que la resolución por la que dispone el pago sea notificada a la administradora de fondos de pensiones respectiva en el más breve plazo y por medios electrónicos. Por su parte, la resolución se entenderá notificada a las partes del proceso desde que se incluya en el estado diario electrónico disponible en la página web del Poder Judicial, de conformidad con el artículo 50 del Código de Procedimiento Civil.

La administradora de fondos de pensiones deberá efectuar la transferencia a la cuenta bancaria señalada en la resolución en un plazo no superior a diez días hábiles, contado desde que aquélla le es notificada.

Si se hubieren dictado dos o más órdenes de retención respecto de los fondos acumulados en la cuenta de capitalización individual de cotizaciones obligatorias por los montos de retiro autorizados tanto por esta reforma como por la ley N° 21.248, y dichos fondos no fueren suficientes para el pago de cada deuda alimentaria, concurrirán sobre este monto en la misma proporción de cada crédito sobre la suma total de las acreencias. Para ello, el juez de cada causa podrá ordenar indistintamente el pago de cada acreencia hasta el monto correspondiente a la proporción respectiva. Para ello deberá siempre consultar en forma previa sobre los montos de las demás acreencias a los tribunales



que hubieren dictado las otras órdenes de retención y dejará constancia de dichos antecedentes y del cálculo de la proporción en la resolución por la que ordene el pago. Asimismo, deberá señalar en ella expresamente que el alzamiento de la respectiva medida de retención respecto de las sumas retenidas que excedan del monto por el que se ordena el pago no empece respecto de las demás órdenes de retención que hubieren sido decretadas en otras causas respecto de los mismos montos de capitalización individual de cotizaciones obligatorias del alimentante.

Los fondos retirados a los cuales hace referencia la presente disposición transitoria no constituirán renta o remuneración para ningún efecto legal y, en consecuencia, serán pagados en forma íntegra y no estarán afectos a comisiones o descuento alguno por parte de las administradoras de fondos de pensiones. Los afiliados podrán solicitar este retiro de sus fondos hasta 365 días después de publicada la presente reforma, con independencia de la vigencia del estado de excepción constitucional de catástrofe decretado.

Los afiliados podrán efectuar la solicitud de este retiro de fondos en una plataforma con soporte digital, telefónico y presencial que al efecto dispongan las administradoras de fondos de pensiones, asegurando un proceso eficiente y sin demoras. Los fondos que en aplicación de esta disposición le correspondieren al afiliado se transferirán automáticamente a la "Cuenta 2" sin comisión de administración o de seguros ni costo alguno para él, o a una cuenta bancaria o de instituciones financieras y cajas de compensación, según lo determine el afiliado. Los retiros que se efectúen conforme a esta disposición serán compatibles con las transferencias directas, beneficios, alternativas de financiamiento y, en general, las medidas económicas que la ley o las disposiciones reglamentarias establezcan a causa del COVID-19. No podrá considerarse el retiro de fondos para el cálculo de las demás medidas adoptadas en razón de la crisis o viceversa. Se considerará afiliado al sistema privado de pensiones regido por el decreto ley N° 3.500, de 1980, a toda persona que pertenezca a dicho sistema, incluidas aquéllas que sean beneficiarias de una



pensión de vejez, de invalidez o sobrevivencia. La entrega de los fondos acumulados y autorizados a retirar se efectuará en un plazo máximo de quince días hábiles, contado desde la presentación de la solicitud ante la respectiva administradora de fondos de pensiones. La implementación del sistema de transferencias de fondos y otras medidas que se efectúen en virtud de esta disposición no tendrán costo alguno para los afiliados. Además, las administradoras de fondos de pensiones deberán enviar a la Superintendencia de Pensiones, y al Banco Central cuando corresponda, todo antecedente del cumplimiento de las medidas que se efectúen con motivo de la aplicación de la presente disposición. La observancia, fiscalización y sanción de las obligaciones de las administradoras de fondos de pensiones contenidas en la presente disposición le corresponderá a la autoridad competente dentro de sus atribuciones legales.

Durante la vigencia del estado de excepción constitucional de catástrofe por calamidad pública, el tiempo en que éste sea prorrogado y los 365 días posteriores a su término, los pensionados por renta vitalicia podrán, por una vez y de forma voluntaria, adelantar el pago de sus rentas hasta por el monto equivalente al diez por ciento de los fondos originalmente traspasados a la respectiva compañía de seguros, estableciéndose como monto máximo de pago por adelantado ciento cincuenta unidades de fomento.

El pago por adelantado de las rentas será único y su valor se descontará a prorrata de las rentas que resten por pagar al asegurado vitalicio, utilizando para dicho cálculo las condiciones vigentes en el momento del traspaso de sus fondos previsionales a la compañía de seguros respectiva.

El procedimiento de solicitud, la exención de todo tipo de gravámenes e impuestos y las demás regulaciones, que no se opongan al presente artículo, se ajustarán a lo prescrito en la disposición trigésima novena transitoria de esta Constitución. El procedimiento para exigir el pago de deudas originadas por obligaciones alimentarias se sujetará a la ley.



	<p>Estarán impedidos de solicitar el retiro a que se refiere esta disposición las personas cuyas rentas o remuneraciones se regulen de conformidad a lo dispuesto en el artículo 38 bis de esta Constitución, con excepción de los trabajadores a honorarios. Para efectos de verificar lo anterior, en el momento de realizar la solicitud, el afiliado deberá presentar ante la respectiva administradora de fondos de pensiones una declaración jurada simple en la cual dé cuenta que no se encuentra en la situación descrita.</p> <p>Quienes hubieren hecho ejercicio del derecho establecido en esta disposición podrán aumentar en un punto porcentual la cotización obligatoria señalada en el artículo 17 del decreto ley N° 3.500, de 1980, al 11 por ciento de sus remuneraciones y rentas imponibles, por un período mínimo de un año a contar del mes siguiente a aquel en que comuniquen la decisión a la administradora de fondos de pensiones a la que estén afiliados, y hasta por el plazo que estimen pertinente, debiendo asimismo comunicar a la administradora su decisión de revertir el aumento en la cotización. Esta cotización adicional se regirá por todas las disposiciones aplicables a la cotización legal obligatoria.</p> <p>Sin perjuicio de lo anterior, quienes hubieren hecho ejercicio del derecho a retiro establecido en esta disposición, podrán recibir un aporte fiscal a la cuenta individual por cada año en que se postergue la pensión. El monto del aporte fiscal establecido en este inciso y la forma en que se percibirá serán determinados en una ley de quórum calificado”.</p>
--	--

Ambos proyectos de reforma son idénticos en su sentido y propósito, incluso repitiendo, en varias hipótesis, exactamente la misma regulación e idénticas expresiones. Esto es, en materia de autorizar un retiro del 10% desde las cuentas de capitalización individual, su excepcionalidad y voluntariedad, los límites del retiro, la exención, forma de pago, procedimiento de retiro y el tratamiento para deudas alimentarias, el aumento voluntario de la cotización voluntaria (aunque difieren en que una es del 5% y la otra del 1%). En realidad, ambos proyectos directamente se relacionan o dependen del retiro de los fondos previsionales existentes en las cuentas de capitalización.



Las únicas dos diferencias relevantes entre ambos proyectos son, por una parte, el inciso final del Proyecto de nuevo retiro que aquí impugnamos, en tanto se prevé una regla confusa de auto competencia, mediante la cual el H. Congreso Nacional se auto confiere una potestad para regular en el futuro aportes a las cuentas de aquellos que retiraron sus fondos, con infracción a todo lo que en el Requerimiento hemos señalado; y la creación por vía de una disposición transitoria del pago anticipado de rentas vitalicias, que ya cuestionamos.

2. La sentencia de este Excmo. Tribunal Constitucional, STC Rol N° 9797-2020.

Como lo señalamos anteriormente, este Excmo. Tribunal en STC Rol N° 9797-2020, acogió en su totalidad el requerimiento presentado por este Presidente de la República en contra del proyecto de reforma constitucional del segundo retiro, señalando que era inconstitucional en su integridad, por vulnerar los artículos 1, 6, 7, 19 N° 18, 65 inciso cuarto N° 6 y 127 de la Constitución, esto es, por incidir –afectándolo- en el derecho fundamental de seguridad social, desconocer la iniciativa exclusiva del Presidente de la República en materias que la Constitución le atribuye a éste, no pudiendo alterar las bases del régimen jurídico mediante una pretendida reforma constitucional sobre materias propias de ley, e infringiendo, en consecuencia, directamente, la supremacía constitucional, atribuyéndose dicho proyecto de reforma constitucional una competencia, autoridad y derechos que no le competen.

Como es mínimamente lógico, la STC Rol N° 9797-2020 de este Excmo. Tribunal tiene los efectos previstos en la Constitución, en el sentido que dicha sentencia vincula, al menos, a los órganos del Estado que comparecieron –como son la H. Cámara de Diputados y el H. Senado-, ejerciendo todos los derechos de parte en el proceso constitucional deliberativo, expresando oralmente sus argumentos, en suma, son sujetos activos y partes en el proceso constitucional seguido. Unas semanas después de dictada la STC Rol N° 9797-2020, casi como una burla, se presenta una nueva reforma constitucional con el mismo contenido del proyecto de reforma constitucional del segundo retiro que ya este Excmo. Tribunal declaró contrario a derecho, por los mismos parlamentarios, todo lo cual parece sencillamente un intento de desafiar una sentencia que le es vinculante. Es más, esta vez, el H. Congreso Nacional utiliza las disposiciones transitorias para desconocer una sentencia del Excmo. Tribunal Constitucional, sin respetar la separación de poderes ni la garantía de la supremacía constitucional. Además, implica negar la posición, atribuciones y seriedad de las tareas que la Constitución confía al Excmo. Tribunal Constitucional. Ello podría comprenderse en un ambiente académico o de mera especulación periodística, pero es inaceptable en órganos constitucionales cuyos integrantes han jurado respetar la Constitución Política.



El primer problema que zanja el fallo de este Excmo. Tribunal Constitucional se refiere a la competencia que dicho órgano posee para conocer y resolver sobre una reforma constitucional, real o aparente, lo que había sido cuestionado por los Órganos Colegisladores.

Como es de público conocimiento, el proyecto que el Excmo. Tribunal Constitucional consideró contrario a la Constitución se trataba, en lo formal, de una supuesta reforma constitucional que proponía incorporar una disposición transitoria a la Constitución para subrepticamente transgredir, afectar e incidir en el articulado permanente de la Carta Fundamental, sin reformarla expresamente y saltándose los quórums que exige el artículo 127 de la Constitución, en relación a los derechos fundamentales y la iniciativa exclusiva del Presidente de la República. En lo sustantivo, el proyecto de reforma constitucional del segundo retiro impugnado, en esa ocasión, disponía y autorizaba a los cotizantes el retiro de un 10% de los fondos previsionales acumulados en las cuentas de capitalización individual, que regula el sistema de pensiones del DL N° 3500 y sus modificaciones; dentro de ciertos límites, en un breve plazo, sin carácter de “renta” para efectos impositivos y con posibilidades de subrogación judicial para el pago de deudas alimentarias.

Lo primero que este Excmo. Tribunal Constitucional sostiene en su fallo es su plena competencia para conocer y revisar la constitucionalidad de reformas constitucionales, dada la amplitud que le concede su normativa -cuestiones de constitucionalidad- y el carácter de máximo defensor de la Constitución. Ello incluye la revisión de una reforma constitucional, tanto desde el punto de vista del respeto de ésta de las reglas formales y al procedimiento constitucional para su vigencia, como a los límites sustantivos de dicha reforma, que este Excmo. Tribunal advierte se encuentran en los derechos fundamentales y en las Bases de la Institucionalidad.¹⁵⁶

¹⁵⁶ Señaló en su considerando 6°: “no resulta coherente sostener que su máximo defensor -el Tribunal Constitucional- solo podría controlar que las leyes se ciñan al procedimiento y se ajusten a las formalidades exigidas en su preceptiva, más no a las normas sustanciales llamadas justamente a producir efectos jurídicos directos por sobre los actos del legislador”. Agregó en el considerando 7°: “Que, la circunstancia de que el Capítulo XV de la Carta no prevea allí límites materiales a la ley de reforma constitucional, como enfatiza la Cámara de Diputados en este caso, no implica que no las tenga, muy explícitamente, en aquella parte de la misma Constitución destinada a estos efectos. Tal como el artículo 66, al reglar las distintas mayorías parlamentarias con que han de aprobarse las leyes tampoco indica lindes sustanciales o materiales, es obvio, sin embargo, que le son enteramente aplicables los límites al poder político que contemplan los capítulos I, “Bases de la Institucionalidad”, y III, “De los derechos y deberes constitucionales”, que estatuye el ordenamiento supremo vigente”. Sostuvo en el considerando 14°: “Que, establecido el poder-deber que recae sobre el Tribunal Constitucional para examinar los posibles vicios de forma y de fondo que aquejarían a un proyecto de ley de reforma constitucional y que las tantas veces demandada “deferencia con el legislador” no comporta pasar por alto sus antijuricidades, aunque las inspire un benévolo o vehemente propósito, en todo caso conviene puntualizar que no por ello cualquier defecto adventicio o secundario podría justificar una declaración de inconstitucionalidad, sin dañar el sentido de las proporciones. Es en este entendido que la presente sentencia encontrará justificación en la infracción directa a las disposiciones que se señalarán de los



El segundo problema –atingente al fondo- que abordó este Excmo. Tribunal Constitucional se refiere a si, mediante una disposición transitoria, es admisible instaurar un mecanismo de retiro de los fondos previsionales que los cotizantes han acumulado en las cuentas de capitalización individual que el sistema de pensiones regula.

En su fallo de fondo, este Excmo. Tribunal sostuvo que el proyecto de reforma constitucional del segundo retiro cuestionado invadía las competencias exclusivas del Presidente de la República en materia de seguridad social, infringiendo los artículos 6° y 7° de la Constitución, sobre jurisdicción y principio de separación de poderes contemplado en la Constitución; siendo posible su modificación solo por ley que respete quórum de la iniciativa presidencial.¹⁵⁷

Concluyó, además, que el referido proyecto de reforma constitucional vulneraba el derecho a la seguridad social (artículo 19 N° 18 de la CPR) porque siendo las cuentas de capitalización individual de propiedad del afiliado éstas tienen un fin, determinado por ley, amparado por la Constitución; el derecho a la seguridad no es de aquellos derechos que pueda ser afectado por el estado de excepción constitucional; y bajo la jurisprudencia del Excmo. Tribunal es inconstitucional por vulnerar los quórums que exige el artículo 127 sobre reforma constitucional.¹⁵⁸

capítulos I y III de la Constitución, plenamente vigentes, en tanto y en cuanto representan la esencia de un Estado de Derecho...”

¹⁵⁷ STC Rol N° 9797-20, considerandos 1°, 2° y 23°.

¹⁵⁸ Afirmó en la STC Rol N° 9797-20, en el considerando 15°: “*Que, a continuación, procede descartar de plano la alegación de que el Proyecto bajo examen, al consagrar una “excepción”, no remitiría a la única regla general con que es posible lógicamente conectarlo, que es la consagrada en los artículos 19 N° 18, y 65, inciso cuarto, N° 6 de la Constitución. Aducir que el Proyecto no se encuentra vinculado con estas reglas constitucionales, que versan sobre la seguridad social, implica aceptar el contrasentido de que las palabras tendrían el poder realizativo de alterar la realidad, o que la transducción de un texto podría desatender su exacto contenido y tenor literal*”. Por su parte, en el considerando 16° señaló “... *la cuestión constitucional no radica en elucidar si una Ley de Reforma Constitucional requiere o no de esa iniciativa presidencial, sino que revierte en determinar si el legislador a través de una enmienda constitucional tiene o no competencia para avocarse la materia, atribuirle la condición de reforma constitucional a lo que en el fondo es una ley, y actuar de esta forma paralelamente con el Jefe de Estado, o relevándolo derechamente en su función como colegislador*.”. En el considerando 19° sostuvo: “*Que, como se puede observar, la residencia de este género de asuntos en el Jefe de Estado no ha obedecido al mero afán teórico de exacerbar el régimen presidencial; tampoco a razones inmoderadas de ocluir el parlamentarismo o toda acción del Congreso Nacional. Lo ha sido, si bien se repara, por motivos basados en la experiencia práctica y que el presente caso contribuye a corroborar. Puede concederse entonces que el Proyecto de Ley examinado no “modifica” formalmente las normas de seguridad social imperantes, como han puesto de resalto las defensas de órganos legislativos en estos autos. Pero no puede desconocerse que éste obviamente “incide” en el sistema vigente de seguridad social, al producir aquellos efectos o consecuencias que -como es de público conocimiento- han hecho notar destacados personeros del Banco Central y del Ministerio de Hacienda, tanto como especialistas de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico, OCDE, y del Banco Mundial;*”. Además, en el considerando 21° señaló “*Que, despejado lo anterior, corresponde encadenar lo dicho con una premisa mayor prevista por nuestro ordenamiento positivo, consagrada - dentro del capítulo I “Bases de la Institucionalidad”- en el artículo 6° de Constitución Política de la República de Chile: “Los órganos del Estado deben someter su*



Esta somera síntesis del sustantivo fallo de este Excmo. Tribunal Constitucional, con sus profundos considerandos citados a pie de página, permite concluir, sin lugar a dudas de ninguna especie, que el Proyecto, que autoriza un nuevo retiro del 10% de los fondos previsionales acumulados, la no inclusión del retiro como renta para efectos tributarios, la facultad de subrogación judicial para solventar deudas alimentarias y el procedimiento de retiro, aspectos, todos, que regulaba el proyecto de reforma constitucional del segundo retiro

acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella, y garantizar el orden institucional de la República” (inciso 1°). Sobre este particular, la STC Rol N° 8123-20 ha sido suficientemente explícita en cuanto a que el deber de lealtad constitucional exige su acatamiento, lo que es emanación directa de la supremacía de la Carta Fundamental, al estructurar el Estado Constitucional de Derecho, por lo que no respetarlo genera el indefectible resultado de mermar la institucionalidad toda. En el caso de los titulares de los poderes públicos se traduce en un deber general de realizar sus funciones de conformidad con aquel deber (c 25°, Rol N° 8.123). El artículo 7°, por su parte, constriñe a todos los órganos del Estado, sin exclusión, a actuar “dentro de su competencia y en la forma que prescriba la ley” (inciso 1°), para luego repetir - perfeccionándola- una regla prohibitiva muy preciada para el derecho nacional, que viene de la Constitución de 1833 (como artículo 160) y también se encuentra en la de 1925 (como artículo 4°): “Ninguna magistratura, ninguna persona ni grupo de personas puede atribuirse, ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se les hayan conferido en virtud de la Constitución y las leyes” (inciso 2°), bajo pena de nulidad ipso iure si lo hicieren (inciso 3°). Apenas aparece necesario destacar que son estas normas, observadas inveteradamente desde 1833, las que han permitido suprimir en Chile las aciagas prácticas de usurpación de funciones y hacer vívido el principio de juridicidad, único remedio a los males de anarquía institucional que suelen aquejar a los países y único capaz de impedir su repetición con esta u otras constituciones futuras;”. El considerando 22° señaló: “Cree, en este entendido, el Tribunal Constitucional que el Proyecto de Ley objetado absorbe una competencia que está expresamente entregada para ser ejercida solo por medio de una ley de quórum calificado de exclusiva iniciativa presidencial, sin que a los órganos parlamentarios les sea dable capturarla a pretexto de acontecer una situación “excepcional” o arguyendo el aforismo de que “si puede lo más (reformular la constitución), puede lo menos (legislar)”, comoquiera que ello distorsiona complementemente los preceptos constitucionales pre copiados, que revisten la calidad de normas de Derecho Público y no de derecho privado, donde sí se puede hacer todo lo que no está expresamente prohibido”. Asimismo, el considerando 23° señaló: “... Por tanto, dado que la materia de que se trata solo puede ser objeto de una ley de quórum calificado de iniciativa presidencial, con arreglo a la normativa constitucional vigente, el autor del Proyecto de Ley cuestionado carece de competencia para actuar en la misma; sin que su injerencia en dicha competencia ajena se valide por enfrentar el país circunstancias extraordinarias o a pretexto de una supuesta falta de acción del gobierno constituido;”. El considerando 25° sostuvo: “Que, tocante ahora específicamente al derecho a la seguridad social, interesa destacar que, acorde al artículo 19, N° 18, de la Carta Fundamental, las cotizaciones previsionales que conforman los respectivos fondos de las cuentas de capitalización individual “son de propiedad del trabajador, para garantizar efectiva y adecuadamente prestaciones de seguridad social vinculadas a estado de necesidad que son consecuencia de la vejez y sobrevivencia, esto es jubilaciones y montepíos” (STC Roles N°s 519-06, considerando 14°; 3722-17 considerando 19°, y 5747-18, considerando 7°)...”. El considerando 26°: “... Esto es, ya que tales fondos tienen un destino predeterminado, amparado por la Constitución, no es lícito darles otra aplicación pública diferente de aquellas que justificaron su creación, a menos que se establezca un nuevo estado de necesidad y sin mengua para dicho acervo;”. Asimismo, el considerando 27° expresó: “Que, luego, obligado es decir que el derecho a la seguridad social no es de aquellos que pueda ser afectado durante los estados de excepción constitucional, regulados taxativamente en los artículos 39 y siguientes de la Constitución...”. El considerando 30° señala: “Que, esta ha sido también la posición de esta Magistratura en alguno de los casos en que ha debido pronunciarse sobre reformas constitucionales, al señalar que el artículo 127 inciso final “permite deducir dos conclusiones: a) que supletoriamente, y en lo no previsto en el Capítulo XV sobre “Reforma de la Constitución”, a la tramitación de las modificaciones constitucionales, se aplican las normas sobre formación de la ley, y b) que en tal situación deben respetarse siempre los quórums de las dos terceras partes de los diputados y senadores en ejercicio si la reforma recayere sobre los Capítulos I, III, VIII, XI, XII o XV, y de las tres quintas partes de dichos parlamentarios en ejercicio en los demás casos” (Rol N° 464- 06, considerando 3°). El proyecto de reforma constitucional requiere, entonces, para ser aprobado, el voto conforme de dos tercios de los senadores y diputados en ejercicio, lo cual justifica declarar la inconstitucionalidad solicitada también por este concepto, atendido que, como consta en la historia fidedigna de dicha reforma, no fue así considerado en primer trámite constitucional y, en cualquier caso, en su segundo trámite constitucional, ni siquiera se alcanzó dicho quórum...”.



que este Excmo. Tribunal consideró inconstitucional, padece de los mismos defectos de inconstitucionalidad que la STC Rol N° 9797-2020 ya describió.

El tratarse ambos proyectos, el declarado inconstitucional y este “nuevo” proyecto de reforma constitucional, en estas materias, de disposiciones prácticamente idénticas, no cabe sino concluir que se trata de un proyecto igualmente inconstitucional que transgrede los artículos 6°, 7°, 19 N° 18, 65 inciso cuarto N°s 1 y 6, y 127 de la Carta Fundamental.

Como se expondrá más adelante en este Requerimiento, el Proyecto de Reforma Constitucional Impugnado no solo implica afectar las disposiciones señaladas previamente, sino que, además, incumple los deberes de acatar la Constitución que los parlamentarios han jurado respetar, y desconoce el efecto vinculante de las sentencias de este Excmo. Tribunal, habiendo sido partes del proceso constitucional en que dicha sentencia se dictó, como veremos.

3. Los efectos de las sentencias del Excmo. Tribunal Constitucional.

Para analizar la gravedad e importancia de lo que está en controversia ante este Excmo. Tribunal Constitucional creemos que es preciso, previamente, describir la posición y funciones que desde la reforma constitucional de 2005 se le han conferido a este Excmo. Tribunal, garante de la supremacía constitucional y de la protección de los derechos fundamentales en la democracia constitucional, que la Constitución ordena respetar. Si las sentencias del Excmo. Tribunal Constitucional no vinculan –al menos- a los poderes públicos que han jurado acatar la Constitución y que han intervenido en el proceso constitucional que ha concluido con una sentencia y estos pueden renovar, infinitamente, los mismos proyectos declarados inconstitucionales –casi idénticos-, con inmediatez alevosa, entonces, cabe concluir, lo que está en juego ya no es puramente la constitucionalidad de un determinado proyecto de ley o de reforma constitucional, sino que la calidad de tribunal del Excmo. Tribunal Constitucional, la posición de garante de la supremacía constitucional y de defensa de los derechos fundamentales en la democracia constitucional vigente. Veamos este punto con mayor precisión.

Al Excmo. Tribunal Constitucional –después de la reforma constitucional del año 2005- le ha sido asignada una posición y unas funciones cruciales, sin las cuales no se entiende ni puede realizarse la democracia constitucional. La Constitución asume –conjuntamente con los sistemas y ordenamientos constitucionales de postguerra- un modelo de orden político republicano que se caracteriza como “democracia constitucional”, según el cual, en su funcionamiento, operan dos grandes principios o fuerzas. De una parte, impera la idea del gobierno democrático, el que reconoce que las mayorías conducen las grandes



decisiones fundamentales del estado (al decir de Carl Schmitt) y el pueblo, a través de esa regla, escoge a las autoridades que lo conducen (ello se consagra en los artículos 1°, 3°, 4°, 13 a 18 y artículos 24 y siguientes y 46 y siguientes de la Constitución). Pero esta idea de democracia, como principio rector de la conformación de la voluntad del orden estatal, no es absoluta ni tiránica, porque dicha voluntad colectiva se encuentra limitada y restringida por el segundo principio rector que nuestra Constitución reconoce, a saber, el de que los órganos y funciones de los poderes públicos se encuentran restringidos por los derechos fundamentales; normas estas últimas, que se les imponen y que les resultan indisponibles y vinculantes en sus actuaciones (ello se consagra en los artículos 5°, 6°, 12, 19, 20, 21, 76, 92, 95 y 98). De este modo, la mayoría no puede, en nuestro orden constitucional y en casi todos los países constitucionalmente serios, hacer lo que se le plazca, ni sumarse a la aventura circunstancial que le parezca, sino que, se encuentra restringida por un conjunto de principios fundamentales que evitan tales demasías y permiten el respeto de los derechos de los ciudadanos.

La experiencia histórica ha enriquecido la democracia constitucional, y esa experiencia, también, se recepciona en la democracia constitucional chilena y en la Constitución. El fracaso de las constituciones anteriores a la guerra mundial e incluso para algunos, la débil democracia constitucional que consagraba la Constitución de 1925 ha hecho repensar, entre otras instituciones, las tareas y funciones del Excmo. Tribunal Constitucional. Sabemos que para que la mayoría y las autoridades respeten los derechos de los ciudadanos y de la minoría se requiere, amén de una cultura y una práctica constitucional respetuosa de tales principios, al menos dos cosas. Por una parte, y, en primer lugar, que la Constitución sea vista, entendida y aplicada por los poderes y ciudadanos como una norma, esto es, como un texto dotado de supremacía y superioridad respecto de todos los poderes públicos que ella misma instituye y limita y del derecho que estos poderes se encuentran autorizados a dictar. Por ello, el artículo 6° de la Constitución, coincidente con ello, consagra la fuerza normativa y vinculante de la carta al decir: *“los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella”*.

Por la otra, y, en segundo lugar, para que la Constitución sea respetada, ella misma se encarga de instituir y dotar de funciones a un conjunto de órganos (que componen la jurisdicción constitucional y la ordinaria) encargados de invalidar, dejar sin efecto, anular o declarar la nulidad, inaplicar y derogar todo derecho infra constitucional que transgrede sus disposiciones. Al Excmo. Tribunal Constitucional le cabe un papel crucial en ello, determinando, en derecho y en última instancia, lo que la Constitución dice en su articulado (interpretarla); se le confiere la función de resolver las controversias jurídicas centrales de la



democracia y de los poderes públicos; y preservar los derechos fundamentales de los ciudadanos. Todo ello para la existencia de una democracia constitucional plena. Este propio Excmo. Tribunal ha dicho en su reciente fallo sobre esta materia, que es el intérprete final y último de la Constitución y de si los poderes han actuado o no al margen de ella.

La sola enunciación de las ideas anteriores permite comprender la relevancia central que la Constitución le atribuye al Tribunal Constitucional en Chile y su primordial función de “enjuiciar” concentradamente la constitucionalidad de la ley (ya sea de los proyectos de leyes o de las leyes vigentes) o de una reforma constitucional. A este Excmo. Tribunal se le ha confiado –en términos generales- lograr que sean compatibles los dos principios fundamentales que conforman la democracia constitucional, a saber, el genuino impulso y gobierno de la mayoría y el sometimiento de esta fuerza y voluntad a los límites que la Constitución fija. Sin esta tarea atribuida al Excmo. Tribunal Constitucional, la Constitución no sería derecho obligatorio para los poderes públicos y no habría garantía de que el legislador respete los derechos de los ciudadanos ni del sometimiento de sus ideales y designios, expresados en leyes, a derecho.

Este Excmo. Tribunal, entonces, es vital, central y decisivo no solo para un orden político vivido o en aplicación sino para el futuro, la continuidad, paz y la convivencia de todos los chilenos. Se trata de una función pública inestimable de pacificación. Y también se le ha confiado al Excmo. Tribunal Constitucional, a través de las atribuciones de conocer y resolver los distintos procesos constitucionales que se le encargan (artículo 93 de la Constitución) una función de control y ordenación de todo el ordenamiento, depurándolo preventivamente o a posteriori (obligatoria o facultativamente) del derecho creado que infringe los dos principios de la democracia constitucional: la voluntad mayoritaria y el respeto a los derechos de las personas. Al hacerlo, este Excmo. Tribunal indudablemente señala qué es lo que la Constitución dice; cuáles son, en definitiva y concretamente, los derechos que un ciudadano tiene y puede exigir del poder público (en este caso, los trabajadores), delimitando, en consecuencia, el ámbito legítimo de actuación del legislador mayoritario. Para ello es vital no solo el poder de eliminar, anular, derogar o privar de efectos a las leyes o proyectos de leyes o de reforma inconstitucionales, sino también atender a la importancia de las ideas, motivación o fundamentos del fallo que el Excmo. Tribunal Constitucional dicta en cada uno de los procesos. Pero estas tareas constitucionales de pacificación, ordenación, y depuración, dependen genuinamente de la fuerza normativa y de la vinculación de los poderes públicos a los fallos del Excmo. Tribunal Constitucional, íntegramente.



4. La fuerza vinculante de las sentencias del Excmo. Tribunal Constitucional.

El carácter de tribunal de derecho del Tribunal Constitucional, garante de la supremacía constitucional e intérprete de la Constitución dependen, en buena medida, de que sus sentencias sean respetadas. De otra manera, en realidad, el Excmo. Tribunal Constitucional sería un órgano consultivo o un ente que emite recomendaciones, pero no sentencias. Este Excmo. Tribunal se juega su posición de garante de la supremacía e intérprete de la Constitución, en el respeto a sus sentencias que deben los poderes involucrados en el proceso constitucional respectivo y en general, incidiendo en las actuaciones del resto de los poderes públicos (aspecto este último que no incumbe en este proceso constitucional). Es por ello que podemos afirmar que sus sentencias son obligatorias –en primer lugar y decisivamente- para los órganos involucrados en el proceso constitucional: en el caso que nos ocupa para el Presidente de la República, el H. Senado y la H. Cámara de Diputados. Si aquellos que han sido parte en el proceso constitucional respectivo no acatan su fallo –como ha sucedido aquí- es la posición de garante e intérprete del Tribunal Constitucional la que está en juego, relativizándose.

Es lo que se denomina fuerza vinculante directa de un fallo del Tribunal Constitucional. La sentencia de este Excmo. Tribunal Constitucional obliga y tiene fuerza vinculante directa respecto de todos aquellos que son parte en el conflicto constitucional suscitado y que se ha vertido o expresado a través del contencioso del artículo 93 N° 3 de la Constitución, en un doble sentido. Por una parte, la propia constitucional obliga a respetar estrictamente la parte decisoria de la sentencia, al decir que no podrá el proyecto de norma transformarse en ley. El artículo 94 inciso segundo de la Carta Fundamental, fija con claridad el efecto directo de la sentencia del Tribunal Constitucional en materias relativas a los conflictos que se suscitan durante la tramitación de las leyes sobre las “disposiciones” que el Tribunal Constitucional “declara” inconstitucionales: en este caso, “Las disposiciones que el tribunal declare inconstitucionales no podrán convertirse en ley”. Pero este efecto impeditivo, no agota el efecto vinculante directo de la sentencia del Tribunal Constitucional para aquellos que han ejercido o que son parte de la acción que contempla el 93 N° 3 de la CPR.

La interrogante puede formularse así: ¿Puede una de las partes del proceso constitucional desconocer el fallo del Tribunal Constitucional e iniciar la tramitación de un proyecto de reforma constitucional enteramente igual –en las partes que hemos señalado-, desconociendo lo decidido –hace unos pocos días- y defraudando las razones y fundamentos vertidos por el propio Tribunal Constitucional en dicha sentencia? La respuesta a esta pregunta –que es clave para la posición del Tribunal Constitucional en el tramado orgánico de nuestra democracia constitucional- solo puede ser una: de ninguna manera. La sentencia



del Tribunal Constitucional en estos procesos de control abstracto es vinculante directamente en su parte resolutoria para quienes han actuado en el proceso constitucional respectivo y también los fundamentos con arreglo a los cuales se ha arribado a esa decisión. para aquellos que son parte de dicho proceso. Y es por ello que estamos recurriendo ante este Excmo. Tribunal por segunda vez: para que haga cumplir su fallo –como veremos- ante la pertinaz actitud de algunos parlamentarios en este sentido.

5. El control “à double détente” del Conseil Constitutionnel francés como referencia o parámetro para la solicitud de un nuevo pronunciamiento.

Para nadie es un secreto que nuestro régimen de control constitucional tiene múltiples influencias de aquellos sistemas constitucionales exitosos a lo largo del mundo. Sin embargo, la influencia del sistema francés en el mecanismo de control constitucional preventivo de la ley es paradigmática, pues dicho sistema es uno de los pocos que aún conserva -al igual que nuestro país- un control constitucional antes de la promulgación de las leyes (artículo 61 de la Constitución Francesa de 1958, hoy vigente).¹⁵⁹ Tampoco debiera causar sorpresa que el artículo 62 de la Constitución Francesa, sea muy parecido al artículo 94 de nuestra Constitución. Dice la disposición de la Constitución Francesa:

“Une disposition déclarée inconstitutionnelle sur le fondement de l'article 61 ne peut être promulguée ni mise en application. Une disposition déclarée inconstitutionnelle sur le fondement de l'article 61-1 est abrogée à compter de la publication de la décision du Conseil constitutionnel ou d'une date ultérieure fixée par cette décision.”

Como se puede apreciar, al igual que la Constitución, en Francia “Una disposición declarada inconstitucional sobre la base del artículo 61, no puede ser promulgada ni aplicada.” Dice también que “Las decisiones del Consejo Constitucional no son susceptibles de recurso alguno.”, frase muy similar a “Contra las resoluciones del Tribunal Constitucional no procederá recurso alguno” del artículo 94 inciso primero de la Constitución.

Atendida la inmensa similitud del control constitucional que ejerce el Tribunal Constitucional, y de la influencia de este en nuestras normas constitucionales, se hace necesario explicar y anotar cómo ha sido el problema planteado por el incumplimiento de un

¹⁵⁹ Dice dicha disposición: “Les lois organiques, avant leur promulgation, les propositions de loi mentionnées à l'article 11 avant qu'elles ne soient soumises au référendum, et les règlements des assemblées parlementaires, avant leur mise en application, doivent être soumis au Conseil constitutionnel qui se prononce sur leur conformité à la Constitution. Aux mêmes fins, les lois peuvent être déférées au Conseil constitutionnel, avant leur promulgation, par le Président de la République, le Premier ministre, le président de l'Assemblée nationale, le président du Sénat ou soixante députés ou soixante sénateurs. Dans les cas prévus aux deux alinéas précédents, le Conseil constitutionnel doit statuer dans le délai d'un mois.”



fallo, por parte de la Consejo Constitucional Francés (en adelante, “**CCF**”). Estimamos de gran importancia citar el caso francés, porque como se sabe ese modelo sirvió de paradigma para diseñar el Tribunal Constitucional de la Constitución de 1925 (como muestran las actas parlamentarias de la década del sesenta), el que, luego, influyó decisivamente en la Constitución de 1980.

En los sistemas constitucionales que poseen controles preventivos de constitucionalidad de la ley (como el nuestro) el problema que suscita el incumplimiento de la sentencia del Tribunal Constitucional está ya resuelto. Siempre es posible que una mayoría parlamentaria y un Poder Ejecutivo del mismo signo pretendan incumplir la sentencias por vía directa (sin dejar sin efecto las disposiciones declaradas inconstitucionales o renovando legislativamente las mismas disposiciones) o indirecta (dejando sin cumplir el fondo de lo resuelto en la sentencia). Un sistema de control constitucional no puede dejar que ello acontezca, porque implica desconocer la supremacía constitucional y devaluar o debilitar la posición jurídica del Tribunal Constitucional. En el sistema constitucional francés este problema se suscitó y el CCF, le cerró el paso muy temprano en su jurisprudencia.

En efecto, el CCF ejerce, al menos desde 1959,¹⁶⁰ lo que se ha venido en denominar “*contrôle à double détente*”. Se trata de una técnica jurisdiccional –no legislada– utilizada por dicho órgano con el objeto de asegurar la eficacia de sus decisiones previas, pudiendo declarar por segunda vez una inconstitucionalidad, respecto a las modificaciones que ha sufrido un proyecto justamente a causa de la primera declaración de inconstitucionalidad del CCF. En el segundo pronunciamiento, el órgano constitucional sanciona la inconstitucionalidad basándose en el desconocimiento de sus prescripciones, contenidas principalmente en la parte considerativa de la primera de las sentencias.

Tal como en el Derecho Constitucional chileno, ante la prohibición de que el Tribunal Constitucional pueda volver sobre sus fallos salvo para enmendar cuestiones de hecho (artículo 94 de la Constitución), el CCF no puede entrar a conocer sobre un proyecto ya revisado (artículo 62 de la Constitución francesa), lo cual constituye un obstáculo para dar eficacia a sus pronunciamientos.

Por ello, se ha creado un control de doble vuelta cuya precisa finalidad es asegurar que un primer pronunciamiento se cumpla. Esta doble revisión tiene como objeto de control una disposición que formalmente es distinta, aunque tomando como parámetro material de juicio de constitucionalidad el contenido del primero de los pronunciamientos del CCF, “con el

¹⁶⁰ Decisión n° 59-2 DC del 24 de junio de 1959.



objeto de asegurar el respeto a los principios desarrollados por aquél en su decisión anterior”.¹⁶¹

Es necesario señalar que –tal como sucede con el Excmo. Tribunal Constitucional chileno–, la autoridad de los fallos del CCF no sólo se extiende a lo dispositivo del mismo, sino también a las interpretaciones que constituyen el sustento necesario de lo que en definitiva se ha decidido.¹⁶² Por ello, cuando el CCF pronuncia una declaración de inconstitucionalidad, los motivos de la decisión que se emitieron respecto a una primera versión de la regulación operan como prescripciones para el legislador, pudiendo incluso indicar a este que adopte una nueva disposición sobre la base de esas razones.¹⁶³

El efecto de la sentencia en el contencioso preventivo de constitucionalidad que devuelve el proyecto al Legislativo genera un confinamiento del debate en torno a las razones que el CCF tuvo para declarar la inconstitucionalidad. Por ello, correctamente se ha dicho que:

*“Después del fallo del Consejo, la nueva deliberación del Parlamento queda mucho más acotada y concentrada en la resolución de la inconstitucionalidad — con la sombra de un nuevo juicio del Consejo— y el entrecruzamiento de argumentos parece más flexible respondiendo, además, a condiciones actuales”.*¹⁶⁴

Estas condiciones actuales dicen relación con la inmediatez con la que se resuelven los asuntos (el primer fallo, el debate parlamentario luego de la declaración de inconstitucionalidad y el segundo fallo), así como la “*identidad* sustancial entre los protagonistas”.¹⁶⁵ (el mismo tribunal y el mismo parlamento).

En definitiva, el control operado sobre la nueva versión de la regulación permite el control basado en las prescripciones de la primera sentencia. Este nuevo control puede implicar una decisión de falta de conformidad con la Constitución, dando así aplicación efectiva al primero de los fallos: “en un caso así, es completamente posible para el Consejo

¹⁶¹ Haulbert, Marine, Les techniques juridictionnelles du contrôle de constitutionnalité a posteriori, Université Montpellier I, Faculté de droit et de science politique, 2013, p. 105.

¹⁶² Bergougous, Georges, Le Conseil Constitutionnel et le Législateur, Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel, N° 38, 2013, Dalloz, 2013, p. 16.

¹⁶³ Bergougous, Georges, Le Conseil Constitutionnel et le Législateur, Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel, N° 38, 2013, Dalloz, 2013, pp. 15–16.

¹⁶⁴ López Bofill, Héctor, Formas interpretativas de decisión en el juicio de constitucionalidad de las leyes, Universitat Pompeu Fabra, 2003, p. 223.

¹⁶⁵ López Bofill, Héctor, Formas interpretativas de decisión en el juicio de constitucionalidad de las leyes, Universitat Pompeu Fabra, 2003, p. 223.



censurar la nueva redacción de las disposiciones”.¹⁶⁶ De ahí que, si el CCF, al examinar el respeto efectivo de su interpretación anterior, se da cuenta de que “en realidad se ha convertido en letra muerta, nada le impide sacar las conclusiones necesarias y pronunciar una declaración de inconstitucionalidad”.¹⁶⁷

6. La inconstitucionalidad patente del Proyecto.

Aquí es donde cobra todo su sentido lo señalado en los capítulos anteriores, relativos al efecto vinculante de la sentencia del Excmo. Tribunal Constitucional sobre quienes han sido parte del proceso constitucional. Sostuvimos ahí, y lo reafirmamos aquí, que la sentencia del Excmo. Tribunal Constitucional, debido al imperativo de la supremacía constitucional consignada en el artículo 6° de la Constitución en relación con el artículo 94 de la Carta Fundamental, imponen y vinculan al Presidente de la República y al H. Congreso Nacional tanto a la parte resolutive como considerativa de las sentencias de este Excmo. Tribunal, aunque, ciertamente, en la primera los vincula directamente. En los hechos, la conducta de algunos parlamentarios y de la H. Cámara de Diputados defrauda sus juramentos de respetar la Constitución Política, conforme a la cual fueron elegidos. Volver a presentar un Proyecto casi idéntico al que ya rechazó este Excmo. Tribunal Constitucional al poco tiempo de emitida la STC Rol N° 9797-2020, constituye no solo un desconocimiento de las instituciones constitucionales, sino que además se acerca bastante a la burla.

Los Tribunales Constitucionales dictan sentencias y lo mínimo que se puede esperar es que se respeten sus decisiones.

¹⁶⁶ Haulbert, Marine, Les techniques juridictionnelles du contrôle de constitutionnalité a posteriori, Université Montpellier I, Faculté de droit et de science politique, 2013, p. 106.

¹⁶⁷ Haulbert, Marine, Les techniques juridictionnelles du contrôle de constitutionnalité a posteriori, Université Montpellier I, Faculté de droit et de science politique, 2013, p. 106.



CAPÍTULO VII – CUMPLIMIENTO DE REQUISITOS PARA QUE EL REQUERIMIENTO SEA ACOGIDO A TRAMITACIÓN Y DECLARADO ADMISIBLE

La Constitución, en su artículo 93 N° 3, e inciso cuarto, y la Ley N° 17.997, en su Párrafo 3, Título II, Capítulo II, establecen los requisitos que han de cumplirse para que un requerimiento de inconstitucionalidad en contra de una reforma constitucional sea, primero, acogido a trámite y, luego, declarado admisible.

A continuación, revisaremos cada una de esas exigencias y veremos cómo se cumplen en el presente Requerimiento.

1. El Requerimiento cumple con todos los requisitos necesarios para que sea acogido a tramitación

El Requerimiento cumple con los requisitos para ser acogido a tramitación por este Excmo. Tribunal, de conformidad a los artículos 63 y 65 de la Ley N° 17.997, ya que:

(1) Contiene una exposición clara de los hechos y fundamentos de derecho que le sirven de apoyo.

En efecto, los capítulos Segundo, Tercero, Cuarto, Quinto y Sexto se desarrollan de modo razonado y completo, los fundamentos de hecho y de derecho en que se sustenta.

(2) Señala con precisión la cuestión de constitucionalidad y los vicios que se aducen, identificado claramente las normas que se estiman transgredidas.

La cuestión de constitucionalidad ha sido entendida por este Excmo. Tribunal como “*un desacuerdo, una discrepancia sobre la preceptiva constitucional entre los órganos colegisladores*”.¹⁶⁸

Pues bien, en el presente caso, dicha discrepancia ha sido expuesta durante la tramitación legislativa, y se contiene con detalle en este Requerimiento. En los hechos, esta cuestión de constitucionalidad ha sido formulada con precisión a través de Reservas de Constitucionalidad, que han sido expuesta detalladamente en las sesiones de la Comisión de Constitución de la Cámara, según lo expresado en el Capítulo I de este Requerimiento.

Al formular las reservas de constitucionalidad de que da cuenta la tramitación de este Proyecto de Reforma Constitucional Impugnado, damos la oportunidad a enmendar o cambiar el rumbo de este Proyecto, de modo de no infringir la Constitución.

¹⁶⁸ STC Rol N° 23-84, considerando 4°.



Mediante este Requerimiento interpuesto solicitamos la declaración de inconstitucionalidad del Proyecto de Reforma Constitucional Impugnado por haberse vulnerado durante su tramitación los artículos 1° inciso cuarto, 5, 6°, 7° y 127 de la Constitución, en relación con los artículos 19, N° 18, 20 y 24, 65 inciso tercero e inciso cuarto N°1 y 6. Por las razones expuestas, también se han infringido los artículos 68 y 94 de la Carta Fundamental.

(3) Se acompañan copias íntegras de las actas de sesiones en que se trató el problema y demás antecedentes invocados.

Específicamente, en el primer otrosí de este Requerimiento se acompañan los documentos que dan cuenta de la discusión planteada. Asimismo, en atención a que a la fecha de presentación de este Requerimiento aún no se encuentran públicamente disponibles boletines o informes de sesiones en las que se discutió el Proyecto, en el segundo otrosí se solicita oficiar al H. Congreso Nacional para que los remita.

Por tanto, el Requerimiento cumple con todos los requisitos para ser acogido a tramitación.

2. El Requerimiento cumple con todos los requisitos necesarios para que sea declarado admisible.

Asimismo, el Requerimiento cumple con todos los requisitos establecidos en el artículo 66 de la Ley N° 17.997 para ser declarado admisible, por cuanto:

(1) Ha sido formulado por órgano legitimado.

En efecto, el Requerimiento ha sido presentado por el Presidente de la República y los Ministros de Hacienda, Secretario General de la Presidencia, y del Trabajo y Previsión Social, en uso de una facultad constitucional, consagrada en el artículo 93 inciso primero N° 3 y en el inciso cuarto de dicha disposición, como también las normas pertinentes de la LOCTC ya citadas.

(2) Ha sido deducido en tiempo oportuno.

El Proyecto de Reforma Constitucional Impugnado no ha sido promulgada como ley de la República, y tampoco han transcurrido cinco días desde su despacho por parte del Congreso Nacional, toda vez que este se encuentra en su segundo trámite constitucional, en el H. Senado.

En consecuencia, como S.S. Excma. puede apreciar, se cumplen en el presente caso los requisitos de admisión a trámite y admisibilidad del requerimiento que han establecido la Carta Fundamental y la Ley N° 17.997.



POR TANTO,

en mérito de lo expuesto, y conforme lo dispuesto en los artículos 1° inciso cuarto, 6°, 7°, 19 N° 18, 65 incisos tercero y cuarto N° 1 y 6, 68, 94 y 127; y el artículo 93 inciso primero N° 3 e inciso cuarto, todos de la Constitución Política, y las demás normas citadas de la LOCTC,

PEDIMOS A US. EXCMO.: Se sirva tener por formulado el presente requerimiento de inconstitucionalidad, admitirlo a tramitación, declarándolo admisible y, en definitiva, acogerlo, para que declare contrarios a los artículos 1° inciso cuarto, 5°, 6°, 7°, 19 N° 18, 20 y 24 y 65 incisos tercero y cuarto N° 1 y 6, todos de la Constitución Política y todos en relación al artículo 127 de la misma, como también los artículos 68 y 94 de la Constitución, el proyecto que modifica la Carta Fundamental para establecer y regular un mecanismo excepcional de retiro de fondos previsionales, en las condiciones que indica (Boletines N° 13.950-07, 14.054-07 y 14.095-07 refundidos).

PRIMER OTROSÍ: Se sirva tener por acompañados, bajo el apercibimiento legal que corresponda, los siguientes documentos:

1. Copia de la moción parlamentaria correspondiente al Boletín N° 13.950-07, “Modifica la Carta Fundamental, para establecer y regular un mecanismo excepcional de retiro de parte de los fondos previsionales, en las condiciones que indica”.
2. Copia de la moción parlamentaria correspondiente al Boletín N° 14.054-07, “Modifica la Carta Fundamental, para permitir, a los cotizantes y pensionados del Nuevo Sistema de Pensiones, retirar parte de sus fondos previsionales en las condiciones que indica, y establecer un bono de reconocimiento compensatorio de las sumas retiradas”.
3. Copia de la moción parlamentaria correspondiente al Boletín N° 14.095-07, “Modifica la Carta Fundamental, para permitir, tanto a los cotizantes y pensionados del Nuevo Sistema de Pensiones, como a los del antiguo sistema, retirar un porcentaje de los fondos acumulados en su cuenta de capitalización individual, adelantar el pago de sus rentas, o recibir un bono, en las condiciones que indica”.
4. Copia del oficio N° 16.405, de 25 de enero de 2021 (sic), de la H. Cámara de Diputados que comunica el acuerdo para refundir los proyectos de ley, Boletines N°s 13.950-07, 14.054-07 y 14.095-07.¹⁶⁹
5. Copia del acta de la sesión N° 328, especial, mixta/369° Legislatura, de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento de la H. Cámara de Diputados, de 24 de marzo de 2021.

¹⁶⁹ Si bien este oficio tiene fecha 25 de enero de 2021, la referencia debe entenderse al 25 de marzo de 2021.



6. Copia del acta de la sesión N° 333, especial, mixta/369° Legislatura, de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento de la H. Cámara de Diputados, de 1 de abril de 2021.
7. Copia del acta de la sesión N° 335, especial, mixta/369° Legislatura, de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento de la H. Cámara de Diputados, de 13 de abril de 2021.
8. Copia del informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, recaído en el proyecto que modifica la Carta Fundamental, para establecer y regular un mecanismo excepcional de retiro de parte de los fondos previsionales, en las condiciones que indica (Boletines 13.950-07, 14.054-07 y 14.095-07, refundidos), de fecha 13 de abril de 2021.
9. Copia de la síntesis de la sesión N° 19°, especial, Legislatura N° 369°, de la H. Cámara de Diputados, celebrada con fecha 15 de abril de 2021.
10. Copia del oficio N° 16.467, de 15 de abril de 2021, de la H. Cámara de Diputados que comunica la aprobación en general del proyecto que modifica la Carta Fundamental, para establecer y regular un mecanismo excepcional de retiro de parte de los fondos previsionales, en las condiciones que indica (Boletines 13.950-07, 14.054-07 y 14.095-07, refundidos).
11. Copia del certificado de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, recaído en el proyecto que modifica la Carta Fundamental, para establecer y regular un mecanismo excepcional de retiro de parte de los fondos previsionales, en las condiciones que indica (Boletines 13.950-07, 14.054-07 y 14.095-07, refundidos), de fecha 15 de abril de 2021.
12. Copia de la síntesis de la sesión N° 20°, especial, Legislatura N° 369°, de la H. Cámara de Diputados, celebrada con fecha 15 de abril de 2021.
13. Copia del oficio N° 16.474, de 15 de abril de 2021, de la H. Cámara de Diputados que remite al H. Senado el proyecto que modifica la Carta Fundamental, para establecer y regular un mecanismo excepcional de retiro de parte de los fondos previsionales, en las condiciones que indica (Boletines 13.950-07, 14.054-07 y 14.095-07, refundidos).
14. Copia de la presentación realizada por el Presidente del Banco Central, Mario Marcel, “Proyecto de reforma constitucional para establecer un tercer retiro de ahorros previsionales”, en la sesión de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del H. Senado, 19 de abril de 2021.
15. Copia de la presentación realizada por el Superintendente de Pensiones, Osvaldo Macías, “Efectos eventual tercer retiro de fondos”, en la sesión de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del H. Senado, 19 de abril de 2021.



16. Copia del informe en Derecho, Patricio Zapata, “Derechos Fundamentales y Transitoriedad. Un análisis jurídico/constitucional de los proyectos de Reforma Constitucional que, con motivo de la calamidad pública provocada por la Pandemia del Covid-19, obligan a ciertas empresas a pagar anticipadamente hasta 150 UF a personas que, al momento de pensionarse, optaron por Rentas Vitalicias (Boletines Números 13.763-07 y 13.764-07)”, 27 de octubre de 2020.
17. Copia del informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, recaído en el proyecto de reforma constitucional refundido que modifica la Carta Fundamental para permitir el retiro excepcional de fondos acumulados en compañías de seguros, bajo la modalidad de rentas vitalicias (Boletines N°s 13.763-07, 13.764-07 y 13.819-07), de fecha 6 de enero de 2021.
18. Copia del oficio N° 16.194, de 13 de enero de 2021, de la H. Cámara de Diputados que remite para archivo el expediente de tramitación del proyecto que modifica la Carta Fundamental para permitir el retiro excepcional de fondos acumulados en compañías de seguros, bajo la modalidad de rentas vitalicias (Boletines N°s 13.763-07, 13.764-07 y 13.819-07).

SEGUNDO OTROSÍ: Que, para efectos de dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 63 de la Ley N° 17.997, y atendido que a la fecha de interposición del Requerimiento no se han publicado los boletines o informe de las sesiones en las que se discutió el Proyecto de Reforma Constitucional Impugnada tanto en la Sala de la H. Cámara de Diputados como ante la Comisión de Constitución del Senado, solicitamos a S.S. Excma. que se oficie a dichas Corporaciones a fin de que se acompañe a esta Excma. Magistratura, respectivamente:

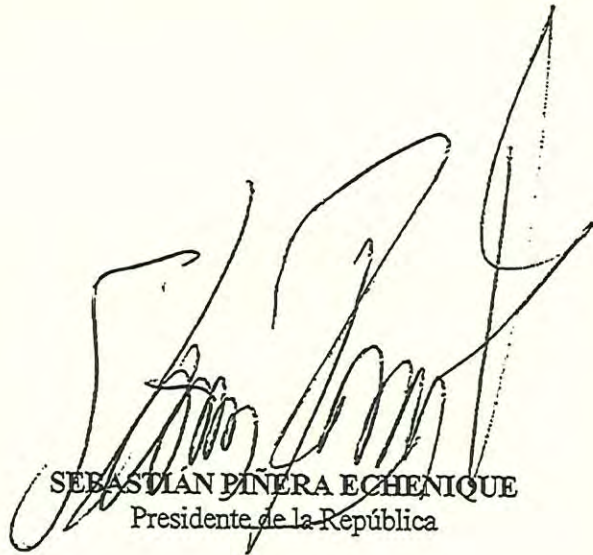
1. Copia del boletín de la sesión N° 19°, especial, Legislatura N° 369°, de la H. Cámara de Diputados, celebrada con fecha 15 de abril de 2021.
2. Copia del acta de la sesión N° 338, especial, mixta/369°, Legislatura, de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento de la H. Cámara de Diputados, de 15 de abril de 2021.
3. Copia del boletín de la sesión N° 20°, especial, Legislatura N° 369°, de la H. Cámara de Diputados, celebrada con fecha 15 de abril de 2021.
4. Copia del informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del H. Senado, recaído en el proyecto que modifica la Carta Fundamental, para establecer y regular un mecanismo excepcional de retiro de parte de los fondos previsionales, en las condiciones que indica (Boletines 13.950-07, 14.054-07 y 14.095-07, refundidos), de fecha 19 de abril de 2021.

TERCER OTROSÍ: En conformidad a lo dispuesto en 66 de la Ley N° 17.997, solicito a S.S. Excma. disponer se oigan alegatos para decidir la admisibilidad del requerimiento, sólo en caso de estimarlo necesario.



CUARTO OTROSÍ: En este acto, para todos los efectos, y de conformidad a lo dispuesto en el artículo 43 de la Ley N° 17.997, vengo en solicitar a S.S Excma., disponer que se oigan alegatos respecto del fondo del requerimiento que se deduce en lo principal de este escrito.

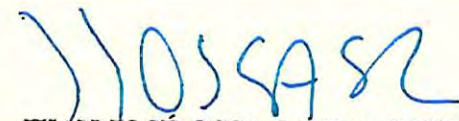
QUINTO OTROSÍ: Solicito a S.S. Excma. tener presente que designo como abogados patrocinantes y confiero poder a don **GASTÓN GÓMEZ BERNALES** y a don **JOSÉ FRANCISCO GARCÍA GARCÍA**, ambos habilitados para el ejercicio de la profesión y domiciliados para estos efectos en el Palacio de la Moneda, comuna y ciudad de Santiago, para que actúen conjunta o separadamente.

SEBASTIAN PINERA ECHENIQUE
 Presidente de la República



RODRIGO CERDA NORAMBUENA
 Ministro de Hacienda



JUAN JOSÉ OSSA SANTA CRUZ
 Ministro
 Secretario General de la Presidencia



PATRICIO MELERO ABAROA
 Ministro del Trabajo y Previsión Social

GASTON Firmado
 ALFONSO digitalmente por
 GOMEZ GASTON ALFONSO
 BERNALES GOMEZ BERNALES
 Fecha: 2021.04.19
 19:31:26 -04'00'

JOSE Firmado
 FRANCISC digitalmente por
 O GARCIA JOSE FRANCISCO
 GARCIA GARCIA GARCIA
 Fecha: 2021.04.19
 19:56:15 -04'00'



ÍNDICE

CAPÍTULO I – ANTECEDENTES DEL PROYECTO	14
1. Orígenes del Proyecto de Reforma Constitucional Impugnado.....	14
2. Tramitación del Proyecto de Reforma Constitucional Impugnado en primer trámite constitucional en la H. Cámara de Diputados	24
3. Oficio de ley a la cámara revisora.....	34
4. Tramitación del Proyecto de Reforma Constitucional Impugnado en el H. Senado.....	39
5. Planteamiento de la cuestión de constitucionalidad. Reservas de constitucionalidad en la tramitación del Proyecto ante la H. Cámara de Diputados.....	41
CAPÍTULO II – PRIMERA INFRACCIÓN CONSTITUCIONAL: AL ARTÍCULO 127 DE LA CPR EN RELACIÓN AL ARTÍCULO 6 Y 7 DE LA MISMA, EN LA TRAMITACIÓN DE LA REFORMA, MEDIANTE DISPOSICIONES TRANSITORIAS DE LA CONSTITUCIÓN	45
1. Supuestos inconstitucionales en los que reposa el Proyecto y que se deben identificar desde el comienzo.....	45
2. Inconstitucionalidad del Proyecto. Infracción al Capítulo XV y al artículo 127 de la CPR, en relación con los artículos 6° y 7° de la misma (lesión a la supremacía de la Constitución, el sistema de fuentes y a la jerarquía normativa de la Carta Fundamental)	47
2.1. El poder constituyente “originario” y “derivado”	48
2.2. El derecho que regula la reforma o enmienda de la Constitución (Capítulo XV de la CPR)	51
3. Todo lo anterior nos obliga a profundizar en la naturaleza de las llamadas disposiciones transitorias. Naturaleza jurídico-constitucional de las disposiciones transitorias. Síntesis de la práctica constitucional bicentenaria.....	58
4. Síntesis de la inconstitucionalidad del Proyecto de Reforma.....	61
CAPÍTULO III – SEGUNDA INFRACCIÓN CONSTITUCIONAL: AL DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL DEL ARTÍCULO 19 N° 18 DE LA CPR EN RELACIÓN AL ARTÍCULO 127 DE LA CPR	64
1. Sobre el derecho a la seguridad social en la tradición constitucional chilena y en la Carta Fundamental actual.....	65
1.1. Antecedentes generales e históricos del derecho a la seguridad social.....	65
1.2. El derecho a la seguridad social en la Carta Fundamental actual	67
2. El Proyecto es inconstitucional al modificar, con infracción al artículo 127 de la CPR, las disposiciones permanentes referidas al ejercicio del derecho a la seguridad social.	71
3. La inconstitucionalidad del Proyecto: infracción al Capítulo XV y al artículo 19 N° 18 de la Constitución	75
4. Una inconstitucionalidad adicional: el Proyecto debe votarse acorde al quórum establecido para dicha disposición (2/3) al alterar reglas consagradas en el artículo 19 N° 18 de la CPR.....	77
CAPÍTULO IV – TERCERA INFRACCIÓN CONSTITUCIONAL: ESTATUTO DE LA INICIATIVA EXCLUSIVA LEGISLATIVA DEL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA (ARTÍCULO 65 INCISOS TERCERO Y CUARTO N° 1 Y 6), EN RELACIÓN AL ARTÍCULO 127 DE LA CPR	79
1. El estatuto constitucional de la iniciativa legislativa exclusiva presidencial	80
1.1. Evolución de esta institución en nuestra tradición constitucional.....	81
1.2. En la jurisprudencia de este Excmo. Tribunal.....	88
1.3. Conclusiones de una práctica histórica.	92



2. El Proyecto infringe el artículo 65 inciso tercero en relación al artículo 127 de la CPR, al crear una nueva regla de iniciativa legislativa a los parlamentarios en materia de administración financiera y presupuestaria del Estado..... 93
3. El Proyecto infringe el artículo 65 inciso cuarto N° 1 en relación al artículo 127 de la CPR, al incorporar una nueva regla en materia de iniciativa parlamentaria en materia de tributos, permitiendo, de manera específica, introducir una exención tributaria 95
4. El Proyecto infringe el artículo 65 inciso cuarto N° 6 en relación al artículo 127 de la CPR al introducir una nueva regla de iniciativa parlamentaria en materia de seguridad social. 96
5. La práctica parlamentaria de modificación expresa del artículo 65 de la CPR en materia de iniciativa legislativa exclusiva del Presidente de la República, refuerza nuestro argumento 97

CAPÍTULO V – CUARTA INFRACCIÓN CONSTITUCIONAL: AL ARTÍCULO 19 N° 20 Y N° 24, Y ARTÍCULO 68, EN RELACIÓN AL ARTÍCULO 127 DE LA CPR. 99

1. Modalidades de pensión que contempla el sistema previsional chileno. En particular, la renta vitalicia. 99
2. El Proyecto es inconstitucional al modificar, con infracción al artículo 127 de la CPR, las disposiciones permanentes referidas al derecho de propiedad (artículo 19 N° 24 de la CPR) y a la igualdad ante las cargas públicas (art. 19 N° 20 de la CPR)..... 103
3. Una inconstitucionalidad adicional: el Proyecto debe votarse acorde al quórum establecido para dicha disposición (2/3) al alterar reglas consagradas en el artículo 19 N° 20 y 24 de la CPR. 109
4. Una inconstitucionalidad final de naturaleza formal: el Proyecto infringe el artículo 68 de la CPR; imposibilidad de renovar antes de un año un proyecto desechado en general por la cámara de origen. 110

CAPÍTULO VI – QUINTA INFRACCIÓN CONSTITUCIONAL: A LOS ARTÍCULOS 6°, 7° Y 94 DE LA CPR, POR INCUMPLIMIENTO DE LO RESUELTO EN STC ROL N° 9797-2020 114

1. El Proyecto de Reforma Constitucional Impugnado reedita el proyecto de reforma constitucional del segundo retiro, que ya este Excmo. Tribunal declaró inconstitucional. Comparación de los proyectos..... 115
2. La sentencia de este Excmo. Tribunal Constitucional, STC Rol N° 9797-2020. 122
3. Los efectos de las sentencias del Excmo. Tribunal Constitucional..... 126
4. La fuerza vinculante de las sentencias del Excmo. Tribunal Constitucional. 129
5. El control “à double détente” del Conseil Constitutionnel francés como referencia o parámetro para la solicitud de un nuevo pronunciamiento..... 130
6. La inconstitucionalidad patente del Proyecto..... 133

CAPÍTULO VII – CUMPLIMIENTO DE REQUISITOS PARA QUE EL REQUERIMIENTO SEA ACOGIDO A TRAMITACIÓN Y DECLARADO ADMISIBLE 134