



2022

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Sentencia

Rol 11560-2021

[26 de abril de 2022]

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR
INCONSTITUCIONALIDAD RESPECTO DEL ARTÍCULO ÚNICO,
INCISOS DOCE, TRECE Y CATORCE, DE LA LEY N° 21.330

4 LIFE SEGUROS DE VIDA S.A.

EN EL PROCESO ROL N° 264-2021 (CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO), SOBRE
RECLAMO DE ILEGALIDAD, SEGUIDO ANTE LA CORTE DE APELACIONES DE
SANTIAGO

VISTOS:

4 LIFE Seguros de Vida S.A. acciona de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto de “los incisos 12°, 13° y 14° de la de la Disposición Quincuagésima Transitoria de la Constitución Política de la República incorporada por el artículo único de la Ley N° 21.330”, que modifica la carta fundamental, para establecer y regular un mecanismo excepcional de retiro de fondos previsionales y anticipo de rentas vitalicias, en las condiciones que indica, en el proceso Rol N° 264-2021 (Contencioso Administrativo), sobre reclamo de ilegalidad, seguido ante la Corte de Apelaciones de Santiago.

Precepto legal cuya aplicación se impugna

El texto de los preceptos impugnados dispone:



“Ley N° 21.330, que modifica la carta fundamental, para establecer y regular un mecanismo excepcional de retiro de fondos previsionales y anticipo de rentas vitalicias, en las condiciones que indica,

(...)

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

QUINCUAGÉSIMA. (...)

A partir de la publicación en el Diario Oficial de esta reforma y hasta los 365 días siguientes, los pensionados o sus beneficiarios por renta vitalicia podrán, por una sola vez y de forma voluntaria, adelantar el pago de sus rentas vitalicias hasta por un monto equivalente al diez por ciento del valor correspondiente a la reserva técnica que mantenga el pensionado en la respectiva compañía de seguros para cubrir el pago de sus pensiones, con un tope máximo de ciento cincuenta unidades de fomento.

El retiro que efectúen los pensionados o sus beneficiarios que opten por solicitarlo, se imputará al monto mensual de sus rentas vitalicias futuras, a prorrata, en forma proporcional y en igual porcentaje que aquel que represente el monto efectivamente retirado.

Las reglas relativas a la intangibilidad y naturaleza de estos recursos, la tramitación de la solicitud, el pago de pensiones de alimentos impagas y la información a las autoridades correspondientes, incluida la Comisión para el Mercado Financiero, contenidas en los incisos precedentes de esta disposición, serán aplicables a las solicitudes de anticipos que efectúen los pensionados o sus beneficiarios por rentas vitalicias. Con todo, el pago de los fondos solicitados se efectuará al pensionado o sus beneficiarios en un plazo máximo de treinta días corridos, contados desde la recepción de la solicitud. La Comisión para el Mercado Financiero dictará las instrucciones necesarias para la aplicación de los incisos precedentes”.

(...)

Síntesis de la gestión pendiente y del conflicto constitucional sometido al conocimiento y resolución del Tribunal

Señala la requirente que actualmente se sustancia reclamo de ilegalidad presentado por ella contra el Oficio Circular N° 1208 de 30 de abril de 2021 de la Comisión de Mercado Financiero (CMF) que *“Imparte instrucciones a las compañías de seguros de vida que mantienen reservas técnicas de rentas vitalicias”*.

En dicha gestión *sub lite* se encuentra pendiente de vista el reclamo antes referido ante la Corte de Apelaciones de Santiago tras orden de suspensión decretada por esta Magistratura.

Afirma que las disposiciones objeto de los requerimientos son impugnables por vía de inaplicabilidad por inconstitucionalidad



La disposición transitoria quincuagésima de la Constitución, incorporada por la Ley N° 21.330, tiene la calidad de ley al margen o con independencia de su denominación, por lo que su constitucionalidad es susceptible de ser revisada mediante los requerimientos de marras.

En tal sentido, afirman que el rango de ley o de disposición constitucional no lo otorga ni el quórum con el que haya sido aprobado, ni el nombre con el que se tramite o promulgue, sino que la naturaleza misma de la norma, de manera que no bastaría con denominar “reforma constitucional” a aquello que en su opinión no lo es, en razón a que el Derecho Público Chileno no le ha conferido competencia al legislador para actuar de la forma en que en los hechos lo hizo.

Indican que sostener lo contrario, que la mera denominación de una disposición determina su esencial naturaleza, implicaría que mayorías accidentales podrían por la vía de una sobre constitucionalización del derecho intentar regular materias que le están vedadas, so pretexto de afirmar estar reformando la Constitución.

Lo anterior ha sido ratificado de manera expresa por este Tribunal al dictar la sentencia en la causa Rol N° 9797 de 30 de diciembre de 2020, sobre “Requerimiento de Inconstitucionalidad formulado por S.E el Presidente de la República, respecto del 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)”.

Se arguye la existencia de una vulneración al art. 19 N° 24 de la Constitución

El conflicto pretendido guarda relación con la aplicación de una ley que, por la vía de agregar una disposición transitoria a la Carta Fundamental, pretende desconocer, en forma absoluta y directa, la naturaleza, características y efectos esenciales de un contrato reconocido y regulado en nuestro ordenamiento jurídico; esto es, los contratos de seguros de renta vitalicia.

El contrato de renta vitalicia no reconoce, en modo alguno, la figura de “adelantos” o “anticipos” por decisión unilateral del beneficiario. Por el contrario, como lo reconoce la autoridad sectorial fiscalizadora y reguladora, para el debido cumplimiento de esta clase de contratos se aceptan e incentivan las inversiones de largo plazo, contrarias, por su propia naturaleza, a la pronta liquidez necesaria para afrontar pagos anticipados o adelantados.

Asevera que con motivo de su aplicación se afecta gravemente el derecho de dominio, toda vez que se pretende obligarles a entregar dinero de su propiedad a sus contrapartes contractuales sin que exista convención o acuerdo previo al respecto. El único y exclusivo derecho del beneficiario es percibir la renta pactada, la que se paga



con recursos propios de la compañía toda vez que el precio pagado por aquel ya ha ingresado al patrimonio de la respectiva compañía.

Así, bajo el ambiguo e inaplicable concepto de “adelanto”, lo que de verdad se ha buscado es que entregue dinero, adicional al que correspondería por aplicación del contrato, a los pensionados bajo la modalidad de renta vitalicia o a sus beneficiarios, asumiendo, erróneamente, que dicho monto podrá descontarse de futuras rentas cuyo efectivo devengo carece de la mínima certeza.

Destacan que el concepto de “adelanto” o “anticipo” es contrario a la esencia del contrato de renta vitalicia. La certeza de una renta permanente, en general hasta la muerte del beneficiario, es contraria a la búsqueda de inmediatez en la obtención de beneficios patrimoniales derivados del previo pago de un precio fijo y determinado. La Ley que se cuestiona, en definitiva, viene a desnaturalizar, en su perjuicio, el contrato de renta vitalicia, y ello es contrario a la Constitución.

Vulneración al artículo 19 N° 20 de la Constitución

Arguye la existencia de una vulneración a la igualdad en la repartición de las cargas públicas (artículo 19° N° 20 de la Carta Fundamental). Desde esta perspectiva, no resulta admisible que el Estado imponga a un grupo reducido de personas, en este caso las Compañías de Seguro, una carga especial, que consiste en el sacrificio de su derecho de propiedad, a fin de financiar y aliviar la situación económica y social de los afiliados y beneficiarios de dichas Compañías, que son la contraparte de éstas en los contratos de renta vitalicia.

Vulneración al artículo 65, inciso cuarto, N° 6, de la Constitución

Arguye que la disposición constitucional que se impugna vulneró normas que regulan el procedimiento legislativo en particular, afirmando que con ello invadiría las materias de iniciativa exclusiva del Presidente de la República, en lo que respecta a la dictación de normas que modifiquen la regulación en materia de seguridad social o que incidan en ella, como es el caso.

Vulneración al artículo 5°, inciso segundo, de la Constitución

Al igual que para esta Magistratura Constitucional, para la Corte Interamericana de Derechos Humanos no cualquier restricción o limitación a la propiedad es compatible con el tratado. Ellas deben reunir diversas condiciones necesarias para ampararse en los estándares de la Convención.

Aun si se entendiera como limitación la norma cuestionada y no expropiación, ella no sortea el test que emana de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de su Comisión.



Afirma que los incisos impugnados de la Disposición 50° Transitoria vulneran el derecho de propiedad configurado en la Convención, en tanto permiten la afectación de derechos adquiridos y no meras expectativas. Bajo la aplicación de dichas normas, deberán desembolsar anticipadamente de sus dineros propios un 10% de lo que al pensionado o beneficiario le correspondería recibir a futuro por rentas vitalicias, con cargo a una reserva técnica cuyos fondos están dentro del patrimonio de estas compañías y son parte de su propiedad.

En consecuencia, bajo las normas del tratado y la jurisprudencia internacional referida, las medidas de los preceptos impugnados afectan inequívocamente derechos adquiridos de las compañías.

Añade que, así como los preceptos impugnados afectan derechos adquiridos, también estos producen efectos retroactivos. En efecto, para cumplir lo ordenado por la CMF en su Oficio Circular N° 1.208, las Compañías de Seguros de Vida deberán utilizar fondos comprendidos en las reservas técnicas de su propiedad.

Dichos fondos han sido conformados en parte por lo que hemos llamado el “Capital Afiliado”, cuya tradición traslativa de dominio se ha realizado válidamente en cumplimiento de un contrato celebrado entre privados. Esto es propiamente una situación jurídica consolidada dentro del iter contractual, se ha cumplido plenamente la obligación del afiliado de hacer la tradición de dichos fondos. De esta manera, conforme a los criterios de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, afectar estas situaciones jurídicas ya consolidadas constituye dotar de efecto retroactivo a la norma, cuestión que se considera contraria a las normas de la Convención

Finalmente, los retiros que permiten los preceptos impugnados tampoco se ajustan al principio de proporcionalidad al que ha hecho referencia la Corte, al vulnerar los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

Consecuentemente, este desborde constituye una consecucional infracción a lo dispuesto por el artículo 5°, inciso segundo, y el artículo 54 N° 1 de nuestra Constitución, toda vez que se ha vulnerado el derecho de propiedad protegido por un tratado internacional ratificado por Chile y que se encuentra vigente (Convención Americana de Derechos Humanos), desconociéndose sus obligaciones en contra de las normas propias del derecho internacional.

Sin perjuicio de lo anterior, afirma que aun si los Preceptos Impugnados fueran constitución material (no sólo formal), aquellos infringirían los preceptos, cláusulas y derechos fundamentales antes mencionados. En efecto, ni aún el constituyente derivado puede actuar abusivamente y sin límites; las reformas constitucionales también pueden ser calificadas como inconstitucionales y ser controladas por esta Magistratura.

Así, el poder constituyente derivado –ya sea modificando el texto permanente o las disposiciones transitorias de la Constitución– no puede alterar elementos



esenciales e irreformables de la Constitución. Y dentro de ellos se encuentran los derechos fundamentales, incluyendo el de propiedad y el de igualdad ante las cargas públicas.

Tramitación

El requerimiento fue acogido a trámite por la Segunda Sala, con fecha 23 de agosto de 2021, a fojas 153, disponiéndose la suspensión del procedimiento.

En resolución de fecha 21 de septiembre de 2021, a fojas 189, se declaró admisible. Conferidos traslados el Consejo de Defensa del Estado evacuó el mismo a fojas 200.

Traslado del Consejo de Defensa del Estado

1. El precepto impugnado, en tanto norma constitucional, no es un “precepto legal”

Tanto los poderes colegisladores como aquellos que participaron de alguna forma en el proceso previo a la publicación de la reforma constitucional contenida en la Ley N° 21.330 consideraron que tal precepto era un precepto constitucional y no uno legal.

Explica que “No hay Constitución si esta no es suprema.” Todo el ordenamiento jurídico, en cualquiera de sus aspectos, tiene como fundamento la Constitución. No puede dejarse al arbitrio del requirente la determinación de qué norma de la constitución le “gusta” y es constitucional y cual le incomoda, y por tanto no lo es.

Afirma que se cuestiona toda la teoría de fuentes del derecho que conocemos, al menos, desde hace dos siglos con la consagración de las constituciones escritas.

Añade que no hay criterio alguno que nos permita dilucidar esta diferenciación. Y ello obedece a que simplemente no puede existir tal distinción.

En nuestra Constitución hay diversas disposiciones que perfectamente podrían estar reguladas en las leyes por su naturaleza. Pero el constituyente determinó que lo estuvieran en la Constitución. Así, por ejemplo, los requisitos que se exige a los fiscales regionales podrían haber estado contemplados en normas legales (art. 86, inciso tercero). Sin embargo, por diversas razones el constituyente lo incluyó en la Constitución, sin que se pueda negar razonablemente que sean normas constitucionales.

Lo que en realidad pretende la inaplicabilidad es un velado control de constitucionalidad de algunos incisos de la reforma constitucional contenida en el artículo quincuagésimo transitorio de la Constitución Política de la República. No



obstante, el control de constitucionalidad de las reformas constitucionales sólo procede en virtud del artículo 93 N° 3 de la Carta Fundamental.

El requerimiento está orientado a la declaración de inconstitucionalidad y no de inaplicabilidad de un precepto para un determinado caso en concreto.

2. No hay vulneración al art. 19 N° 24 de la Constitución

Como compensación al anticipo construido en esta reforma constitucional, la misma Carta Magna ordenó que este adelanto *“se imputará al monto mensual de sus rentas vitalicias futuras, a prorrata, en forma proporcional y en igual porcentaje que aquel que represente el monto efectivamente retirado”*. El requirente omite que la Constitución Política de la República ha dispuesto anticipar las pensiones, es decir, pagar antes una parte de lo que se debía pagar después. En términos simples, no se ha alterado la equivalencia de las prestaciones, ya que el mayor pago anticipado, se ve equilibrado con la reducción de los pagos futuros.

No toda regulación, aun cuando ella pueda restringir las facultades del dominio o delimitar la libertad con las que se ejercen esas potestades, puede ser considerada como inconstitucional, menos si esta tiene rango constitucional. Por el contrario, la doctrina y la jurisprudencia han considerado que esas restricciones solo son inconstitucionales, y admiten indemnización, cuando son privaciones del dominio o cuando se trata de obligaciones especialmente intensas y excesivas para los particulares, rompiendo con ello el respeto al principio constitucional de igualdad ante las cargas públicas.

En autos, lo que sucede, es que se adelanta el pago de una obligación con la contrapartida de la reducción de la pensión futura a pagar en la forma de la renta vitalicia previsional.

La limitación de que se trata deriva de uno de los aspectos propios de la función social y de la regulación de la seguridad social, que se establece en beneficio colectivo, a favor de la comunidad y por circunstancias especialísimas, ajustándose a la Constitución.

En tal sentido;

- Respeta en plenitud la reserva legal de las cargas y limitaciones del dominio, en este caso, *“reserva constitucional”*, al establecer con determinación y especificidad la obligación.

- Está justificada en las causales constitucionales de la función social, pues se inserta dentro de los intereses generales de la Nación ante la gravedad de la pandemia.

- No constituye una privación del dominio ni una carga desproporcionada. Por el contrario, se trata de una obligación razonable toda vez que lo que se impone al



regulado es la anticipación de una obligación de dar, con una reducción de la obligación futura, por contrapartida, todo, en condiciones claras y determinadas.

- Es igualitaria y no discriminatoria puesto que la limitación se aplica a todos quienes están en la misma y,

- No afecta la esencia del derecho puesto que la compañía solo está llamada a solventar un porcentaje mínimo de la obligación contraída con el pensionado, reduciendo su deuda con este en el futuro.

3. Niega asimismo otras contravenciones constitucionales.

Es principio general y básico del derecho constitucional chileno la “reserva legal” en la regulación del ejercicio de los derechos fundamentales; esto es, toca al legislador, y sólo a él, disponer normas al respecto. Pero de esta norma, no se desprende que el Constituyente o el Legislador no puedan modificar una situación normativa existente en un determinado momento y, de este modo, sujetar a una regulación nueva y distinta a la que ya regía con anterioridad.

En lo relativo a un examen en concreto, no se ha otorgado un tratamiento discriminatorio y, por ende, un tratamiento que implique una vulneración de su derecho a la igualdad. La instrucción -oficio circular- y la norma de carácter general impugnada en la gestión pendiente aplica a todas las Compañías de Seguros en la misma situación.

A partir del contexto legislativo aplicable, es que los regulados por la CMF, cuentan con todas las herramientas procesales y sustantivas para defender adecuadamente sus derechos, tanto en sede administrativa como judicial. Su derecho al debido proceso, en tal virtud, se encuentra resguardado en forma idónea en la normativa atinente, lo que permite descartar la concurrencia de una eventual transgresión al artículo 19 N° 3° de la Carta Fundamental.

Si bien existe el derecho a desarrollar una actividad económica, ello es siempre que se cumpla la condición de que se trate de una actividad no contraria a la moral, orden público o seguridad nacional, y respetando las normas legales que la regulen. Precisamente son estas últimas, en este caso normas constitucionales, las que han reglamentado con precisión y especificidad una obligación para las compañías de seguro que en nada limitan su derecho a desarrollar su libertad económica. Solo lo regulan de modo general y razonable.

4. Ineficacia del requerimiento de inaplicabilidad deducido

Adicionalmente, resulta ineficaz el planteamiento de la inaplicabilidad solicitada. En el evento que este Tribunal decida acoger el requerimiento, y que, como consecuencia de ello, los jueces del fondo decidan acoger el reclamo de ilegalidad que



constituye la gestión pendiente, dejando sin efecto actos administrativos cuestionados, el artículo quincuagésimo transitorio de la Constitución Política de la República seguirá plenamente vigente, los pensionados igualmente tendrán el derecho a exigir un anticipo, y la compañía de seguros requirente seguirá obligada a pagarlo, tal como por lo demás lo han realizado hasta la fecha. El único efecto de tal declaración sería que el mercado no contaría con un procedimiento uniforme de tramitación, previsto, justamente para evitar incumplimientos, reclamos, desinformación y defectos de atención.

A mayor abundamiento, acoger la pretensión de la requirente, en definitiva, generaría efectos inconstitucionales. La norma constitucional le mandata a dictar las instrucciones necesarias para su aplicación, por lo que en el evento de no poder ser aplicada aquella, se verá en un dilema de “antijuridicidad forzada” pues no podría de forma alguna cumplir la orden expresa que la Constitución le ha dado a la CMF.

Vista de la causa y acuerdo

En Sesión de Pleno de 9 de diciembre de 2021 se verificó la vista de la causa, oyéndose la relación pública y alegatos de la requirente del abogado Arturo Fermendois Vöhringer, y del Consejo de Defensa del Estado, del abogado Sebastián Soto Velasco.

Se adoptó acuerdo en sesión del 4 de enero de 2022, conforme fue certificado por el relator de la causa.

CONSIDERANDO:

CUESTIONES DE CONSTITUCIONALIDAD

PRIMERO: Que, según se puede leer en la parte expositiva de esta sentencia, en la especie se objeta que la autodenominada “Ley de Reforma Constitucional” N° 21.330 haya venido a afectar sendos contratos de renta vitalicia -de que es titular la requirente-, a pretexto de circunstancias adventicias y extraordinarias, por completo ajenas al objeto jurídico y devenir natural de dichas convenciones.

Efectivamente, esta Ley N° 21.330, junto con reconocer que está incidiendo en materias de seguridad social, al citar “el artículo 65, inciso cuarto, N° 6” constitucional, y después de invocar como motivo excepcional la necesidad de “mitigar los efectos sociales derivados del estado de excepción constitucional de catástrofe por calamidad pública decretado a causa del COVID-19” (inciso 1° de la disposición quincuagésima transitoria), a la postre, en sus incisos 12° y 13° innova sustancialmente en la materia, al disponer que los pensionados o beneficiarios de este sistema pueden “adelantar el pago de sus rentas vitalicias”, merced a un “retiro” actual susceptible de descuento



futuro. El inciso 14°, a su vez, encarga a la Comisión del Mercado Financiero dictar las “instrucciones” necesarias para la aplicación de los incisos precedentes.

Dichas normas, se verá, no solamente desconocen señaladas atribuciones constitucionales del Presidente de la República, en tanto Jefe de Estado. Además, su aplicación ha revelado la afectación de los derechos de propiedad y a la seguridad social que amparan a las compañías aseguradoras y a los propios pensionados, amén de sustraerlos a todos del estatuto jurídico que les es propio;

SEGUNDO: Que, para acoger entonces el requerimiento planteado, la presente sentencia discurrirá sobre la base de los siguientes conceptos y premisas:

I. El respeto irrestricto al orden institucional de la República, ahora amagado, fuerza reiterar la necesidad de que los órganos legisladores se enmarquen dentro de su esfera de atribuciones, atentos a no continuar barrenando el principio de separación de funciones.

II. En Chile no existen derechos en condiciones pasivas, ya que todos pueden ser tutelados a través de las acciones procesales que a sus titulares les franquea la ley, cualquiera sea la calidad de las leyes que los tergiversen o menoscaben.

III. Si el Tribunal Constitucional puede inaplicar una ley que se ha ceñido rigurosamente a todas las formalidades constitucionales, habiendo sido requerido al efecto, con cuanta mayor razón puede censurar un acto legislativo que no lo ha hecho y que, más encima, vulnera derechos fundamentales.

IV. Menos que una reforma a la Constitución, la Ley N° 21.330 es un acto que entraña una variación a contratos en curso, alterándolos en su esencia y desconociendo derechos adquiridos a su amparo, de una manera que no se compadece con ninguna de las vías legítimas que posee el legislador para afectar el respectivo derecho de propiedad.

V. Al transfigurar contratos de seguro destinados a cubrir un específico riesgo o contingencia social, la Ley N° 21.330 afecta la eficacia real del derecho a la seguridad social que le asiste a sus beneficiarios. Al paso que sustrae a ambas partes del estatuto legal que les es propio, representado por el DL N° 3.500, para insertarlos dentro de una normativa nueva que les resulta completamente impertinente.

I. ORDEN PÚBLICO INSTITUCIONAL

TERCERO: Que, las razones que justificaron la STC Rol N° 9797-20, son comunicables en este caso y deben presidir el presente reparo a la Ley N° 21.330, toda vez que esta normativa, tal como se dijo respecto al análogo Proyecto de Ley reprochado en dicha oportunidad, aparece dictada sin sujeción al principio basal de competencia recogido en el artículo 7° de la Carta Fundamental, al tener su origen en mociones parlamentarias y no en un mensaje presidencial, como en derecho corresponde.



Con el mérito de la indicada sentencia, no pudo pues sino procederse en consecuencia, adoptándose las medidas conducentes a evitar que un conflicto institucional de esa índole volviera a producirse. Más allá del alcance de dicha sentencia, donde se reprobó un Proyecto de Ley sobre retiros previsionales semejante, los términos amplios en que fue expresada hacían inexcusable que los órganos colegisladores obraran, en lo sucesivo, de manera coordinada y dentro de sus respectivas esferas de atribuciones, evitando la duplicación o interferencia de funciones.

Tal deferencia para con las potestades ajenas, aparece recogido en importantes cuerpos orgánico constitucionales, como son las Leyes N°s. 18.575 (artículo 5° inciso segundo) y 19.640 (artículo 6° inciso segundo), y no encuentra obstáculo alguno -en razón de su propia virtud- para ser considerada como una de las Bases de la Institucionalidad; específicamente como parte del deber que recae sobre todos los órganos del Estado de “garantizar el orden institucional de la República”, contemplado en el inciso primero del artículo 6° de la Constitución Política;

CUARTO: Que, en esta lógica, durante la tramitación parlamentaria de esta Ley N° 21.330, a la que se le venía dando el carácter de reforma constitucional, debió entonces observarse el mandato íntegro y perentorio dado en las reglas vigentes sobre “Reforma Constitucional”, consagradas en el Capítulo XV del propio texto supremo.

Cuyo artículo 127, en su inciso tercero, dispone -para lo que aquí interesa- que “serán aplicables a la tramitación de los proyectos de reforma constitucional las normas sobre formación de la ley”. Es condición necesaria de toda ley -y no escapa a ello la ley de reforma constitucional- la de producirse “en la forma prescrita por la Constitución”, para que enseguida pueda válidamente mandar, prohibir o permitir, según reza el artículo 1° del Código Civil.

Remisiones a la Constitución que -a su vez- no pueden sino entenderse efectuadas al párrafo “Formación de la ley” contenido en el Capítulo V, el cual se inicia precisamente con su artículo 65, donde se indican las materias de ley que son de iniciativa excluyente del Presidente de la República;

QUINTO: Que el inciso cuarto del citado artículo 65 es claro e indisponible, en orden a que corresponde al Presidente de la República la “iniciativa exclusiva” -léase excluyendo a cualquier otro órgano estatal- para “6°. Establecer o modificar las normas sobre seguridad social o que incidan en ella, tanto del sector público como del sector privado”.

No es dudoso, tampoco, que la Ley N° 21.330 incide en la materia, al haber sido promulgada por decreto expedido a través del Ministerio del Trabajo y Previsión Social.

Conviene destacar que la norma constitucional copiada no envuelve una fórmula meramente protocolar o de simple prioridad, que valide afirmar que si la iniciativa allí indicada no la ejerce el Presidente de la República -en su defecto- podría



asumirlas por sí y ante sí el Congreso Nacional. Trata ella de una materia -la seguridad social- que en la forma prescrita por la Constitución -por mensaje presidencial- es de resorte privativo del Jefe de Estado activar;

SEXTO: Que igualmente pertenece al Primer Mandatario, como potestad propia, la iniciativa exclusiva para crear nuevos servicios públicos semifiscales o autónomos -como es el caso de la Comisión para el Mercado Financiero- “y determinar sus atribuciones o funciones”, acorde con el N° 2 del inciso cuarto del mencionado artículo 65.

No ha procedido, en consecuencia, que una autoproclamada “Ley de Reforma Constitucional” encargue directamente a una entidad supervisada por el Presidente de la República, pero prescindiendo de él, la dictación de unas “instrucciones” para la aplicación de sus disposiciones. La individualizada Comisión está investida únicamente de autoridad para dictar las normas necesarias para la aplicación y cumplimiento de “las leyes y reglamentos”, a la letra de lo prescrito en el artículo 5°, N° 1, de su estatuto orgánico, aprobado por Ley N° 21.000.

Incluso, de poseer el carácter de reforma constitucional que se atribuye, y al no ser materia de ley, como pretende el Congreso Nacional, entonces su regulación secundaria únicamente podía ser objeto de un “reglamento autónomo” del Jefe de Estado, con arreglo a lo prescrito en el artículo 32, N° 6, de la Constitución Política, lo que tampoco aparece respetándose acá;

SÉPTIMO: Que de ninguna manera ha correspondido, por ende, admitirse que una norma incursione en ambos temas sin contar previamente con dicho patrocinio presidencial.

Teniendo en consideración el inequívoco tenor literal de los citados artículos 127, inciso tercero, y 65, inciso cuarto, N°s 2 y 6, no cabe tolerar su incumplimiento aduciendo que, de respetarse rigurosamente, esto haría imposible cualquier reforma constitucional que no contara con la anuencia del Presidente de la República.

Al margen de que lo favorable u odioso de una disposición no puede tomarse en cuenta para ampliar o restringir su recto sentido y alcance, tal excusa carece de base, ya que la concesión de atribuciones a una determinada autoridad, implica obviamente restárselas a otras, de suerte que no pueden éstas sustituirse a aquélla, ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias o a guisa de que la autoridad competente no estaría actuando como le parece al suplantador;

OCTAVO: Que, por lo demás, la voluntad inequívoca del constituyente originario ha consistido precisamente en excluir la iniciativa parlamentaria en temas de seguridad social. Las normas disciplinarias del artículo 65 constitucional, han decantado y se han asentado tras una dilatada experiencia, que alecciona no dispersar su activación, sino que imprimirles cada vez mayor unidad y concentración.



Es así que la STC Rol N° 2025-11 discurrió latamente sobre este particular, mostrando cómo la evolución histórica ratifica la conveniencia de radicar la iniciativa legal en el Presidente de la República, con vistas a implementar un sistema coherente de gastos, actuales o futuros, que puedan comprometer el gobierno y la administración del Estado.

Lo anterior, contrasta con la posición en que se encuentran los parlamentarios, afectos a las presiones cotidianas amén de no ser responsables por su actuación como tales (considerandos 25°-44°). Como en múltiples sentencias se ha señalado, estas normas constitucionales han tenido desde su génesis el insoslayable objetivo de que “se ponga término al régimen de irresponsabilidad existente en la materia”, dado que un mismo asunto podía antes ser objeto de variadas y contradictorias iniciativas parlamentarias, promovidas por simples afanes electoralistas (Francisco Cumplido, *La reforma constitucional de 1970*);

NOVENO: Que conviene además citar al constitucionalista don Alejandro Silva, quien también enseñó esta verdad: “La seguridad social persigue un fin de bien público. Puede definirse como un conjunto de técnicas destinadas a dar protección a necesidades y situaciones. En la actualidad es un principio político y como tal debe inspirar la organización total de la comunidad nacional y también en el plano internacional”.

Para enseguida subrayar que “Cualquiera que sean las técnicas que se utilicen, a base de cotizaciones o regímenes tributarios para financiar servicios previsionales del Estado, los orígenes o fuentes de los recursos financieros destinados a proporcionar la seguridad social son eminentemente públicos y desde ese punto de vista debe competir en forma privativa al Presidente de la República, en su calidad de administrador del Estado, la conducción, manejo y dirección de toda política de seguridad social y -he aquí lo relevante- no quedar entregada a la iniciativa parlamentaria que podría ser ejercida en forma errada e inorgánica por desconocimiento técnico del problema, que es sumamente complejo y vasto; además [que] requiere un conocimiento muy especializado” (Alejandro Silva Bascuñán, *Tratado de Derecho Constitucional* tomo V, Editorial Jurídica de Chile año 2000, pág. 214).

Abona el indicado parecer, de que el Presidente de la República es el único llamado a liderar la emisión de estas normas, el hecho de que ahora -para enfrentar las complejas consecuencias de toda índole producidas por el COVID-19-, éste haya patrocinado treinta y seis leyes, comprometiendo un denodado esfuerzo interministerial: leyes N°s. 21.360 (12.7.2021); 21.353 (17.6.2021); 21.354 (17.6.2021); 21.351 (14.6.2021); 21.350 (14.6.2021); 21.352 (7.6.2021); 21.347 (3.6.2021); 21.342 (1.6.2021); 21.340 (22.5.2021); 21.339 (8.5.2021); 21.323 (6.4.2021); 21.312 (15.2.2021); 21.307 (3.2.2021); 21.301 (5.1.2021); 21.299 (4.1.2021); 21.306 (31.12.2020); 21.289 (16.12.2020); 21.288 (14.12.2020); 21.283 (7.11.2020); 21.265 (8.9.2020); 21.260 (4.9.2020); 21.263 (4.9.2020); 21.256 (2.9.2020); 21.253 (20.8.2020); 21.249 (8.8.2020); 21.251



(3.8.2020); 21.252 (1.8.2020); 21.247 (27.7.2020); 21.242 (24.6.2020); 21.243 (23.6.2020); 21.232 (1.6.2020); 21.230 (16.5.2020); 21.229 (24.4.2020); 21.227 (6.4.2020); 21.225 (2.4.2020), y 21.220 (26.3.2020), sin perjuicio de otras muchas y variadas medidas administrativas;

DÉCIMO: Que, luego, sin separar artificiosamente el correcto funcionamiento de las instituciones con la seguridad jurídica que requiere el ejercicio tranquilo de los derechos, no procede sostener que la infracción de las referidas normas sobre “formación” de la ley no incidiría en su “aplicación” y que, por tanto, la normativa cuestionada quedaría a salvo o por solo ello inmunizada de una ulterior acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad.

La observancia estricta de las aludidas reglas constitucionales sobre iniciativa presidencial, es exigida por la Ley Fundamental no solo para honrar el principio de separación de poderes, sino que justamente con miras a infundir en los destinatarios de las materias concernidas una cierta estabilidad, en cuanto a que ellas no podrán ser objeto de dispersas e indiscriminadas mociones parlamentarias.

De allí que esa misma confianza depositada en el correcto funcionamiento de la institucionalidad del país, resulta defraudada cuando -inspiradas en impulsivos o subalternos designios- otras autoridades deciden sustituir al único órgano competente, para pasar a detentar atribuciones que les han sido explícitamente vedadas y -más aún- operando a pretexto de circunstancias extraordinarias que -en último término- toca al Presidente de la República superar;

DECIMOPRIMERO: Que, para lo dicho y lo que se dirá, es útil transcribir el pronunciamiento de este Tribunal Constitucional, recaído en STC Rol N° 207-95:

“la Constitución Política consagra la existencia de un Estado de Derecho. Basta tener presente en tal sentido, por citar algunas disposiciones, lo que disponen los artículos 5°, 6° y 7°, que forman parte de las Bases de la Institucionalidad. Se ha considerado que, entre los elementos propios de un Estado de Derecho se encuentran la seguridad jurídica, la certeza del derecho y la protección de la confianza de quienes desarrollan su actividad con sujeción a sus principios y normas positivas. Esto implica que toda persona ha de poder confiar en que su comportamiento, si se sujeta al derecho vigente, será reconocido por el ordenamiento jurídico, produciéndose todos los efectos legalmente vinculados a los actos realizados”.

“Esta confianza -prosigue el veredicto- se ve naturalmente disminuida si el legislador, con posterioridad, le atribuye a dichos actos consecuencias jurídicas que son más desfavorables que aquellas con las cuales quien los realizó en el pasado podría contar al adoptar sus decisiones. Se desprende de lo anterior, que tal como se ha reconocido en el derecho comparado, en principio y sin perjuicio de la o las excepciones que el propio ordenamiento constitucional contempla, la retroactividad de una ley atenta en contra de los valores antes mencionados, que son esenciales en un Estado de Derecho como el que establece nuestra Constitución” (considerando 67°).



En igual línea jurisprudencial se inscriben las STC roles N°s 46-87 (considerandos 19° y 21°); 280-98 (considerando 12°), y 2299-12 (considerando 19° del voto por acoger);

II. DERECHO A RECLAMO Y ACCESO A LA JURISDICCIÓN

DECIMOSEGUNDO: Que la gestión pendiente en que incide esta sentencia consiste en un “reclamo de ilegalidad” deducido por 4 LIFE Seguros de Vida S.A., contra la Comisión para el Mercado Financiero, por la dictación de la Circular N° 1208, de 30 de abril de 2021, ejecutada por resolución exenta N° 2340 de igual fecha, en que esta entidad instruyó acerca de las medidas necesarias tendientes a materializar el anticipo de rentas vitalicias establecido en la Ley N° 21.330.

Este reclamo fue deducido ante la I. Corte de Apelaciones de Santiago de conformidad a lo prevenido en el artículo 70 de la Ley N° 21.000, que reemplazó el contenido del DL N° 3.538, por cuanto dicho acto administrativo -en concepto de la reclamante- “es ilegal y les causa perjuicio”.

Tal acción procesal es una de las vías de reclamo que la legislación prevé para el caso en que una persona sea lesionada en sus derechos por la Administración del Estado, de acuerdo con el artículo 38, inciso segundo, de la Carta Fundamental. Misma que debe entenderse apta de conformidad con la Ley N° 18.575 sobre bases generales de la Administración del Estado, artículo 2°, en cuya virtud “todo abuso o exceso en el ejercicio de sus potestades” puede dar lugar al ejercicio de la acción correspondiente;

DECIMOTERCERO: Que, las normas precitadas, satisfacen una condición esencial de todo Estado de Derecho, cual es la protección judicial debida a quienquiera se vea afectado en sus derechos por un acto estatal, “aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales”, en los términos amplios empleados por el artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Por su parte, el derecho a la acción, fue asegurado en el artículo 19, N° 3, de la Constitución Política de Chile, justamente para evitar la existencia de derechos en condiciones pasivas, esto es, sin posibilidades reales de que los tribunales de Justicia puedan exigir su respeto y conservación a los demás Poderes del Estado. De donde se explica que el Tribunal Constitucional chileno haya rechazado sistemáticamente cualquier forma de indefensión que pueda enervar la debida tutela judicial efectiva (STC Rol N° 9399-20, considerando 7°), sobre todo cuando una norma dice o se aplica de suerte que, contra algún acto de la autoridad, “no procederá recurso alguno” (STC roles N°s. 7203-19, considerando 33°, y 8719-20, considerando 38°).



En consonancia, lo dicho, con la más autorizada doctrina sustentada por el tratadista don Eduardo Soto Kloss, *Derecho Administrativo. Temas fundamentales*, Legal Publishing-Abeledo Perrot año 2009, pp. 559-572;

DECIMOCUARTO: Que, en este contexto, carece de todo asidero la idea de que un acto administrativo pueda resultar inmune a la jurisdicción, y que -además- sería irrecurrible la ley en que dicho acto se basa.

Una tal exención o inmunidad jurisdiccional, no reconoce precedentes en el derecho público chileno. Aún la Ley de Reforma Constitucional N° 17.450, del año 1971, no obstante asumir una nacionalización que ella misma reservó a la ley, por razones simbólicas tratándose de la Gran Minería del Cobre, en todo caso consultó la existencia de un alto tribunal llamado a dirimir las controversias que se suscitaban tocante a su aplicación, en la entonces disposición 17ª. transitoria.

Es más, un privilegio de ese talante, que anula la posibilidad de reclamar y abroga la correlativa potestad jurisdiccional, ha ameritado un texto expreso en la reciente LRC N° 21.200, en el nuevo artículo 136 constitucional. Merced al cual, y solo respecto a determinados y muy acotados actos de la Convención Constitucional, se estatuyó que “Ninguna autoridad, ni tribunal, podrán conocer acciones, reclamos o recursos vinculados con las tareas que la Constitución le asigna a la Convención, fuera de lo establecido en este artículo” (inciso penúltimo);

DECIMOQUINTO: Que, desde que aparecieron juntos en la Carta de 1925, en los correlativos artículos 86 y 87, se puede observar la estrecha relación existente entre lo contencioso legislativo y lo contencioso administrativo: si un afectado objeta en un juzgado un acto de la Administración y ésta esgrime que solo está ejecutando un acto del legislador, a dicho afectado le es dable elevar la cuestión para que un tribunal superior examine la constitucionalidad de dicha ley.

Sobre el tema, valga recordar que en su momento se discutió acerca de cuál sería la sede judicial competente para ilegitimar una norma que no era stricto sensu una ley, por no haberse ajustado al proceso de formación previsto al efecto en la Carta Fundamental. Siendo incluso algunos de la opinión que todos los órganos de la jurisdicción ordinaria podían resolver la cuestión (Fernando Saenger y Guillermo Bruna, *Inaplicabilidad por inconstitucionalidad. Jurisprudencia 1980-2005*, Editorial Jurídica de Chile año 2006, pp. 108-110).

Solución, está última, que después de la Reforma Constitucional del año 2005 ya no es posible mantener, por haberse concentrado el control de constitucionalidad de la ley en esta Magistratura, tal como lo declaró en las Conclusiones de la II Jornada de Reflexión Interna, acordadas el 4 de noviembre de 2016;

III. COMPETENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



DECIMOSEXTO: Que, con este acopio de antecedentes, procede a continuación afirmar el deber inexcusable que le asiste al Tribunal Constitucional de resolver jurídicamente la presente cuestión de inaplicabilidad.

Debiendo resaltar, por de pronto, que la Ley N° 21.330 no puede estimarse como una “reforma constitucional” aséptica e indiscutida en cuanto a su plena conformidad con la Carta Fundamental. El que en esta sede se haya declarado inadmisibles una impugnación previa enderezada en su contra por el Presidente de la República, en STC Rol N°10774-21, sin entrar al fondo del asunto, no implica abonar su ya por entonces cuestionada constitucionalidad, del mismo modo que la votación parlamentaria que la respaldó -con el título de “Reforma Constitucional”- no es bastante para purgar su inconstitucionalidad.

Adicionalmente, es relevante consignar que esta Ley N° 21.330 se dictó a sabiendas que la STC Rol N° 9797-20, emitida con mucha anterioridad, el 30 de diciembre de 2020, y debidamente comunicada a la Cámara de Diputados y al Senado, ya había declarado inconstitucional un proyecto de ley análogo, por su propio contenido y por tener su origen en una moción parlamentaria. Esto constituye un ejemplo palmario de que, en un Estado de Derecho real, no puramente ilusorio o nominal, el control de constitucionalidad de las leyes no puede confiarse al mismo órgano infractor: desde el Código de Justiniano viene resonando como verdad eterna en la historia de la humanidad que “nadie puede ser juez de su propia causa” (*nemo esse iudex in sua causa potest*);

DECIMOSEPTIMO: Que, de consiguiente, si la ley manda, prohíbe o permite, en la medida que la voluntad soberana haya sido “manifestada en la forma prescrita por la Constitución”, es inconcuso que en la especie esta premisa básica no aparece debidamente satisfecha, al vulnerarse ex profeso y en las circunstancias anómalas reseñadas, sus artículos 65, inciso cuarto, N°s 2 y 6, y 127, inciso tercero.

Infracción que no recae, como se lleva visto, en la omisión de algún trámite secundario ni en la imperfecta realización de una diligencia accesoria o periférica, sino que ha consistido -nada menos- que en eludir una regla de competencia constitucional, referida a la Primera Magistratura de la Nación.

Lo cual resta todo valor jurídico -en cuanto ha querido guarnecer sus normas bajo el manto de una sedicente reforma constitucional- a la Ley N° 21.330, por aplicación directa e inmediata de los artículos 6° y 7° de la Carta Fundamental;

DECIMOCTAVO: Que, por las razones anotadas, a la Ley N° 21.330 no puede atribuírsele gratuitamente la categoría de “Reforma Constitucional”, a los efectos de evadir la iniciativa exclusiva presidencial y, además, de poder esquivar un recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad deducido en su contra.

Menos cuando rehusar que se trata de una simple ley, traiciona la teoría de la realidad, merced a la cual las cosas son lo que determina su esencia y no su nomenclatura. El axioma de que en derecho las cosas son lo que son, con



independencia de la denominación que se les dé, asume significación mayor desde que envuelve una facultad jurisdiccional inalienable, cual es la que tiene el juez para “conocer”, según su leal saber y entender, cuáles son realmente las premisas normativas y fácticas involucradas en un caso, para luego poder “juzgar” en consecuencia.

El derecho no es una simple logomaquia, en que las palabras puedan significar lo que quiere que signifiquen quien tiene más poder;

DECIMONOVENO: Que, así es, los cuestionados preceptos de la Ley N° 21.330 deben ser conocidos a fondo, más allá de su cobertura formal, en cuanto a su materialidad o sustancia, lo que -sin perjuicio de la inconstitucionalidad de origen de que padece la Ley N° 21.330 por intromisión indebida- revelará su calidad de normas meramente legales, pero en todo caso reprochables por inconstitucionalidad de ejercicio, al violar sendos derechos fundamentales.

Es decir, incluso contando con el omitido patrocinio presidencial, a continuación se descubrirá que la Ley N° 21.330 viene aprobando normas legales y que éstas conculcan los derechos constitucionales invocados en la presente acción;

VIGESIMO: Que en STC Rol N° 9797-20 se reflexionó en extenso acerca de lo reprobable que resulta atribuirle la naturaleza de reforma constitucional a lo que, en realidad, es una ley, a la luz de su propio objeto, denotativo de un contenido nada abstracto y detentor de un grado de concreción al detalle.

A la par de dar por reproducidos en esta sentencia todos los conceptos vertidos en aquel fallo, valga reiterar cuán irregular se observa universalmente esa deformación llamada “hiperconstitucionalización”, arbitrio consistente en llevar a la constitución lo que es materia de ley, especialmente cuando una mayoría circunstancial busca con este resquicio impedir o sustituir la acción de otro órgano constitucional (Lucio Pegoraro y Ángel Rinella, *Derecho constitucional comparado 2, Sistemas constitucionales* volumen 2, Editorial Astrea año 2018, pp. 419-420);

VIGESIMOPRIMERO: Que, así como una ley simple no adquiere carácter de ley orgánica constitucional, por el solo hecho de aprobarse por las cuatro séptimas partes de los senadores y diputados en ejercicio, una ley de quórum calificado -necesitada de una mayoría absoluta para su aprobación- no se convierte en ley de reforma constitucional ni siquiera tras su aprobación unánime (artículo 66 de la Constitución Política).

Dado que solo en contados casos el legislador ha englobado explícitamente en alguna de estas categorías a determinados artículos o normaciones legales, con variada exactitud, y por sobre el calificativo que se les haya atribuido en sede parlamentaria, bien o mal, el Tribunal Constitucional inveteradamente ha procedido a identificarlos atendiendo al contenido o sustancia jurídica de los preceptos aprobados.



Patrón de conducta que resulta irreprochable. Tanto menos en ausencia de una preceptiva semejante a la del DL N° 788, de 1974, hasta cuya emisión la unanimidad explícita de los legisladores bastaba para legitimar una norma contraria u opuesta con la Constitución, lo que así se entendió como medida excepcional y solo necesaria hasta el restablecimiento del normal desenvolvimiento institucional del país;

VIGESIMOSEGUNDO: Que no es óbice para que el Tribunal Constitucional pueda efectuar la cualificación en comento, el artículo 84, inciso primero, N° 4, de su ley orgánica constitucional N° 17.997, cuando obliga a declarar inadmisibile una acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad que se dirija contra un precepto que no tenga “rango legal”.

Determinar dicho rango, demanda exactamente atender a la categoría o calidad del precepto examinado y no a su sola presentación. “El intérprete -se dijo en STC Rol N° 591-96- debe ir más allá del mero literalismo”, citando a Patricio Aylwin y el “principio de primacía de la realidad por sobre el nominalismo”, a fin de desentrañar la verdadera naturaleza de un acto jurídico (considerandos 25° y 26°).

Así por ejemplo, no porque una regla se encuentre inserta en el Reglamento del Registro del Conservador de Bienes Raíces, es -de suyo- materia de decreto presidencial, si su contenido delata que es en verdad una norma legal, y en este entendido se ha modificado (por las leyes N°s. 7.612 y 10.512, además de otras complementaciones legales) y considerado en grado de inaplicabilidad (en STC Rol N° 5031-18, donde se inadmitió un requerimiento en su contra pero no por la causal de tener la condición de reglamento);

VIGESIMOTERCERO: Que, la alegación subsiguiente de que una reforma constitucional no reconoce límites en cuanto a su objeto y que, por ende, podría abarcar cualquier indiscriminado contenido, importa admitir el absurdo de que una ley de este tipo poseería la inusitada capacidad para reescribir todo lo escrito previamente en la misma Carta Fundamental.

Tal despropósito, desde luego, macula un principio general de derecho: el que nadie puede ir válidamente contra sus propios actos; *venire contra factum proprium non valet*. Hasta la reciente la Ley de Reforma Constitucional N° 21.200, incluso para el evento de aprobarse una nueva constitución, ordena respetar -entre otros elementos indispensables a un Estado de Derecho- el carácter de República del Estado de Chile, su régimen democrático, las sentencias pasadas en autoridad de cosa juzgada y la palabra empeñada en tratados internacionales.

Es más, esgrimir que dondequiera se entrometa una ley de reforma constitucional, no podría ser reprochada, no solamente engendra la impresión de querer situarse al margen de la juridicidad, sino que, además, vulnera derechamente lo prevenido en el artículo 5°, inciso segundo, de la Carta Fundamental, donde muy límpidamente se dice que “el ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el



respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana”, y que es deber del Estado -como imperativo jurídico- respetarlos y promoverlos;

VIGESIMOCUARTO: Que, al margen de las observaciones precedentes, es lo cierto que cualquier reforma constitucional debe poder insertarse en un contexto coherente y unitario, a fin de no deteriorar la consistencia del ordenamiento constitucional y la obligación -que igualmente alcanza al constituyente derivado- de promover el bien común “con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece”, según prescribe su artículo 1º, inciso cuarto.

Sumándose a lo anterior la advertencia enunciada en su artículo 39: “El ejercicio de los derechos y garantías que la Constitución asegura a todas las personas sólo puede ser afectado bajo las siguientes situaciones de excepción”, que enseguida enumera taxativamente en sus artículos siguientes. Esto es, derivadas de dichos estados de excepción, no hay más restricciones o limitaciones que aquellas contempladas en los artículos 39 al 45 del texto fundamental y reguladas en su implementación por la Ley orgánica constitucional N° 18.415.

Si la Constitución ha clausurado las posibilidades de afectar el ejercicio de los derechos que ella asegura, circunscribiéndolas a las situaciones de excepción que ella misma especifica, entonces, fuera de los casos y formas allí previstos, no procede que una Ley de Reforma Constitucional establezca paralelamente unas nuevas y distintas obligaciones o limitaciones, por no guardar conformidad con la Carta Fundamental;

VIGESIMOQUINTO: Que, por último, atingente al variado y variable contenido que -se dice- podría dársele a una reforma constitucional, conviene poner de resalto que -de ser así- no se ha explicado cómo una misma temática, del todo afín a la que se trata en este caso, un día pudo considerarse como ley de quorum calificado (Ley N° 21.295, de 10 diciembre de 2020), en circunstancias que antes se había catalogado como ley de reforma constitucional (Ley N° 21.248, de 30 de julio de 2020).

Simplemente constatar que algo así ocurrió en los hechos, no valida de por sí las fluctuaciones inmotivadas del legislador, en consideración al pleno respeto que debe a los derechos constitucionales, lo que solamente puede lograrse en un entorno jurídico de estabilidad y certeza jurídica;

IV. DERECHO DE PROPIEDAD AFECTADO

VIGESIMOSEXTO: Que, un escrutinio más afinado de los preceptos censurados, deja ver que -en el fondo- ellos no han buscado tanto reformar alguna norma constitucional ni legal, como alterar directamente el cumplimiento normal de ciertos contratos que se hallaban en pleno desarrollo y sujetándose a la legislación que les es propia.

No se puede dispensar voluntariosamente la naturaleza de “reforma” a cualquier alteración, pues, según se desprende del Diccionario de la Lengua Española,



reformular significa modificar algo con la intención de mejorarlo o enmendar un defecto censurable, cuyo no es el caso. Tampoco puede decirse que se trate simplemente de “cambiar” las reglas del DL N° 3.500, de 1980, puesto que, si se observan los efectos de la Ley N° 21.330, se verá que su aplicación ha mudado sustancialmente un estatus jurídico, al extremo de sustituirlo o reemplazarlo por otro régimen completamente distinto, generando unos nuevos contratos que -en ningún caso- pueden asimilarse a aquellos regulados en el citado DL N° 3.500.

Si, por lo demás, la aplicación práctica puede constituir un elemento de hermenéutica legal, cabe verificar que no existen precedentes de que una alteración con este alcance y profundidad, como la que introduce la Ley N° 21.330, se haya producido antes mediante una reforma constitucional o un cambio a la legislación previsional;

VIGESIMOSEPTIMO: Que, en estas condiciones, procede indagar entonces si la Ley N° 21.330 ha podido alterar -de las maneras como se señalará- los referidos contratos de renta vitalicia, no obstante que -por de pronto- de ellos han derivado para las partes derechos personales o créditos que, en su condición de cosas incorporales, se encuentran amparados por el derecho de propiedad, con arreglo a lo prescrito en los artículos 563, inciso tercero, 576, 578 y 583 del Código Civil.

Se trata éste de un resguardo que, con la intención de ponerlo especialmente a salvo de ulteriores legisladores, fue elevado a rango constitucional, de suerte que por eso ahora es la Carta Fundamental quien “asegura” directamente a todas las personas: “24°. El derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales o incorporales” (inciso primero);

VIGESIMOCTAVO: Que, como se sabe, la norma constitucional precitada cristalizó la opinión que, sobre la base de las aludidas normas del Código Civil, habían sustentado juristas como don Luis Claro Solar, al decir que “los efectos del contrato son regidos por la ley en vigencia a la época de su perfeccionamiento, y están al abrigo de un cambio de legislación”. Y toda vez que esta seguridad contractual venía siendo vulnerada por una legislación sobreviniente tan dispersa como fluctuante, advertía por eso que “hacerlos regir por una nueva ley, que los contratantes no han podido tener a la vista al contratar, sería sustituir una nueva convención a las que las partes han celebrado, y despojarlas, al mismo tiempo de derechos adquiridos” (*Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado*, Editorial Jurídica de Chile, tomo I, pp. 79-80).

Es el mismo problema, los cambios constantes del legislador, que sin tasa ni medida pretende deshacer o rehacer las cosas al amaño de su propia voluntad, cuya solución fue iluminada por el profesor don Jorge López Santa María, al recordar el génesis del artículo 22 de la Ley sobre Efecto Retroactivo de las Leyes (“En todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración”), en punto a que, del Mensaje del Presidente de la República que forma parte de su historia fidedigna, se desprende claramente la intención de excluir tanto el efecto



retroactivo como el efecto inmediato de la leyes nuevas sobre los contratos celebrados con anterioridad:

“el que contrata -decía el Mensaje- no lo hace por lo regular tomando en cuenta sólo el momento en que ajusta su convención; sus cálculos abrazan, además, el porvenir y trata de asegurarse al amparo de la ley una posición que en cuanto se pueda está a salvo de eventualidades caprichosas. Sería, pues, contraria hasta un punto muy peligroso a la confianza de las especulaciones, si hubiera de verse expuesto en el curso de su desarrollo a sufrir los cambios más o menos radicales que se originasen de la promulgación de una nueva ley. Para evitar estos inconvenientes, el proyecto sienta el principio de considerar incorporadas a un contrato a las leyes que le eran aplicables al tiempo de su celebración”. Señalando a renglón seguido que “puede afirmarse que los derechos contractuales son derechos adquiridos y que la adquisición se produce en el momento mismo de la conclusión del contrato según la legislación entonces vigente. La regla de supervivencia de las leyes antiguas excluye el efecto inmediato de las leyes nuevas” (*Los contratos. Parte general*, Editorial Jurídica de Chile año 1986, pág. 206);

VIGESIMONOVENO: Que esta es, en suma, la raíz y razón de ser de las constituciones del siglo XX: si antes se erigía la ley como la guardiana paradigmática de los derechos civiles y políticos, y en los parlamentos se depositaba su resguardo, a partir de este momento se trata de defenderlos frente al absolutismo legal.

El temor de que la victoria electoral de un grupo o clase sobre otro pudiera ser suficiente para alterarlo todo, es el causante de “que las nuevas Constituciones se hicieran rígidas y fue a partir de esa rigidez donde el control de constitucionalidad de las leyes como problema teórico y práctico comenzó a tener sentido” (Javier Tajadura, *Constitución y democracia en la Unión Europea, en Justicia Constitucional y Unión Europea*, varios autores, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid año 2008, pág. 18);

TRIGESIMO: Que idéntica constatación hizo el catedrático Eduardo García de Enterría, acerca de la “situación actual en que la sociedad se nos aparece inundada por una marea incontenible de leyes y reglamentos, no sólo no estables, sino en estado de perpetua ebullición y de cambio frenético” (*Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas*, Editorial Civitas año 1999, pp. 47-48). Y Luigi Ferrajoli:

“tal crisis se manifiesta en la inflación legislativa provocada por la presión de los intereses sectoriales y corporativos, la pérdida de la generalidad y abstracción de las leyes, la creciente producción de leyes-acto, el proceso de descodificación y el desarrollo de la legislación fragmentaria, habitualmente bajo el signo de la emergencia y la excepción” (*Derechos y garantías. La ley del más débil*, Editorial Trotta año 2010, pp. 16-17).

Cerrando esta cita de autores, en ningún caso taxativa, la comprobación de los comparativistas italianos Sres. Luicio Pegoraro y Rinella: “Frente a una legislación hipertrófica y heterogénea, expresión de una acción política arbitraria, la unidad y



coherencia del ordenamiento jurídico no pueden más que encontrar su anclaje en los principios supremos establecidos en la Constitución. Se entiende, por tanto, como rol altamente relevante, que se haya asignado gradualmente a los Tribunales Constitucionales el papel de custodios de la legalidad constitucional” (*Derecho constitucional comparado* 2 citado, volumen A pág. 112);

TRIGESIMOPRIMERO: Que el propio Tribunal Constitucional ha estimado subsistentes en los contratos las leyes vigentes a la época de su celebración, aunque estas leyes hayan sido invalidadas por una posterior sentencia de inconstitucionalidad con efectos erga omnes: a pesar de que una ley haya sido derogada o anulada, si subsiste y sigue produciendo efectos al formar parte de un contrato, no hay impedimento para declarar su inaplicabilidad por inconstitucionalidad en el gestión judicial particular de que se trate (STC Rol N° 1552-09 considerando 6°, y otros muchos posteriores que siguieron en la materia).

Como se puede apreciar, este predicamento que ampara los derechos adquiridos al cobijo de contratos válidamente celebrados, no significa que el legislador estaría impedido para variar la normativa pertinente hacia el futuro: puede hacerlo, pero es obvio que la nueva ley únicamente puede regir aquellos acuerdos de voluntad que se convengan desde la fecha de su publicación en adelante. Pero, si además esta nueva ley busca alcanzar contratos ya celebrados, trastornando o damnificando derechos adquiridos por su intermedio, esa ley no sería modificatoria sino pura y simplemente una ley expropiatoria (lo que tampoco le está inhibido hacer, si se dan las causales constitucionales calificadas de bien común exigidas para ello).

No hay tal réplica, pues, como que todo esto significaría crear un “derecho adquirido sobre la legislación”, o que los contratos podrían “congelar la legislación”. Son estos enunciados con visos retóricos los que -en alguna ocasión pasada- han conseguido deformar el correcto entendimiento del artículo 19, N° 24, inciso primero, de la Constitución, en relación con los contratos y los derechos personales o créditos que emanan de ellos;

TRIGESIMOSEGUNDO: Que la intangibilidad de los contratos antes descrita, supone, entonces, que las partes no están jurídicamente obligadas a soportar el albur estatal, de modo que, si dichos pactos fueron celebrados en su momento conforme con la legalidad, les son inoponibles las leyes venideras. A menos, por cierto, que las mismas partes hayan acordado, de antemano o con posterioridad, la adecuación a dicha legislación posterior.

Es enteramente aceptable que los contratantes deben asumir el riesgo natural del negocio; sin embargo no lo es que habrían de asimilar, además, el azar legislativo futuro. Si una intempestiva y sobreviniente normativa ordena alterar contratos en curso, por interpósita autoridad, a las partes interesadas les es dado reclamar tanto contra el acto administrativo de aplicación cuanto, también, contra el acto legislativo que ordena la reconfiguración.



Y ello, porque de suyo e inmediatamente, una tal alteración implica un perjuicio o lesión, ya concretado en grado de *perturbación*, que consiste sin más en “trastornar el orden y concierto, o la quietud y el sosiego de algo o de alguien”, según el Diccionario. Es ampliamente aceptado, en el ordenamiento positivo chileno, que no solo la privación o amenaza configuran modos de herir un derecho, sino que igualmente lo es la perturbación, en el sentido indicado: aparte de los artículos 20 y 21 de la Constitución, pueden citarse en este sentido las leyes N°s. 20.422 (artículos 6° letra a) y 57); 20.609 (artículo 2°); 21.120 (artículo 25); 21.155 (artículo 1° N° 3), y 21.325 (artículo 1° N° 7);

TRIGESIMOTERCERO: Que, ahora bien, el artículo 2264 del Código Civil *define* (esto es, fija con claridad, exactitud y precisión la naturaleza de una cosa, según el Léxico) que “La constitución de renta vitalicia es un contrato aleatorio en que una persona se obliga, a título oneroso, a pagar a otra una renta o pensión periódica, durante la vida natural de cualquiera de estas dos personas o de un tercero”.

Rasgos característicos que, en lo medular, repite el artículo 62 del DL N° 3.500: “Renta Vitalicia Inmediata es aquella modalidad de pensión que contrata el 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°, segundo corresponda”.

E igualmente el legislador proyecta las mismas singularidades al conceptualizar los contratos de Renta Vitalicia Inmediata con Retiro Programado, en el artículo 62 bis, y de Renta Temporal con Renta Vitalicia Diferida, en el artículo 64;

TRIGESIMOCUARTO: Que, por ende, el contrato de renta vitalicia es reconocible como una especie de contrato típico o nominado, es decir, con una identidad y fisonomía propias, que lo distinguen nítidamente de otras fórmulas convencionales, desde que sus características esenciales, origen y ejecución se encuentran normados de antemano por la ley. Contrato nominado -precisa el Diccionario del Español Jurídico- es aquel “que tiene una regulación propia en la ley, en que se establecen sus características generales y principios de su régimen jurídico”.

Siendo de acotar que, atinente a este especial contrato, en cuanto reglado en aquellos aspectos de que trata específicamente el DL N° 3.500, de su preceptiva no aparece que las partes deban aceptar más cambios legislativos que aquellos concernientes a esos componentes y solo a efectos de perfeccionar su conmutatividad.

Nada hay en esta normativa que permita sostener que las partes se han abandonado a cualquier legislación venidera, que -como acontece en la especie- pueda llegar hasta desfigurar los contratos y desplazarlos hacia un negocio jurídico totalmente diferente, por circunstancias por completo ajenas al acontecer de lo estipulado originalmente;



TRIGESIMOQUINTO: Que, en este orden de ideas, resulta evidente que la Ley N° 21.330 altera radicalmente las cualidades distintivas del contrato de seguro antes perfilado, comoquiera que, al desconocer que las primas pagadas ya ingresaron legítima y definitivamente al patrimonio de las compañías aseguradoras, y al abrigo de esa convicción éstas hicieron sus cálculos e inversiones, justamente para poder satisfacer cumplidamente sus obligaciones a futuro, ha removido los cimientos de este contrato para transustanciarlo en un préstamo forzoso.

Es más, al disponer la Ley N° 21.330 una transferencia de recursos que ingresaron al patrimonio de las aseguradoras a título de pago de la respectiva prima, para ayudar a las personas que se encuentren en un estado de necesidad producto de la circunstancia extraordinaria que invoca, adelanta desde ya que su finalidad no se concilia con alguna razón de interés social o de utilidad pública, ya que “la causa de ella no es otra que el beneficio exclusivo de una persona determinada”, conforme lo razonado en la SCS Rol N° 10.229 de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, de 8 de noviembre de 1973 y publicada en Fallos del Mes N° 187 (1974) pp. 84-88. Análogo postulado consagró la STC Rol N° 334-01, evocando la autorizada doctrina de don Enrique Evans (considerando 22°),

En rigor, si ha menester auxiliar o subsidiar a los damnificados por una epidemia terrible, a raíz de la cual se les ha ordenado cesar de trabajar, es el Estado, autor de la decisión y protector de la población, quien debe satisfacer esta nueva necesidad pública, imprevista y extraordinaria, como apuntó la STC Rol N° 9797-20 (considerando 27° párrafo tercero), siguiendo una jurisprudencia arraigada a contar del conocido caso *Benjamín Ábalos con Fisco*, sentencia N° 5.185 aparecida en Gaceta de los Tribunales N° 3.001 (1890);

TRIGESIMOSEXTO: Que, establecida la inconformidad de la Ley N° 21.330 con el inciso primero del artículo 19, N° 24, constitucional, cuadra apuntar, a continuación, que tampoco guarda armonía ni relación con su inciso segundo, que reza así: “Solo la ley puede establecer el modo de adquirir la propiedad, de usar gozar y disponer de ella y las limitaciones y obligaciones que deriven de su función social. Esta comprende cuanto exijan los intereses generales de la Nación, la seguridad nacional, la utilidad y la salubridad públicas y la conservación del patrimonio ambiental”.

A cuyo respecto debe advertirse -una vez más- que no es lo mismo regular el modo de adquirir y ejercer el derecho de propiedad, que las limitaciones u obligaciones a que puede dar lugar su función social. En los términos del N° 26 del mismo artículo 19, mientras la regulación o complemento tiene por objeto perfeccionar o hacer más íntegra y perfecta dicha garantía, la limitación -en cambio- se traduce en reducir la extensión donde puede tener lugar o desarrollarse en plenitud el derecho, aunque sin llegar hasta afectar su esencia o a imponerle requisitos que impidan su libre ejercicio.



En STC Rol N° 2684-14, el Tribunal Constitucional tuvo oportunidad de precisar que el acto regulatorio difiere de una limitación en su contenido y alcance. El primero es aquel que tiene por propósito determinar las reglas conforme a las cuales se debe usar, gozar o disponer de la propiedad, orientadas precisamente a resguardar su ejercicio efectivo e impedir que se emplee contra ley o contra derecho ajeno. El objeto de la limitación, agregó en dicha sentencia, consiste en restringir, acortar o ceñir, reduciendo a menores límites, la extensión donde puede ejercerse el derecho, pero dejando plenamente vigentes sus facultades esenciales (considerando 25°);

TRIGESIMOSEPTIMO: Que, por lo visto, es la ley -expresada en el DL N° 3.500- la que ha regulado acabadamente el modo de adquirir, usar, gozar y disponer los derechos personales o créditos provenientes de los contratos de seguros allí tratados. Por lo que, siendo en principio admisible que una ley posterior pueda venir a perfeccionar el modo de ejercer el mismo derecho, a fin de promoverlo e impulsar su desarrollo, esta vez acorde con el inciso segundo del artículo 5° de la Constitución, no le está dado al legislador posterior el poder para deconstruirlo o desvirtuarlo. Menos, invocando circunstancias extraordinarias que no condicen ni guardan vinculación ninguna con el quehacer propio e inherente a ese derecho.

Lo anterior no procede ni aun tratándose de una genuina ley de reforma constitucional, al hilo de lo razonado precedentemente;

TRIGESIMOCTAVO: Que, concerniente ahora a las obligaciones y limitaciones que la ley puede imponer al ejercicio del dominio, procede descartar que la Ley N° 21.330 encuentre aquí refugio constitucional. Desde luego, porque la invocación a la “función social” hecha por la defensa fiscal parece un intento de justificación post hoc, toda vez que ninguna de las causales que le son constitutivas - como los “intereses generales de la Nación” o la “utilidad y salubridad públicas” - fue motivo de debida calificación durante la tramitación de esta Ley N° 21.330.

Esta falta de oportuna justificación legislativa adquiere entidad, una vez convenido que -siendo el ejercicio pacífico de los derechos aquello que se encuentra por regla general asegurado- la imposición de limitaciones u obligaciones comporta una figura excepcional y que solo procede al configurarse alguna de esas categorías. No siendo suficiente, en un régimen jurídico en que los actos del Estado se encuentran sujetos a escrutinio y control, la mera afirmación de que concurrirían estos requisitos, sino que es condición sine qua non su formal declaración y debida comprobación (STC roles N°s. 226-95 considerando 47°; 280-98, considerando 29°; 334-01, considerando 22°; 370-03, considerando 22°);

TRIGESIMONOVENO: Que, sin perjuicio de lo anterior, no pudiendo menos que admitirse la existencia de personas necesitadas, incluso desamparadas, a causa del COVID-19, este hecho no es posible encuadrarlo dentro de los “intereses generales de la Nación” ni procede calificarlo como relativo a la “utilidad y la salubridad públicas”, con vistas a imponer cargas a los propietarios particulares, dado que una mera aseveración en tal sentido riñe con el mandato indelegable de que es el Estado,



con cargo a las rentas generales de la Nación, quien tiene la obligación de procurar el bien común y proteger a la población, al tenor expreso del artículo 1° de la Constitución (incisos cuarto y quinto).

No siendo lícito que el Estado desatienda dicho deber y que, por la vía de una ley, ingenie a este respecto una virtual subrogación por cambio de deudor.

Para apoyar este aserto y no atenerse únicamente a una negación, valga destacar que estos luctuosos hechos ya han sido calificados como una “calamidad pública”, aplicando el artículo 41 constitucional, tal como lo admite la propia Ley N° 21.330, en el inciso primero que se agrega a la disposición quincuagésima transitoria. De suerte que, siendo estos hechos la causa que motiva tal calificación, ellos no justifican la imposición de otras afectaciones al ejercicio de los derechos que aquellas expresa y taxativamente contempladas para paliar el correspondiente estado de catástrofe;

CUADRAGESIMO: Que, por último, interesa clarificar que tampoco la ley de marras se compadece con el inciso tercero del artículo 19, N° 24, de la Constitución, que garantiza lo siguiente: “Nadie puede, en caso alguno, ser privado de su propiedad, del bien sobre que recae o de alguno de los atributos o facultades esenciales del dominio, sino en virtud de una ley general o especial que autorice la expropiación por causa de utilidad pública o de interés nacional”.

Esto es así teniendo básicamente en consideración lo afirmado por esta Magistratura en STC Rol 334-01: que “no sólo se produce privación del dominio cuando se despoja a su dueño totalmente de él o de uno de sus atributos o facultades esenciales, sino, también, cuando ello se hace parcialmente o mediante el empleo de regulaciones que impidan libremente ejercer su derecho o uno de sus atributos”, a un tiempo que citaba a don José Luís Cea, quien había sentado la correcta doctrina al decir que la privación implica un sacrificio, ablación o destrucción, “total o parcial, efímero o permanente” del contenido o sustancia del derecho (considerando 19°).

Cuyo es también el actual caso. Si la sola Ley N° 21.330 implica perturbar el devenir normal de los contratos de renta vitalicia, alterando el ejercicio derechos personales o créditos antes adquiridos, en general, enseguida el legislador se adueña de la facultad de disposición que tienen las compañías de seguro para administrar los ingresos legítimamente percibidos a título de prima, y -mediando una orden retiro del asegurado- les ordena desprenderse de unos dineros que, como bienes corporales, ya habían ingresado a su patrimonio;

CUADRAGESIMOPRIMERO: Que no es atendible, en esta sede, la alegación estatal de que el susodicho retiro habría de efectuarse con cargo a una “reserva técnica” que las compañías de seguro tendrían que mantener, por cuanto este caudal no está conformado por montos que sean de propiedad de los asegurados y, de acuerdo con el DFL N° 251, de Hacienda, de 1931 (artículo 20), se encuentra únicamente destinado a cumplir el pago de la renta o pensión mensual acordada por



el acaecimiento de una de aquellas contingencias sociales enumeradas en el DL N° 3.500.

No expía tampoco la infracción constitucional cometida, la circunstancia de que existiría una compensación por el anticipo de rentas, al disminuir las futuras rentas mensuales en proporción a lo retirado. Este argumento -negado de contrario- no concierne a la invalidez de un acto legislativo por incumplir las causas que hacen procedente afectar legítimamente el derecho de propiedad, acorde con la Constitución; dice relación con un hipotético contencioso posterior donde se discutan sus efectos patrimoniales civiles y la cuantía del perjuicio que se habría producido.

Por ende, de cara al inciso tercero del artículo 19 N° 24, de la Constitución, la observación atenta de los preceptos de la Ley N° 21.330 deja advertir que se está en presencia de una normativa que simplemente priva a las compañías titulares de las facultades inherentes al dominio y de los bienes que adquirieron e incorporaron a su patrimonio al amparo de las reseñadas disposiciones constitucionales y legales vigentes;

V. DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL

CUADRAGESIMOSEGUNDO: Que el artículo 19, N° 18, de la Constitución, al asegurar el derecho a la seguridad social, circunscribe la acción del Estado a “garantizar el acceso de todos los habitantes al goce de prestaciones básicas uniformes”, obligación que -en armonía con el deber del Estado de “respetar y promover” los derechos fundamentales, consagrada en el artículo 5°, inciso segundo, constitucional- tendría que orientarse a propiciar el desarrollo del sistema previsional estatuido en el DL N° 3.500, de 1980, absteniéndose de crear incertezas que puedan poner en duda su efectiva realización.

Lo dijo la STC Rol 7442-19 (considerando 30°) y lo repitió la STC Rol N° 9797-20 (considerando 25°): “la única forma de asegurar que el Estado cumpla con su obligación de garantizar el acceso a una prestación mínima o la que resulte de un monto superior por la cuantía de los fondos previsionales acumulados, es que la ley exija que los fondos destinados a financiar las prestaciones de seguridad social tengan ese único objetivo”. Concluyendo ambos pronunciamientos “que el destino de los fondos previsionales es para cubrir únicamente las prestaciones a que se refiere el Decreto Ley 3.500, como son las pensiones por vejez, por invalidez y por sobrevivencia, lo cual permite asegurar el efectivo ejercicio del derecho a la seguridad social”.

De modo que “si tales fondos tienen un destino predeterminado, amparado por la Constitución, no es lícito darles otra aplicación pública diferente de aquellas que justificaron su creación” (STC Rol N° 9797-20, considerando 26°);



CUADRAGESIMOTERCERO: Que, de consiguiente, en la especie no cabe articular una ficticia colisión de derechos entre la propiedad y la seguridad social. No solo porque los derechos constitucionales deben operar en armonía y compatibilidad, siendo improcedente invocar uno para anular la eficacia de otro; además, porque la Ley N° 21.330 ha venido a perturbar y a expoliar uno sin siquiera beneficiar al otro, que de soslayo resulta amagado.

La exigencia de cotizaciones obligatorias para enfrentar riesgos futuros y no emergencias actuales, así como la subsistencia de instituciones privadas especializadas en recaudar e incrementar este ahorro forzoso, resultan amagadas al expedirse leyes que, invocando situaciones extraordinarias que compete al Estado subsidiario solventar, malversan dicha finalidad esencial del derecho a la seguridad social;

CONCLUSIONES

CUADRAGESIMOCUARTO: Que, de estas consideraciones, la conclusión que se impone es que la Ley N° 21.330, a pretexto de unas circunstancias extraordinarias pero excediendo lo que permite hacer expresamente el correspondiente Estado de Excepción Constitucional, y por aplicación de los preceptos objetados en el presente requerimiento, ha venido a afectar inconstitucionalmente los derechos de propiedad y de seguridad social implicados en el sistema previsional vigente.

No obsta esta declaración el que la Ley N° 21.330 se presente como una “Reforma Constitucional”, con vistas a arrebatar una atribución que es del Jefe de Estado, según se ha demostrado, y de paso enervar la acción del Tribunal Constitucional. Dicha apariencia no le impide a esta Magistratura entrar al fondo y sincerar que se trata de una simple ley, cuya aplicación causa la afectación de derechos fundamentales aludida en el párrafo anterior.

Y TENIENDO PRESENTE lo preceptuado en el artículo 93, incisos primero, N° 6°, y decimoprimer, y en las demás disposiciones citadas y pertinentes de la Constitución Política de la República y de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional,

SE RESUELVE:

- I. QUE SE ACOGE EL REQUERIMIENTO DEDUCIDO A FOJAS 1, POR LO QUE SE DECLARA LA INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD RESPECTO DEL ARTÍCULO ÚNICO,



INCISOS DECIMOSEGUNDO, DECIMOTERCERO Y DECIMOCUARTO, DE LA LEY N° 21.330, QUE MODIFICA LA CARTA FUNDAMENTAL, PARA ESTABLECER Y REGULAR UN MECANISMO EXCEPCIONAL DE RETIRO DE FONDOS PREVISIONALES Y ANTICIPO DE RENTAS VITALICIAS, EN LAS CONDICIONES QUE INDICA, EN EL PROCESO ROL N° 264- 2021 (CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO), SOBRE RECLAMO DE ILEGALIDAD, SEGUIDO ANTE LA CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO. OFÍCIESE.

II. ÁLCESE LA SUSPENSIÓN DEL PROCEDIMIENTO DECRETADA EN AUTOS. OFÍCIESE.

DISIDENCIA

Acordada con el voto en contra de los Ministros señores GONZALO GARCÍA PINO, de la Ministra señora MARÍA PÍA SILVA GALLINATO, y del Ministro señor RODRIGO PICA FLORES, quienes estuvieron por rechazar el requerimiento, por las siguientes razones:

I. INAPLICABILIDAD Y OBJETO DE CONTROL: INCOMPETENCIA DEL TRIBUNAL EN EL PRESENTE PROCESO

1. La jurisprudencia del Tribunal, en sentencia de inadmisibilidad 2848 señaló que “la expresión precepto legal “como ya ha resuelto esta Magistratura, es equivalente a la de norma jurídica (de rango legal), la que puede estar contenida en una parte, en todo o en varios de los artículos en que el legislador agrupa las normas de una ley. Así, por lo demás, ya tuvo oportunidad de razonarlo y concluirlo la sentencia de inadmisibilidad Rol 626, de 16 de enero de 2007, en cuyo considerando 1º, luego de examinar la jurisprudencia y la doctrina, se concluye que “en suma, debemos aceptar que los vocablos “preceptos legales” son equivalentes al de regla o norma jurídica, aunque de una determinada jerarquía (legal)”.

2. En el considerando 3º de esa misma sentencia, se razonó que “una unidad de lenguaje debe ser considerada un “precepto legal”, a la luz del artículo 93 de la Constitución Política, cuando tal lenguaje tenga la aptitud de producir un efecto contrario a la Constitución” y de dejar de producirlo en caso de ser declarada inaplicable. Por último, en el considerando 6º de esa misma sentencia se estableció que para que una unidad lingüística pueda ser considerada una norma o precepto legal de aquellos que trata el artículo 93 de la Carta Fundamental, no es necesario que sea completa o autárquica. Por lo demás, esta Magistratura ha declarado inaplicables preceptos legales que constituyen sólo parte de un inciso de un artículo. (Sentencias



de 31 de agosto de 2007, Rol 747 y de 31 de marzo de 2008, Rol 755)" (Sentencia de 13 de mayo de 2008, Rol N° 944).

3. En el mismo sentido, este Tribunal ha razonado que la expresión precepto legal "es equivalente a la de norma jurídica (de rango legal), la que puede estar contenida en una parte, en todo o en varios de los artículos en que el legislador agrupa las normas de una ley", en términos tales que es equivalente a "regla o norma jurídica, aunque de una determinada jerarquía (legal)". Concluyéndose que "una unidad de lenguaje debe ser considerada un 'precepto legal', a la luz del artículo 93 de la Constitución Política, cuando tal lenguaje tenga la aptitud de producir un efecto contrario a la Constitución y de dejar de producirlo en caso de ser declarada inaplicable" (sentencia de 28 de mayo de 2009, Rol N° 1204, reiterado en sentencia de veinticinco de agosto de dos mil nueve, Rol N° 1288)"

4. En un pronunciamiento diferente y anterior, en la sentencia rol N° 993, de 13 de mayo de 2008, el tribunal razona que "todo precepto legal que se impugne no constituye generalmente una norma aislada, sino que es un enunciado que, puesto en aplicación, guarda relaciones de interdependencia y operatividad con otros, a la luz de los cuales cabe ser interpretado y aplicado".

5. De la misma forma, la sentencia de inadmisibilidad rol N° 1416, de 14 de julio de 2009, se reitera que "como ya se ha sentenciado, la expresión precepto legal es equivalente a la de norma jurídica de rango legal, la que puede estar contenida en una parte, en todo o en varios artículos en que el legislador agrupa las disposiciones de una ley. Así, se ha razonado que "una unidad de lenguaje debe ser considerada un 'precepto legal', a la luz del artículo 93 de la Constitución Política, cuando tal lenguaje tenga la aptitud de producir un efecto contrario a la Constitución" (Roles N° 626/2007 y 944/2008). De este modo, para que una unidad lingüística pueda ser considerada un precepto legal de aquellos a que alude el artículo 93 de la Carta Fundamental, no es necesario que sea completa sino autárquica o, en otros términos, que se baste a sí misma".

6. Así, en general, cuando la impugnación se refiere a un acto administrativo o a una revisión de actos procesales o investigativos del Ministerio Público, es declarada inadmisibile por no recaer en un precepto legal, al ser normas infralegales, independientemente de su contenido, pues es primer término es la dimensión formal, y no otra, lo que determina que una norma es o no "precepto legal".

7. Por otra parte, frente al planteamiento de cuestiones de inaplicabilidad por inconstitucionalidad en las que se ha pretendido impugnar normas constitucionales, este tribunal tiene dos pronunciamientos de inadmisibilidad que son paradigmáticos, cuales son los Roles N°s 2392 y 2124.

8. En efecto, en el cons. 9 de la interlocutoria de inadmisibilidad Rol N° 2392 se señala expresamente que "en cuanto a la impugnación de la disposición octava transitoria de la Constitución Política, procede declarar la inadmisibilidad, por no ser



procedente respecto de preceptos que no tengan rango legal, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 5° del artículo 84 de la citada ley Orgánica de esta Magistratura”, delimitando claramente la competencia de este Tribunal en sede de inaplicabilidad.

9. A su vez, el cons. 13 de la sentencia de inadmisibilidad Rol N° 2124, referida a una impugnación del artículo 20 de la Constitución, razonó que “se colige claramente que el requerimiento no recae en un precepto legal en los términos usados por el numeral 4° del artículo 84 de la citada ley orgánica constitucional”, por ser precisamente una norma constitucional.

10. Es errada la tesis que plantea que es el contenido y no la forma lo que determina si una norma es o no precepto legal. En efecto, en un Estado constitucional y democrático, la voluntad del legislador, representante directo de la pluralidad del pueblo -entendido como soberano y titular del poder- se manifiesta mediante el procedimiento legislativo, en el marco del principio de separación de poderes y dentro de los canales institucionales determinados por la Constitución.

11. Así, en un régimen democrático es ley lo que el pueblo manifieste de esa forma como su voluntad, por intermedio de sus representantes. Es por ello que las normas del iter legis, sobre iniciativa, indicaciones, plazos, veto, promulgación y todas sus otras materias, no son solo cuestiones técnico-jurídicas, sino que son las normas que concretan la canalización de la voluntad del soberano en el desenvolvimiento diario de la toma de decisiones en el sistema político. Al mismo tiempo, es la Constitución la norma que establece el sistema de fuentes del derecho, determinando las materias de cada norma, sumado a las competencias, procedimientos y formalidades para cada una de ellas.

12. A su vez, siendo las constituciones normas dinámicas y siendo el poder constituyente la primera y más relevante manifestación de la soberanía, entendida como derecho de autodeterminación de los pueblos, su ejercicio no se agota con la dictación de una constitución, sino que el pueblo retiene y mantiene su poder constituyente en todo momento, sin el cual jamás sería soberano. Es por ello que todo documento jurídico que conceptualmente merezca el nombre de constitución ha de contemplar procedimientos de reforma de la misma, sean parciales o totales, sea por los poderes constituidos o sea apelando a una manifestación de voluntad constituyente originario (cuestión que en materia de reforma integral la carta de 1980 no tuvo en su texto hasta la dictación de la Ley de reforma constitucional N° 21.200).

13. De ello derivan varias cuestiones, pues las normas impugnadas en este caso son de rango y fuerza constitucional, dictadas en función de poderes constituyentes derivados ejercidos desde el Congreso Nacional y en el procedimiento que la propia norma constitucional vigente contempla. Así, cabe concluir que es imposible que este tribunal se erija en un órgano capaz de anular o inaplicar las normas constitucionales que tiene por función defender. En efecto, este tribunal se encuentra sometido a las normas constitucionales y no sobre ellas, pues es un órgano creado por la norma constitucional y no un creador de normas constitucionales, ya



que ese poder en la constitución vigente se le entrega al Congreso Nacional actuando con el Presidente de la República, o a la Convención Constitucional, con mandato y ratificación del pueblo.

14. Este tribunal no es un órgano constituyente, y en un régimen democrático jamás podría serlo, pues no es el depositario de la inalienable soberanía de la cual emana el poder constituyente y tampoco es un representante de su titular electo en urna. Por eso, sostener el pretendido carácter constituyente de este tribunal, pugna con la concepción de república democrática del artículo 4° de la Constitución vigente y con la titularidad de la soberanía establecida para nación y pueblo por artículo 5° de la Constitución, pues el elemental poder constituyente es parte de ella y no es a un tribunal a quien corresponde en una república democrática, sino al titular de la soberanía.

15. Corolario de ello es que incluso en el texto original de la carta de 1980 pueden leerse claramente sus artículos 6° y 7°, de los cuales cabe señalar varias cosas: la primera es que este tribunal es un órgano del Estado, por lo que está sometido a las normas constitucionales y no sobre ellas, debiendo además garantizarlas como parte del orden institucional de la república, lo cual es todo lo contrario de inaplicarlas. La segunda es que este Tribunal no tiene más potestades que las entregadas en el artículo 93 de la Constitución y desarrolladas en su ley orgánica constitucional, de lo cual deriva que la conceptualización y delimitación de lo que es o no precepto legal no es una cuestión académica ni creativa: es ni más ni menos que la delimitación de los poderes de este tribunal en sede de inaplicabilidad, y como toda delimitación de potestades no puede ser interpretada extensivamente, pues este órgano del Estado solamente puede actuar en los casos y formas que determine la ley.

16. Ello determina que en el catálogo de atribuciones de este tribunal, en el artículo 93 de la constitución, y en las normas procedimentales de su ley orgánica, se determinan los casos y formas en los que puede ejercer sus potestades, teniendo presente que el objeto de control y los requisitos de admisibilidad son algunos de dichos elementos. Así, cabe mencionar que cuando a este tribunal se le han otorgado atribuciones de control sobre normas de tipo constitucional se ha señalado ello expresamente en el artículo 93, numeral 3°, de la Constitución -en control preventivo- y no podría ser de otra forma, pues el artículo 7° de la misma constitución exige señalarlo expresamente y delimitar el objeto de la atribución, a lo cual se agrega que no podría sino ser en control preventivo, pues de otra forma este tribunal no tendría límites externos en la constitución para el ejercicio de sus propias potestades al disponer por sí y ante sí de ellos, erigiéndose no como un garante de normas constitucionales sino como un cercenador de ellas, cuestión que es un sin sentido conceptual y a la vez la negación de su carácter de poder constituido y sometido a derecho en la misma constitución.

17. Es en tal sentido que si la inaplicabilidad se refiere a “precepto legal”, ello tiene un significado que delimita las atribuciones de este tribunal: la potestad del



numeral 6° de la Constitución se refiere solamente a normas de rango legal, no supra ni infra legales, ni menos a normas constitucionales, que pasarían a ser a la vez objeto y parámetro de control sin que la constitución lo disponga, dependiendo de la sola voluntad del intérprete el señalar cual de las normas invoca como primacista para hacer desaparecer la que no le guste, en un ejercicio a lo menos errado.

18. En este sentido, acoger los presentes requerimientos es desconocer el legítimo ejercicio de las atribuciones constituyentes derivadas del Congreso Nacional al crear la norma, y señalar que se hace porque se refiere a una materia reglada en el decreto ley 3500 es un error, pues en un sistema democrático el constituyente, originario o derivado, puede constitucionalizar la regulación de la materia que le plazca, teniendo como límite solamente el derecho internacional de los derechos humanos, motivo por el cual se estudia centenariamente la figura de la constituciones extensas o desarrolladas, en atención a la cantidad de materias que recogen y a la especificidad de su regulación, sin que por ser desarrolladas, extensas y específicas dejen de tener naturaleza y rango de normas constitucionales, ya que ello es un elemento de forma y no de contenido.

19. Por más que en el voto por acoger se invoque doctrina y normativa comparada, ello es un ejercicio errado y estéril, pues no son ni pueden ser fuente de potestades en el derecho chileno, que por virtud del artículo 7° de la constitución vigente requiere de norma jurídica de derecho positivo que de forma expresa entregue la potestad. Así, el voto por acoger tiene una carga imposible de cumplir: encontrar norma expresa que entregue a este tribunal la explícita y literal potestad de dejar sin efecto normas constitucionales vigentes, y la acción de inaplicabilidad no alcanza para ello, pues se refiere solamente a “preceptos legales” contrastados con norma constitucional en los efectos de su aplicación, siendo así la norma constitucional parámetro y no objeto de control.

20. Que, por otro lado, no es la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad una vía idónea para determinar perjuicios patrimoniales, por lo que es un error pretender darlos por establecidos en esta sentencia. En efecto, la acción de inaplicabilidad no es de tipo declarativa ni menos de naturaleza patrimonial, y no tiene término probatorio porque en ella no hay hechos litigiosos, de lo que deriva que no tiene un período de discusión con réplica ni dúplica ni menos normas regulatoria prueba para su rendición y valoración, pues no existe en ella prueba alguna. En efecto, todo ello en el sistema chileno corresponde a los tribunales del fondo, por disposición expresa del artículo 76 de la Constitución vigente, al ser parte de las atribuciones de conocer y juzgar, no teniendo este tribunal facultad alguna en la resolución de conflictos declarativos patrimoniales civiles, porque incursionar en dicha materia a propósito de esta causa sería una intromisión en las atribuciones de los tribunales del orden civil para conocer eventuales litigios entre las aseguradoras requirentes y el Estado de Chile por posibles perjuicios patrimoniales, si es que se ejerciesen esas acciones.



21. En efecto, si los requirentes y los ministros por acoger creen - erradamente- que la norma cuestionada es precepto legal, entonces estaríamos frente a una cuestión de responsabilidad patrimonial del Estado por actividad pretendidamente legislativa, y es en un posible juicio declarativo de ese tipo (sin entrar a calificar el estatuto de ello en el derecho chileno) en el marco de lo cual debiese entonces ventilarse la presente cuestión. En ese sentido, se derivan dos grandes cuestiones: en primer lugar no es efectivo que exista vulneración del derecho a la acción como lo pretende la requirente -por lo que tal alegación es descartada desde ya- y en segundo lugar las gestiones invocadas en procesos de este tipo son simples contenciosos administrativos de mera legalidad formal contra actos de la Comisión para el Mercado Financiero, tutelas jurídicas en las cuales el debate de derecho nada tiene que ver con una acción declarativa de responsabilidad patrimonial ni menos con actividad probatoria de avaluación de perjuicios, por lo que la sentencia no puede tener el efecto que se le atribuye por los requirentes.

22. Así, no es el de inaplicabilidad el proceso debido para declarar perjuicios patrimoniales, y en clave constitucional del numeral 3° del artículo 19, no es este el proceso previo legalmente tramitado que corresponde para pretender declarar perjuicios patrimoniales, como tampoco son idóneas para ello las sedes de reclamo de ilegalidad contra la Comisión para el Mercado Financiero ni menos una acción de protección. En el mismo orden, en ningún proceso declarativo civil se declararía la existencia no menos el monto de tales perjuicios sin etapa probatoria ni rendición de prueba ni examen ni objeción de la misma por la contraparte, y además ningún sentenciador civil tendría por prueba del daño planillas Excel e informes financieros emanados de la propia parte que los presenta y que pretende la declaración de perjuicios, documentos que además no tienen la aptitud de cambiar la naturaleza jurídica de una acción de inaplicabilidad ni menos de alterar el reparto de potestades entre este tribunal y la judicatura civil.

23. Como si lo anterior fuese poco, cabe tener presente los caracteres y elementos de la gestión pendiente en los 6 procesos planteados respecto de la normativa cuestionada en estos autos y que tuvieron vista conjunta el día 09.12.2021, roles 11230/11350/11559/11560/11633/11683-21. Las gestiones pendientes se refieren a reclamo de ilegalidad por actos de la Comisión para el Mercado Financiero, y a acción de protección, nada de lo cual tiene que ver algo con declaración o indemnización de perjuicios ni menos con litigios acerca del derecho de propiedad sobre algún objeto de la misma, sino sobre cuestiones contencioso administrativas de legalidad formal. Así, cabe tener presente que la sentencia que acoja no tendrá en la gestión pendiente incidencia alguna para restituir algún derecho de propiedad pretendidamente tocado. A su vez, las gestiones pendientes nada tienen que ver con litigios ante tribunales internacionales ni organismos financieros ni menos con temas relacionados con tratados de libre comercio, y si lo tuvieran, no es esta Magistratura la que tenga atribuciones para resolver ello, de manera tal que si ello es ponderado o si fue tenido



en cuenta, es nuevamente exceder la órbita potestativa de este órgano, en infracción al artículo 7° de la Constitución, al no tener potestades para ello.

24. Es decir, el requerimiento no debió ser declarado admisible, y nunca este proceso debió haber llegado a esta etapa, pues este Tribunal no tiene competencia ni atribución alguna para declarar inaplicable una norma constitucional vigente, motivo que ya es suficiente para rechazar el requerimiento sin siquiera examinar el fondo.

II. ESTE TRIBUNAL Y LOS PROPIOS PODERES CONSTITUYENTES DERIVADOS RECONOCIERON EL CARÁCTER DE NORMA CONSTITUCIONAL -Y NO DE PRECEPTO LEGAL- DE LAS REGLAS CUESTIONADAS EN ESTOS AUTOS

25. En el proceso en el proceso rol 10774-21-CPT, Requerimiento de inconstitucionalidad presentado por S.E. el Presidente de la República respecto del proyecto de ley 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), ante este tribunal se formuló un requerimiento acerca de un proyecto de reforma constitucional, que dio origen a la normativa cuestionada en estos autos.

26. Cabe señalar que tanto el Presidente de la República, la dos cámaras y este Tribunal entendieron y dieron por hecho que se estaba en presencia de un control preventivo y contencioso de un proyecto de reforma constitucional, y no de norma con rango y fuerza de ley. En efecto, el Presidente de la República a fojas 1 y ss. del proceso Rol N° 10774 identifica normas de un proyecto de reforma constitucional, y a fojas 2 señala que “... *al ser una enmienda implícita de sus disposiciones permanentes, violenta el sentido mismo de la Constitución...*”, debiendo recordarse que el proyecto en las cámaras se presentó y tramitó como uno de reforma a la Constitución. Es decir, por más que en 142 páginas de requerimiento presidencial se quisiera decir lo contrario en dicho proceso, en lugar de ello a fojas 2 se reconoce lo obvio: que un proyecto presentado, etiquetado y tramitado como reforma constitucional se modifica la normativa contemplada en la Constitución. Adicionalmente, es evidente que el entonces proyecto de reforma constitucional, hoy norma constitucional vigente, tuvo por materia la regulación de una materia ya constitucionalizada: el retiro de fondos previsionales, que ya se reguló en las normas de la propia Constitución mediante la dictación de la ley de reforma constitucional N° 21.248, publicada en el diario oficial de 30 de julio de 2020, que permite el retiro excepcional de los fondos acumulados de capitalización individual en las condiciones que indica, regulando tal materia mediante la introducción de una nueva disposición transitoria a la Constitución, cual es la trigésimonovena.



27. Es del caso señalar que este Tribunal no tiene en el catálogo cerrado de potestades del artículo 93 de la Constitución poder alguno para “desconstitucionalizar” ni menos para “transformar en materia de ley” alguna materia que el constituyente derivado introduzca a la normativa constitucional mediante reformas parciales e incluso temporales a la Constitución con posterioridad a su dictación, cual es el caso de lo que se verificó con la dictación de la ya citada Ley N° 21.248, sin que ahora se pueda hacer ello en un proceso de inaplicabilidad, pues no hay competencia para ello y por otro lado se erigiría este órgano en un administrador de la voluntad constituyente derivada, lo cual supera su rol de órgano de control jurídico sometido a las normas constitucionales vigentes.

28. A este respecto, cabe traer a colación lo razonado por esta Magistratura en resolución dictada en el proceso Rol N° 6662-19-CPT, en tanto “El Tribunal Constitucional tiene una función jurisdiccional de garantía de la supremacía constitucional o, como se expresó en estrados, de *“defensa de la Constitución”*, pero ello no lo convierte en un suprapoder omnímodo puesto que la Constitución asigna, distribuye y arbitra atribuciones y competencias a un conjunto mucho más amplio de órganos del Estado”, agregando que “Entre las funciones asignadas a partir de la ley de reforma constitucional N° 20.050, compete a todos los órganos del Estado *“garantizar el orden institucional de la República”* (inciso primero del artículo 6° de la Constitución)” y que “Con ello, el constituyente nos recuerda, respecto de tan emblemático papel, que no se trata solamente de una dimensión retórica sino que de la garantía y defensa de la Constitución. Con ello, se sostiene la noción de que la suma de comportamientos leales al ordenamiento democrático profundiza su respeto y desarrollo. Lo anterior, tiene un conjunto denso de deberes sobre los cuales no cabe, en esta oportunidad, pronunciarse. Sin embargo, estamos contestes en que una de las maneras en que se garantiza el orden institucional de la República es mediante el respeto a los procedimientos que nos hemos dado y a los ámbitos de competencia que dimanen de los artículos 6° y 7° de la Carta Fundamental. Ese es un punto de partida razonable para obtener resultados constitucionalmente valiosos” (cons. 19°), cuestión que cobra relevancia a propósito de los límites de las atribuciones de este Tribunal en el proceso de inaplicabilidad, en lo relativo al objeto de control.

29. A su vez, la resolución que no admitió a tramitación el requerimiento del Presidente de la República en el proceso Rol N° 10.774-21-CPT, señala en su cons. 25° “Que, de esta forma, al referir los vicios de forma alegados al texto del proyecto y no a las actuaciones del proceso de reforma constitucional en el que se producirían, no se indica en forma precisa la cuestión de constitucionalidad planteada y no se permite a este Tribunal conocer e identificar los pretendidos vicios sobre los que tendría que pronunciarse”. Cabe observar que al aludir el objeto del requerimiento este Tribunal entonces calificó las normas como propias de reforma constitucional, y no como de ley, calificación que ahora se pretende cambiar para sostener que sería “precepto legal”, lo cual es en sí misma una adulteración del sistema de fuentes del derecho que carece de sustento normativo.



30. Si lo dicho expresamente en tal considerando precedentemente transcrito no resulta suficiente el lector, cabe señalar que la aludida resolución tiene además un título VII, que comienza en su razonamiento 42°, cuyo nombre es “ACERCA DEL ESTÁNDAR ARGUMENTATIVO DE UN REQUERIMIENTO SOBRE PROYECTO DE REFORMA CONSTITUCIONAL”, considerando 42 en el cual se señala que *“Adicionalmente, el presente proceso se refiere al control de constitucionalidad de un proyecto de reforma constitucional, es decir, a los límites materiales del poder constituyente, que, sea originario o derivado, es la más alta manifestación del derecho de autodeterminación de los pueblos en el marco de un sistema democrático. Es por ello que, estando contemplada tal atribución de control para este Tribunal en el artículo 93, numeral 3°, de la Constitución, el estándar argumentativo y de formulación de un conflicto de constitucionalidad de control de reforma constitucional requiere de alta precisión y específica delimitación, de forma inequívoca y clara, pues tal atribución convive con el poder de reforma constitucional de los órganos constituyentes derivados. En ese mismo sentido, es la dimensión jurídica de la Constitución aquello que este tribunal ha de garantizar, y lo anterior cobra especial relevancia si el proyecto en cuestión ha sido aprobado con un quorum holgadamente superior a los 2/3 máximos exigidos en cada cámara para una reforma a la constitución, lo que obliga a plantear el conflicto con la precisión necesaria”*. En lo que atañe a este proceso, es evidente que la incorporación de normas sobre tercer retiro de fondos previsionales, incluyendo a pensionados de rentas vitalicias, es norma constitucional y no precepto legal, y este Tribunal no solo lo entendió así, sino que lo expresó, razonó y resolvió detallada, fundada y expresamente.

31. Es por ello que no cabe sino concluir que la normativa cuestionada no solo no es precepto legal, sino que no podría serlo, ya que los órganos constituyentes derivados y este mismo Tribunal ya han reconocido su indiscutible carácter de norma constitucional.

III. CUESTIONES PLANTEADAS EN EL PROCESO ROL 10774-21-CPT, NO ACOGIDO A TRAMITACIÓN POR ESTE TRIBUNAL AL CONSIDERAR QUE NO EXISTÍA CONFLICTO DE CONSTITUCIONALIDAD EN LA TRAMITACIÓN DEL PROYECTO QUE DA ORIGEN A LAS NORMAS CONSTITUCIONALES CUESTIONADAS

32. Cabe tener presente que la resolución que no admitió a tramitación el requerimiento del Presidente de la República en el proceso rol 10774-21-CPT, identificando las pretendidas cuestiones planteadas, constató que:

“16°. En este sentido, a partir de estas dos eventuales infracciones constitucionales centrales, el requirente deriva una serie de otros cuestionamientos que pondrían en entredicho la constitucionalidad del proyecto. A lo anterior, se suman las objeciones de constitucionalidad a la posibilidad de que los pensionados o sus beneficiarios por renta vitalicia puedan adelantar el pago de sus rentas hasta por un 10% del valor correspondiente a la reserva técnica que mantengan en la respectiva compañía de seguros, con un límite máximo de 150 UF. En este



último caso se plantean como posibles vulneraciones, una transgresión a la garantía del derecho de propiedad respecto de los dineros que han sido traspasados en virtud de un acuerdo contractual desde los pensionados a las compañías aseguradoras, así como una vulneración a la igualdad de las cargas públicas al imponer un sacrificio patrimonial sobre tales compañías, el que deben soportar sin mayores compensaciones, además de una infracción al artículo 68 constitucional.

17°. En este sentido, regido el presente proceso por el principio dispositivo y sujeto a traba de litis determinada, en el requerimiento se alegan inconstitucionalidades de forma, pero posteriormente se constata que lo requerido es el texto del proyecto, según se desprende de fojas 2, al señalar que el objeto del requerimiento es “que este Excmo. Tribunal declare la inconstitucionalidad del proyecto” y en la parte petitoria del requerimiento “que declare contrarios a los artículos 1° inciso cuarto, 5°, 6°, 7°, 19, N°s 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...”. En su sentido natural y obvio, la voz “el proyecto” alude al texto de la iniciativa, es decir a su texto, lo que es coherente con lo expresado en la parte petitoria y con lo señalado a fojas 2.”.

33. Es decir, en un proceso de tipo abstracto y de efectos erga omnes, la mayoría de las cuestiones de constitucionalidad planteadas en el presente proceso fueron descartadas in limine litis, motivo por el cual resulta además anómalo resucitarlas hoy estando fenecido el proceso Rol N° 10.774 que las descartó, más a pretexto de un proceso de inaplicabilidad, pues no son estas normas un precepto legal de aquellos a que se refiere como límite a esta potestad el numeral 6° del artículo 93 de la propia Constitución.

IV. INVOCACIÓN ERRADA DE SENTENCIA DE EMPATE ROL N° 9797 COMO PRETENDIDO PRECEDENTE

34. Por otro lado, se pretende traer a colación como precedente lo resuelto en la sentencia de control preventivo dictada en empate en el proceso Rol N° 9797 y lo razonado en el voto de acogimiento en empate que circunstancialmente contó con la adhesión de quién presidía el tribunal. Cabe mencionar que siendo este proceso uno de inaplicabilidad, las sentencias de este tipo requieren en su fundamentación 6 votos de 10, en la medida que el numeral 6° del artículo 93 de la Constitución requiere “mayoría de miembros en ejercicio” para declarar la inaplicabilidad por inconstitucionalidad, por lo que nada que tenga menos de 6 votos puede ser tenido como fundamento de la sentencia. Es del caso señalar que el mal pretendido precedente Rol N° 9797 es una sentencia de empate, en una materia en la que la ley orgánica de este tribunal contempla el voto dirimente, que en inaplicabilidad no tiene cabida porque en esta sede empate significa rechazo por no haber mayoría para acoger. Adicionalmente, control preventivo abstracto y control a posteriori concreto (inaplicabilidad por inconstitucionalidad), son materias y atribuciones diferentes, en un sistema jurídico en el que además no se contempla ni se regula la fuerza obligatoria



del precedente, motivo por el cual tal construcción argumentativa no puede tener cabida en esta sentencia.

35. En efecto, la invocación del voto de empate por acoger en la sentencia Rol N° 9797 como un pretendido precedente no es una cuestión nueva, y ya fue descartada expresamente por este tribunal en la resolución que no admitió a tramitación el requerimiento del Presidente de la República en el proceso Rol N° 10.774-21-CPT ya aludido, al señalarse que “...se alega como infringido el efecto de la sentencia de empate Rol N° 9797 de esta Magistratura, a partir del artículo 94 de la Constitución, pre suponiendo, como cuestión de fondo, un efecto de cosa juzgada extra proceso y extra proyecto cuestionado en dicha causa...” (cons. 35), recalándose posteriormente que “la alegación de infringirse la fuerza de un precedente pre exige una construcción conceptual necesaria si es que ello es un conflicto constitucional: la elaboración argumental de un sistema de precedentes a partir de normas constitucionales sobre la materia, expresando los fundamentos de un estándar de constitucionalidad, la infracción de normas específicas y explicitando cómo se produce, nada de lo cual se hace en el requerimiento, que además omite parte del artículo 94 de la Constitución, pues se argumenta que su texto dispone que “Las disposiciones que el Tribunal declare inconstitucionales no podrán convertirse en ley”, pero se omite señalar expresamente que a continuación se incluye la frase explicativa “en el proyecto o decreto con fuerza de ley de que se trate”, omitiendo además que en Chile los criterios plasmados en sentencias de órganos jurisdiccionales pueden legítimamente cambiar en casos sucesivos, en el marco de la legítima actividad hermenéutica del derecho. Adicionalmente, tal ejercicio argumental se hace desde una sentencia de empate, dando el carácter de “precedente constitucional” a un voto de empate que es sentencia por la vía de un voto dirimente que se establece no por la Constitución sino por ley orgánica del Tribunal, además de que tal sentencia recayó en un proyecto de reforma constitucional que autorizaba un segundo retiro de los fondos previsionales, que había sido rechazado por la Cámara revisora y cuya tramitación se paralizó por haberse dictado la ley N° 21.295 - promovida por el propio Poder Ejecutivo que había presentado el requerimiento en contra del proyecto de reforma- cuerpo legal que también autorizaba tal retiro” (cons. 36°).

36. Adicionalmente, la misma resolución, frente a la misma pretensión de efecto de precedente, se señaló que “el voto por acoger de la sentencia de empate rol 9797 que se cita como precedente, citándola parcializadamente y respecto de solo alguna de las cuestiones que aborda, abordó cuestiones que no eran parte de las líneas jurisprudenciales de este Tribunal, y tuvo dos votos antagónicos de 5 Magistrados cada uno, sin que en el requerimiento se señale cómo ni por qué uno de ellos tendría fuerza de precedente más allá del voto dirimente, y sin hacerse cargo de las argumentaciones contenidas en el otro voto de empate...” (cons. 44°), lo cual es evidentemente necesario en sede de inaplicabilidad, que requiere a lo menos 6 votos de 10 para justificar una decisión estimatoria.

37. Es decir, este tribunal ya rechazó hace más de 6 meses que el voto de empate por acoger de la sentencia Rol N° 9797 pudiese ser un precedente, incluso en un proceso de la misma materia, cuyo no es este caso, en el que el empate no tiene



voto dirimente. Así, el argumento de pretendido precedente no puede sino ser rechazado.

V. INAPLICABILIDAD Y VICIOS DE CONSTITUCIONALIDAD DE FORMA

38. En el caso concreto se ha alegado un vicio de constitucionalidad de forma, consistente en una pretendida invasión de la iniciativa exclusiva del Presidente de la República en materia de seguridad social, contenida en el artículo 65 de la Constitución Política, al iniciarse la tramitación de la reforma constitucional por iniciativa parlamentaria.

39. Además de lo ya señalado acerca de la naturaleza de norma constitucional y no de precepto legal de la norma cuestionada, lo que desde ya determina el rechazo del requerimiento por motivos de forma, si efectivamente estuviésemos en presencia de un precepto legal, no puede preterirse el carácter concreto propio de la acción de inaplicabilidad, el cual determina que el vicio de constitucionalidad en esta sede es el pretendido y potencial efecto contrario a la Constitución que la aplicación de la norma produce en el caso concreto. En este sentido, este Excmo. Tribunal Constitucional al ejercer el control concreto de la constitucionalidad de la ley, lo hace centrado en la aplicación al caso *sub lite*, cuya resolución se limita a que las disposiciones legales determinadas, en sí mismas, resulten en cuanto reglas de derecho, inconciliables en sus efectos con normas *iusfundamentales* de la CPR, siempre en su aplicación en el caso concreto¹. Por ello, la jurisprudencia de este tribunal ha sostenido que la acción de inaplicabilidad por inconstitucional tiene por objeto el impedir la aplicación de un precepto legal que, rectamente entendido e interpretado, trae como resultado una contravención a la Constitución².

40. En tal sentido, la problemática de los vicios de constitucionalidad de forma ha sido claramente reconocida por la doctrina: ya en el año 2010 se señala que *“el vicio de forma se produce antes de que el precepto legal exista, lo que lo aleja de los efectos que la norma jurídica producirá una vez que entre en vigencia. el vicio de forma, entonces, no se relaciona con los casos que se presenten ante el juez”*³, por lo que *“[...] en consecuencia, la inconstitucionalidad de forma no está presente en el texto o enunciado normativo, ni en la interpretación que los autores o la jurisprudencia puedan elaborar del mismo”*⁴. Si se llegara a estimar, erradamente, que hay vicio de constitucionalidad de forma, a su vez, la profesora Miriam Henríquez Viñas, en su trabajo *“Justicia constitucional chilena y*

¹ STC, Rol N°1300-09, 25 de mayo de 2009.

² STC, Rol N°2740-14, 20 de agosto de 2015.

³ Verdugo Ramírez, Sergio. *INAPLICABILIDAD Y VICIOS DE FORMA. ¿UN PROBLEMA RESUELTO?*, *Revista de derecho, Universidad Austral*, vol. XXiii - n° 2 - diciembre (2010) páginas 83-112.

⁴ Id. ant.



vicios de forma: un caso de improcedencia”⁵, nos recuerda que, en primer lugar “[...] Los vicios de inconstitucionalidad de forma y de fondo que afectan las normas legales vigentes son distintos. Los primeros no suponen una contradicción normativa con la Constitución, sino el hecho del incumplimiento por el legislador de las normas constitucionales procedimentales para su producción o que existan vicios de competencia. La distinta naturaleza del vicio justifica un diferente régimen de invalidación”, por lo que en este sentido, el vicio de forma o infracción constitucional propia, como un vicio de origen, afecta la validez de la norma contenida en un precepto legal. Agrega la autora que “[...] la infracción constitucional propia afecta la validez de la norma legal y tal invalidez debe ser declarada. Como se ha dicho, la acción de inaplicabilidad de ninguna manera busca enjuiciar la validez de un precepto legal, sino determinar si su aplicación produce efectos inconstitucionales en un caso concreto.”⁶. Cabe insistir sobre el punto. La sentencia estimatoria de inaplicabilidad tiene efectos particulares, los cuales no son coherentes con un pronunciamiento sobre un pretendido vicio que afecta la validez de un precepto legal, concluyendo que no se puede controlar el vicio de constitucionalidad de forma por medio de la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, que además ha de referirse a preceptos legales y no a normas constitucionales.

41. De igual forma, Valeria Lübert sostiene que, al analizar un vicio de forma en sede de inaplicabilidad, el Tribunal Constitucional se estará pronunciado sobre la ley en abstracto, con total prescindencia de las circunstancias del caso e instrumentalizándolo para emitir un pronunciamiento de carácter general⁷, que es justamente lo que se pretende en este caso.

42. Examinado el requerimiento de autos, cabe concluir que no cumple desde esta perspectiva con comunicar de forma precisa el pretendido efecto en el caso concreto de la aplicación de la norma en su conexión causal con los pretendidos vicios de constitucionalidad de forma, más bien parece un intento forzado de justificar su acción con clara intención de transformar un control abstracto de una norma constitucional vigente en una inaplicabilidad de un pretendido precepto legal que se debiera traducir en un control concreto de la norma. Ello vulnera el evidente y prístino texto del numeral 6° del artículo 93 de la Carta Fundamental, prescindiendo del efecto de aplicación que dicha norma exige ponderar, radicando el vicio en una cuestión abstracta como es el *iter legis*, es decir, en el proceso legislativo y en las supuestas e inexistentes infracciones cometidas por el legislador -actuando como constituyente derivado- lo que no satisface el estándar argumental de control concreto que la Constitución y la Ley N°17.997 exigen.

43. De esta forma el requerimiento no explicita cómo los pretendidos vicios de constitucionalidad de forma o competencia inciden en la aplicación de la norma

⁵ Henríquez Viñas, Miriam. *Justicia constitucional chilena y vicios de forma: un caso de improcedencia*, (2017). Disponible en <http://www.scielo.edu.uy/pdf/rd/n15/2393-6193-rd-15-00049.pdf>

⁶ Íd. ant.

⁷ Lübert, Valeria, “El proceso legislativo frente a los jueces: El caso de la inaplicabilidad por vicios de forma”, *Revista de Derecho Público*, N° 76 (2014), p. 383



legal cuestionada al caso concreto, siendo suficiente ello para rechazar la invocación de tal vicio.

VI. ¿INICIATIVA EXCLUSIVA POR ANALOGÍA EN MATERIA DE REFORMA CONSTITUCIONAL?

44. No obstante lo expresado en el capítulo anterior, y sin preterir que cabe tener presente una vez más el indiscutible carácter de norma constitucional de la preceptiva cuestionada, cabe agregar que al igual que en la sentencia de empate rol 9797 se pretende en el voto por acoger la construcción de una verdadera entelequia argumentativa: la supuesta existencia de iniciativa exclusiva de ley extendida por analogía en materia de reforma constitucional, lo cual es una trampa argumentativa, al construirse una potestad presidencial por analogía con el proceso legislativo, analogía que además es falsa y errada al ser contra norma expresa por no estar cubierta en la remisión que el artículo 127 hace a artículo 65 a propósito de lo que se aplica al procedimiento de reforma constitucional de lo dispuesto en el iter legis. En efecto, no hay iniciativa exclusiva del Presidente de la República en leyes de reforma constitucional ni ésta facultad se puede crear por analogía sin vulnerar. Eso es un contrasentido al poder constituyente derivado que no pueda decidir y ni siquiera toca presupuestos constitucionales esenciales como el régimen democrático y la defensa de derechos fundamentales. Por eso, se concluirá que no existe infracción al artículo 65 de la Constitución.

45. Adicionalmente, existen un conjunto de diferencias entre las normas de rango legal y de rango constitucional, cuestión que es anterior e independiente de su contenido. Todo ello podría quizás abordarse suficientemente a nivel de un tratado, pero claramente no se puede agotar en la presente sentencia. Aún así, cabe considerar una serie de cuestiones. La primera de ellas es que la caída del régimen democrático el 11 de septiembre de 1973 implicó la muerte –o extinción en un sentido técnico constitucional- de la Carta de 1925 ese mismo día en tanto constitución real -sin perjuicio de los copiosos e infructuosos esfuerzos por decir lo contrario, desmentidos en la praxis por la propia junta al señalar por medio del decreto ley N° 128 el sentido que le autoasignó al decreto ley N° 1 que dictó, en orden a que se autoatribuye poderes para redactar e imponer lo que después será la constitución en su texto original⁸- y la dictación de la carta de 1980 por el régimen militar mediante su decreto ley 3.464 de 1980, echaron por tierra –como en muchas otras materias- los 140 años de historia constitucional a este respecto, pues la carta originalmente otorgada por la

8 "El Poder Constituyente y el Poder Legislativo son ejercidos por la Junta de Gobierno..." señala en su artículo 3° el referido decreto ley 128, a lo cual debe agregarse lo dispuesto en su artículo 2, en orden a que "Las disposiciones de los decretos leyes que modifiquen la Constitución Política del Estado, formarán parte de su texto y se tendrán por incorporadas en ella", de lo cual deriva que la Constitución de 1925 deja de ser un límite jurídico y externo al poder y lo poco que formalmente sobrevive de su texto pasa a ser disponible por la sola voluntad de la junta.



junta, en los artículos 116 a 119 del texto original, establecía procedimientos especiales de reforma constitucional, con un grado exacerbado de rigidez, pero sin alusión alguna a los trámites de formación de la ley, con las solas excepciones señalar que se origina por mensaje o por moción y que se aplica el sistema de urgencias del proceso legislativo, lo que era declarado expresamente en el artículo 116, inciso final. Lo anterior era complementado mandando expresamente al legislador orgánico constitucional para que en la Ley Orgánica Constitucional del Congreso Nacional estableciera lo concerniente a los vetos y tramitación de los proyectos de reforma en todo lo no establecido por la Constitución, y a ello cabe agregar que el texto original de la Constitución de 1980 estableció las normas de formación de la ley dentro del Capítulo de “CONGRESO NACIONAL” en sus artículos 62 a 72, sin que ellas a la vez contuvieran alusión alguna a la reforma constitucional.

46. A todo lo expuesto cabe agregar que en la comúnmente denominada “historia fidedigna”⁹ del establecimiento de la carta de 1980, el Consejo de Estado suprimió la posibilidad de constituir comisiones mixtas en el proceso de reforma constitucional, cuestión que fue establecida recién en la reforma constitucional de 2005 por medio de la Ley N° 20.050.

47. Con todo lo ya expuesto, la constitución en su texto originario eliminó el histórico y tradicional “reenvío” al proceso legislativo (el que sólo fue reestablecido mediante la ley 20.050 de 26 de Agosto de 2005, en su artículo único, N° 50), disponiendo que la tramitación de la reforma constitucional se normaría en la Ley Orgánica Constitucional del Congreso, lo que –interpretando literalmente y prescindiendo de todo otro criterio hermenéutico- en principio lleva a concluir que la tramitación de un proyecto de reforma constitucional y la de un proyecto de ley aparecerían –en lo general- diferenciadas enteramente en el texto original, al punto de poder caracterizarse como instituciones del todo autónomas entre sí, con una aplicación meramente supletoria y en vacío de las normas del proceso legislativo. Un antecedente muy revelador es que a pesar de que los artículos 116 a 119 del texto original de la carta del 80 sólo hablaban de “reforma constitucional”, en ninguna parte de los mismos se hablaba de “ley de reforma constitucional”, terminología que tampoco figura en el originario artículo 63.

9 A este respecto no parece adecuado hablar de “historia fidedigna” respecto de actas de meros órganos asesores y consultivos, que nunca tuvieron el carácter de resolutivo-constituyentes ni menos un mandato democrático del pueblo en las urnas, por lo que no fueron constituyentes ni en sentido deontológico ni ontológico, pues la potestad constituyente, entendida solo como un *factum* de fuerza, estuvo radicada de hecho en la junta militar, que expresamente lo declaró así precisando que se la había auto atribuido ab initio, mediante la dictación del decreto ley 128 de 1973, que “aclara” el sentido y alcance del decreto ley N°1. A causa de ello cabe recordar que muchas normas de la Constitución carecieron incluso de referencias en su sentido de origen (baste citar por ej. el actual artículo 63 no. 20° por ejemplo), pues las actas de la junta y del Consejo de Estado fueron secretas hasta bien entrada la década del 2000.



48. A pesar de ello, y siguiendo la tradición política y jurídica, ha sido una convención política y jurídica unánime el denominar “ley de reforma constitucional” a las modificaciones a la Constitución, y aún más que ello, darles número de ley, lo que ha sido practicado por los poderes colegisladores, constituyentes derivados y aun por los órganos de control. Lo anterior es indicativo que el aparente cambio normativo en orden a diferenciar la reforma constitucional de la ley, stricto sensu, no es parte de lo que en sociología se denominaría como “la constitución real”, en su dimensión de praxis de la misma, pues en el período 1981-2005 el sistema político ha asimilado la reforma constitucional a la ley, en todo lo que no esté especialmente reglado a su respecto, al punto que incluso la primera reforma a la Constitución de 1980, la reforma plebiscitada el año 1989, es etiquetada como una ley, con número y forma de ley (N° 18.825), agravada con las formalidades propias de la reforma, convención que ha seguido operando hasta la fecha.

49. Lo antes dicho resulta de especial relevancia, pues el sistema político entero, Tribunal Constitucional y Contraloría incluidos, han entendido que salvo las formalidades específicas del Capítulo XV de la carta de 1980, la reforma constitucional se tramita como una ley, de lo que deriva que se sancione, promulgue, publique en el Diario Oficial y se le asigne numeración correlativa de legislación, lo que no está dispuesto en ninguna parte, y por ende, emana de una convención política y no de una norma jurídica que sea parte de la constitución formal, es decir, es parte de lo que Ferdinand Lassalle llamaría “constitución real” (¿Qué es una Constitución?, Ferdinand Lassalle, Ed. Ariel, Madrid, 2001), en un sentido sociológico, al punto que en las cátedras de Derecho constitucional es enseñada como “ley de reforma constitucional”, terminología que muy difícilmente puede llamar a equívocos.

50. Respecto de la tramitación del proyecto de reforma, es del caso señalar que a lo largo del período 1990-2005 los órganos constituyentes derivados han dado tramitación de proyecto de ley a las reformas constitucionales, agregando en lo pertinente las formalidades del capítulo de reforma constitucional contenido en la Constitución de 1980. De lo anterior, se concluye que el problema de dudar si era o no aplicable el proceso legislativo a la reforma constitucional surge sólo con el advenimiento de la Constitución de 1980, y en realidad sólo desde la instalación del Congreso el 11 de marzo de 1990, hasta la dictación de la ley 20.050, pues desde 1833 hasta el 11 de septiembre de 1973, las normas de los propios textos constitucionales, la práctica del proceso legislativo y el propio sistema político hicieron que no cupiera duda alguna que la respuesta era afirmativa sin excepción alguna, a lo que se agregaban las formalidades especiales y agravadas propias del procedimiento de reforma constitucional, que no eran más que las establecidas expresamente.

51. Este cambio aparente trajo una serie de complicaciones, tales como la facultad de insistir, las indicaciones, la formación de comisiones mixtas ante el rechazo en una cámara, etc.; frente a ésta última cuestión se señaló que estar en presencia de



un verdadero “vacío constitucional”¹⁰ (que parecía ser más aparente que real), por la suerte de nebulosa normativa que se produciría respecto de ciertas situaciones durante la tramitación de la reforma constitucional, vacío que en realidad significaba la omisión de algunos trámites -comisión mixta por ejemplo- y que vino a ser “llenado” o “cubierto” mediante un importante cambio normativo, que es la norma del nuevo artículo 127, instituido por la reforma de la ley 20.050, que hace aplicables expresamente las normas de formación de la ley en lo no reglado expresamente a propósito del procedimiento de reforma, con el límite del respeto de los quórums de reforma constitucional.

52. A la luz de lo expuesto, entonces es necesario concluir que la diferenciación de la tramitación de un proyecto de reforma a la constitución y de un proyecto de ley en sentido estricto está hoy dada por lo que expresa y directamente determine una norma constitucional que es diferente. Tampoco cabe confundir la función que se le entrega al Tribunal Constitucional de control de constitucionalidad de las reformas constitucionales de aquella que le compete cuando el control recae sobre fuentes de derecho que tienen una jerarquía inferior a la de la Carta Fundamental. Ello es consecuencia de que la finalidad que persiguen es diferente. En el caso del control sobre reformas **“[e]l objeto del control está representado por normas de rango super-primario, dotadas de fuerza para modificar, mediante un cambio, una adición o abrogación, una parte de la Constitución”** (Ragone, Sabrina (2012). Ob. cit., p. 191). Según Pedro De Vega, la reforma constitucional actúa, en primer lugar, **“[c]omo un instrumento de adecuación entre la realidad jurídica y la realidad política. En segundo término, como mecanismo de articulación de la continuidad jurídica del Estado. Y, por último, como institución básica de garantía”** (De Vega (1985). Ob. cit., p. 67). Tales finalidades no se dan estrictamente en la ley porque ésta, teniendo una jerarquía inferior a la de la Carta Fundamental, busca regular y concretar -en reglas generales, abstractas y predeterminadas- los valores, principios y reglas contenidas en ella.

53. Así, las particularidades de las reformas constitucionales explican que el procedimiento para aprobarlas sea diverso respecto al común aplicable a la legislación, exigiéndose un consenso más elevado que la usual mayoría relativa u otra forma de agravamiento. De tal forma, es un error y un acto de cercenamiento de atribuciones parlamentarias el querer aplicar normas sobre el proceso de formación de la ley al procedimiento de reforma constitucional, no existiendo jurisprudencia o doctrina que valide dicha interpretación. En efecto, el procedimiento legislativo de reforma constitucional tiene reglas propias a las cuales se le incorporan algunas del proceso de formación de la ley. Atendido lo señalado, el único sentido plausible que es posible adjudicar al artículo 127 de la Constitución es que la iniciativa de reformas

10 En este sentido ver el ya aludido trabajo de Francisco Zúñiga Urbina, “Reforma del Capítulo XV, “Reforma de la Constitución”, en “Reformas Constitucionales”, VVAA, libro colectivo, ed. Lexis Nexis, Stgo., 2005.



constitucionales le corresponde tanto al Presidente de la República como también a quienes integran alguna de las Cámaras legislativas del Congreso Nacional, como dispone su propio texto. En efecto, si los proyectos de reforma constitucional pueden iniciarse por mensaje del Presidente de la República o por moción de cualquiera de los miembros del Congreso Nacional, estas últimas sólo tienen la restricción a que alude el inciso 1° del artículo 65 vinculada al número de parlamentarios que la pueden suscribir en una y otra Cámara, sin que se apliquen a su respecto las demás disposiciones contemplados en el artículo 65 referidas a la iniciativa legal exclusiva del Presidente de la República.

54. Así, precisada la diferencia entre proyecto de ley y proyecto de reforma constitucional en tanto fuentes del derecho, en su dimensión procedimental cabe señalar que en materia de iniciativa de proyectos de ley goza el sistema vigente de dos normas en su artículo 65: en primer lugar, una regla general, cuál es que los parlamentarios pueden iniciar proyectos, y en segundo lugar, una regla especial de excepción, que reserva ciertas materias propias de ley a la iniciativa presidencial, en aquello que el presidencialismo latinoamericano llama “iniciativa exclusiva”, y que constituye una de sus principales diferencias con el régimen presidencial originario o estadounidense. En efecto, *“Los presidentes latinoamericanos disponen a menudo de las siguientes atribuciones que no posee constitucionalmente el Presidente de Estados Unidos: iniciativa de ley; iniciativa exclusiva de ley en ciertas materias; declaración de urgencia en la tramitación de los proyectos de ley; participación en el debate parlamentario de la ley a través de los ministros de Estado; ejercicio del veto suspensivo parcial, delegación de facultades legislativas hechas por el Congreso al Presidente, entre otros factores institucionales”* (Nogueira Alcalá, Humberto. “La tipología de gobiernos presidencialistas de América Latina y gobiernos semipresidenciales en Europa”, Estudios constitucionales [online]. 2017, vol.15, n.2 [citado 2020-12-23], pp.15-82. Disponible en: <https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002017000200015&lng=es&nrm=iso>.ISSN0718-5200.
<http://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002017000200015>).

55. A su vez, no debe perderse de vista que las reglas especiales y de excepción en materia de derecho público son de derecho estricto, por lo que no pueden ser interpretadas analógica ni extensivamente, más aún si se refieren a poderes, pues la regla más preciada en un Estado de Derecho es la sumisión del poder a la norma jurídica, cuestión que en Chile se contiene en los artículos 6 y 7 de la Constitución Política. Así, no hay más casos y formas para ejercer potestades que los que se establezcan expresamente y la interpretación analógica no puede ser usada para evadir la sumisión a la norma generando potestades no contempladas expresamente. Al contrario, arrogarse potestades de iniciativa exclusiva por analogía, como lo sería en materia de reforma constitucional, constituiría una violación flagrante al artículo 127 de la Constitución vigente. Ese es el prisma que debe usarse para analizar si el proyecto de reforma constitucional sometido a control es o no materia de iniciativa exclusiva presidencial. En este sentido, el artículo 65 de la Constitución dispone la



iniciativa exclusiva presidencial como una regla especial que excepciona a la regla general de iniciativa parlamentaria. En el mismo orden, la iniciativa exclusiva se establece solamente para las materias de ley y para la fuente del derecho denominada “ley” en sentido estricto, es decir, leyes ordinarias, de quorum calificado u orgánicas constitucionales.

56. En ese orden, lo anterior significa que: a) El mensaje o moción son iniciativas idóneas para comenzar el proceso de reforma constitucional, sin limitaciones materiales al no estar establecidas expresamente, y, por tanto, en el caso concreto, no se altera las reglas procesales ni materiales del ejercicio del poder constituyente derivado en el marco de las reglas constitucionales establecidas para su ejercicio en el marco del régimen democrático. b) Lo único remitido para la reforma constitucional al artículo 65 es lo reglado en su inciso primero, descartándose la analogía de distinción de materias por una pretendida iniciativa exclusiva al estar en otras normas del mismo artículo 65, al ser reglada expresamente en sentido contrario por haber remisión expresa y además limitada solo a una parte del artículo 65 y no al resto del mismo.

57. Entonces, si no existe entonces una esfera reservada a la iniciativa exclusiva del Presidente para iniciar un proyecto de reforma constitucional, ella puede originarse por moción parlamentaria independientemente de que por la materia de que trate eventualmente el proyecto podría haber sido reglamentado por una ley reservada a la iniciativa exclusiva del Presidente.

58. En efecto, las disposiciones sobre la iniciativa exclusiva legal del Presidente “[n]o se aplican en materia de iniciativa constitucional, porque no son reglas de tramitación, de procedimiento, sino sustantivas”, señaló en 1965 un Informe de la Comisión de Constitución del Senado que, recogiendo la opinión del senador Francisco Bulnes Sanfuentes, se pronunció sobre diversos aspectos relacionados con el despacho de los proyectos de reforma constitucional y, especialmente, con la interpretación de los arts. 108 y 109 de la Constitución de 1925 que reglamentaban la tramitación de una reforma (Rolando Acuña Ramos (1971): *La Constitución de 1925 ante la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado*, Ed. Jurídica de Chile, p. 777). Refuerza la idea lo dicho por el profesor Sebastián Soto: “[l]as materias de iniciativa exclusiva del Presidente de la República tienen un ámbito de aplicación exclusivamente legislativo, esto es, circunscrito a la tramitación de los proyectos de ley. No implica, por lo tanto, una limitación parlamentaria en las demás atribuciones de ambas cámaras como son, entre otras, fiscalizar o proponer acuerdos. De este modo, no hay limitación alguna para que una comisión investigadora o un acuerdo de alguna de las salas aborden estas materias.” afirmando “[n]o existe en materia de reformas constitucionales materias de iniciativa exclusiva del Presidente de la República” (Soto Velasco, Sebastián (2015). *Congreso Nacional y Proceso Legislativo. Teoría y Práctica*. Legal Publishing, p. 231 y 224).



59. Así, se concluye que las reglas constitucionales sobre iniciativa exclusiva legal del Presidente aluden a la distribución de competencias entre el Ejecutivo y el Congreso en un sistema presidencialista como el nuestro y únicamente en relación a la común tarea que tienen ambos en su calidad de colegisladores, al reconocerse que es atribución del Presidente de la República “concurrir a la formación de las leyes con arreglo a la Constitución, sancionarlas y promulgarlas” (artículo 32 N° 1).

60. Por una parte, el listado de materias de ley contenido en el art. 63 se establece para regular cuales son las que necesariamente deben tener jerarquía legal con el objeto de que no puedan ser reguladas por el Ejecutivo en ejercicio de su potestad reglamentaria. De este modo la Constitución contemplando un dominio máximo legal o “total de competencia”, como señala el profesor José Luis Cea (Cea Egaña, José Luis (1999). *Teoría del Gobierno. Derecho chileno y Comparado*. Ediciones Universidad Católica, p. 141).

61. Además el artículo 127 de la Constitución no señala en parte alguna que exista una limitación de materias para dotar de contenido específico a un proyecto de reforma constitucional y no podría hacerlo en la medida que la propia Constitución proclama en su artículo 4° que Chile es una república democrática y en el artículo 5° se determina la titularidad de la soberanía en la nación, dentro de la cual no debe olvidarse que el poder constituyente es la primera de sus manifestaciones, entendida como el derecho de autodeterminación de los pueblos, comprendido como un principio imperativo de acción “(...)conformado por un haz de cuatro derechos, autoafirmación, autodefinición, autodelimitación y autodeterminación (...)” (Forno, G., Apuntes sobre el Derecho a la autodeterminación de los pueblos, Agenda Internacional, Año IX, N° 18, p. 108), que se manifiesta como un derecho del pueblo y un deber del Estado, y que sirve de piedra angular para el desarrollo de los demás derechos fundamentales.

62. Por otra parte, no puede preterirse que modificar el régimen de iniciativa exclusiva legal del Presidente contenido en el art. 65 de la Carta requiere de un quórum de los 3/5 de los parlamentarios en ejercicio. Si el constituyente no quiso enmendarlo en esta oportunidad de manera general y específica en el artículo 65, es porque no resultaba adecuado ni lógico para establecer un estatuto jurídico de tipo temporal y de plazo limitado. Así, por la materia de que trata el proyecto cuestionado, juzgó apropiado regular la materia a través de una regla de excepción transitoria, porque para cumplir con su objetivo no requería alterar el sistema de iniciativa exclusiva permanente que sólo se aplica a las leyes.

63. Asimismo, la práctica del constituyente demuestra que han habido reformas constitucionales iniciadas por mociones parlamentarias que, de acuerdo a su sustancia, podría considerarse que recayeron en materias de iniciativa exclusiva legal del Presidente. Desde ya cabe anotar que la gran reforma de la ley N° 20.050, de 2005, fue iniciada por moción parlamentaria y muchas de sus normas regulan materias que



podría considerarse que revisten esa característica. Ellas han recaído no sólo en reglas permanentes, sino en disposiciones transitorias, como las N° 29, 30, 31 y 37, todas las cuales tuvieron su origen en mociones de parlamentarios.

64. Adicionalmente, se concluye que el constituyente chileno ha obrado así ajustándose al régimen republicano y democrático establecido en el artículo 4° constitucional. Al efecto no puede olvidarse que, como dice Karl Loewenstein, a partir de las reglas que regulen el procedimiento de reforma constitucional “[s]e puede deducir el carácter político del régimen” ya que “[l]a ideología del Estado constitucional democrático exige que la competencia para la reforma constitucional no sea el monopolio de un único detentador del poder, sino que debe estar lo más distribuida que sea posible”, de manera que participen en ella el Gobierno, el Parlamento y el pueblo (Loewenstein, Karl (1976). *Teoría de la Constitución*, 2° ed, Barcelona, Ed. Ariel, p. 172).

65. Del mismo modo, Miguel Carbonell, citando a Pedro De Vega, expresa que “[n]o es difícil constatar, por ejemplo, que es característico de los sistemas políticos autoritarios el que la competencia para la iniciar la reforma constitucional se conceda fundamentalmente al Poder Ejecutivo” (Carbonell, Miguel (1998). Ob. cit., p. 225), lo cual pone de relieve la gravedad que implica para el régimen democrático desconocer a quienes representan la voluntad popular en el Parlamento la facultad de iniciar proyectos de reforma constitucional para que, según su contenido, sólo puedan ser impulsados por el Presidente de la República. En definitiva, “[e]l sujeto que tiene la facultad de propiciar el procedimiento de reforma constitucional tiene la posibilidad de fijar la agenda del poder constituyente derivado, es decir la posibilidad de determinar el momento y el contenido que deben tener las reformas” (Carbonell (1998). Ob. cit., p. 241) por lo que atribuir únicamente al Jefe del Ejecutivo la posibilidad de iniciar una enmienda constitucional atenta contra el régimen republicano y democrático de gobierno.

66. Si examinamos el derecho comparado en aquellos ordenamientos constitucionales que establecen un sistema presidencial de gobierno, no existe una especie de super poder del Presidente de la República que reserve a su iniciativa ciertos contenidos de reforma constitucional.

67. Desde ya cabe tener presente que la Constitución de Estados Unidos que establece el modelo del régimen presidencialista no confía al Jefe de Estado, sino sólo a las dos terceras partes de ambas Cámaras, la proposición de enmiendas a su texto (artículo V). Dentro de las constituciones latinoamericanas hay algunas, como la boliviana por ejemplo, que sólo permiten iniciar el proyecto de reforma por la Asamblea Legislativa (art. 411). Otras, creando mecanismos de participación democrática del pueblo, no sólo posibilitan al Gobierno y a los parlamentarios presentar todo tipo de proyectos de reforma constitucional, sino que también a sus ciudadanos, quienes, reuniendo los requisitos que señale cada texto, pueden patrocinar un proyecto a través de la iniciativa popular. De este modo lo establecen,



por ejemplo, la Constitución de Colombia (art. 375), la del Perú (art. 206), la de Bolivia (art. 144 II.), la del Ecuador (art. 441 N°2) y la del Uruguay (art. 331). Incluso hay constituciones que amplían aún más los órganos legitimados para iniciar una enmienda constitucional, como es el caso de la ecuatoriana, que no sólo permite la iniciativa popular, la del Presidente y de los congresales, sino la de la Corte Suprema de Justicia y el Tribunal Constitucional (art. 281).

VII. ACERCA DE LAS CUESTIONES DE CONSTITUCIONALIDAD DE FONDO

68. Que, sin caer en la trampa argumentativa y error de sostener que la normativa cuestionada sería precepto legal, y bastando las argumentaciones ya expuestas para rechazar un requerimiento que nunca debió ser declarado admisible, se contestaran las diversas alegaciones de constitucionalidad de fondo planteadas en los capítulos siguientes. Ello no obsta a que reconociendo el verdadero carácter de las normas cuestionadas, de rango y naturaleza constitucional, es imposible sostener que la reforma constitucional que las agregó no haya cambiado el sentido, regulación y alcance de las materias a que se refieren, por lo cual no puede ser tenido como parámetro de control de constitucionalidad material lo pre existente a ellas que se ve modificado, error en el cual cae el voto por acoger, petrificando sin decirlo expresamente las regulaciones constitucionales que invoque para declarar pretendida y anómalamente “inconstitucionales” las normas constitucionales que se objetan.

VIII. CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE NORMAS DE UNA REFORMA CONSTITUCIONAL

69. De todo lo señalado, cabe reiterar algo que ya es evidente: la única potestad de control de reformas constitucionales que este tribunal tiene es el control abstracto preventivo y contencioso, con legitimación activa restringida, del numeral 3° del artículo 93 de la Constitución, no teniendo potestades de control sobre normas constitucionales vigentes y no siendo la inaplicabilidad una vía que permita ello.

70. Los requirentes en este tipo de procesos de inaplicabilidad recaídos en disposiciones transitorias de la propia Constitución, y también los Ministros que están por acoger los requerimientos, han elegido un camino distinto a abordar estos procesos como lo que son, un control de constitucionalidad de reforma constitucional, para eludir esta cuestión y calificar como “precepto legal” las normas constitucionales que no son de su agrado ni beneficio y usar contra norma expresa el control de inaplicabilidad de precepto legal.

71. Así, cabe recordar dentro del Estado Constitucional y Democrático de Derecho que nos rige, la autonomía de que goza el poder constituyente derivado para fijar tanto el contenido como la oportunidad de una reforma constitucional encuentra



su límite en las normas sobre producción de la reforma que están contenidas en la propia Constitución y que se contienen en su Capítulo XV (arts. 127 a 129). Esas reglas dicen relación con la forma en que las normas sustantivas deben generarse, señalándole al poder derivado el ámbito competencial y el procedimiento al que debe ajustarse para que tales reglas puedan surgir válidamente. Al conocer de un requerimiento de inconstitucionalidad en contra de un proyecto de reforma constitucional que vulnere tales reglas procedimentales, el Tribunal Constitucional puede acogerlo en virtud de lo que dispone el artículo 93 N° 3 que le entrega tal facultad, mas no en sede de inaplicabilidad al estar fuera de su competencia.

72. Así, resulta más difícil, mientras tanto, justificar la posibilidad de imponer límites sustanciales o materiales al poder constituyente instituido o derivado por parte de los órganos encargados de ejercer el control de constitucionalidad de una reforma constitucional debido a que las funciones otorgadas a los Tribunales Constitucionales se desarrollan al interior del orden constitucional constituido para defenderlo de actos que están subordinados a la Constitución, mientras tanto que cuesta justificar que se permita controlar una modificación a la Constitución porque, como dice Sabrina Ragone, ello provoca una superposición entre el parámetro y el objeto del juicio de constitucionalidad, ya parece poco lógico controlar “una reforma que necesariamente debe modificar (o al menos integrar) la Constitución, de lo contrario no tendría sentido”, lo cual pone “[e]n discusión la dicotomía entre poder constituyente y poderes constituidos, al menos por lo que se refiere a los Tribunales Constitucionales, que se colocan por encima del legislador encargado de llevar a cabo la reforma, en una posición para-constituyente, siendo capaces de las actuaciones del órgano al que la misma Constitución ha conferido la facultad para modificarla” (Ragone, Sabrina (2012).Ob. cit., p. 11). En el presente proceso, de inaplicabilidad, se produce un efecto aún más perverso: el objeto y el parámetro de control son normas constitucionales, motivo por el cual el garante de la Constitución, se erige sin decirlo en un depurador a piacere de la misma, excluyendo normas vigentes de ella en vez de someterse a las mismas.

73. Surge entonces la duda de si el Tribunal Constitucional puede controlar no sólo los vicios de forma en que podría haber incurrido una reforma constitucional sino también los de carácter sustantivo. En ese orden, incluso en la poco ortodoxa redacción conceptual del artículo 5°, inciso primero, de la Constitución (soberanía nacional v/s soberanía popular), se reconoce el derecho de autodeterminación, en tanto ejercicio de tal soberanía por el pueblo y por los órganos de representación popular, el más plural y representativo de los cuales es el Congreso Nacional, que en este caso actúa como constituyente derivado. Así, fuera de los límites al ejercicio de la soberanía que establece el inciso segundo del mismo artículo 5°, no existe norma constitucional alguna que limite la atribución parlamentaria consistente en presentar un proyecto de reforma constitucional sobre la materia que los autores de la moción determinen.



74. Reiterando lo ya señalado acerca del derecho de autodeterminación de los pueblos, que se ejerce mediante el poder constituyente, sea originario o derivado, y al ser parte de los artículos 4° y 5° de la Constitución vigente es también parte del parámetro de control, por lo que el ejercicio de atribuciones de control de constitucionalidad no puede ejercerse denegándolo o anulándolo, lo que acarrea como consecuencia que el parámetro y el ejercicio de control deben ser estricta y claramente delimitados y específicos, sin analogías ni reglas que carezcan de explicitación, pues entonces no serían reconocibles los casos y formas de ejercicio de tal potestad, que si es ejercida de manera extensiva y amplia termina invisibilizando al poder constituyente derivado.

75. En ese marco debe responderse a la pregunta de ¿cuál es el límite de materias a regular en una constitución? Y más allá de todo esbozo técnico, se puede hablar del piso necesario a partir del contenido mínimo de derechos y limitaciones al poder, desde los principios del constitucionalismo clásico y del constitucionalismo social post segunda revolución industrial, pero si se busca un techo como límite máximo de contenidos, la respuesta no puede ser técnica, sino exclusivamente política: serán las materias que el ejercicio del derecho de autodeterminación de los pueblos (originario o derivado) precise, por ser relevantes o “fundamentales” para el devenir de esa sociedad en ese momento histórico, como lo fue en nuestro país regular constitucionalmente la nacionalización del cobre o el rol de las Universidades en la televisión, o como en México lo fue regular la cabida máxima de los predios agrícolas comprables por sociedades mercantiles por acciones, o como en Argentina la reivindicación soberana sobre las Islas Malvinas, Georgias del Sur y Sandwich del Sur o en Colombia el proceso de paz y de justicia especial transicional, por citar solamente unos pocos ejemplos, sin que por ser una constitución extensa y específica en sus normas, dejen de tener la misma naturaleza y rango constitucional.

a. La hipótesis de los límites materiales expresos (artículo 5° inciso 2° y 19 N° 26).

76. Al efecto cabe recordar que diversas constituciones contemplan cláusulas pétreas que imponen un límite insalvable al poder constituyente derivado, ya que constituyen normas intangibles que “[n]o podrían ser reformularse ni aún con el consenso de la unanimidad de la población, con lo cual se estaría en una tensión absoluta con los elementos democráticos presentes en el constitucionalismo moderno” (Colombo Murúa, Ignacio (2011). *Límites a las reformas constitucionales*, Buenos Aires, Ed. Astrea, p. 181). En el caso chileno no se contempla declaración de petrificación de normas en el texto de la Constitución vigente, más allá de lo que podrían ser los límites del proceso constituyente en curso contemplados en el artículo 135, con los límites de justiciabilidad que tal norma establece.

77. Por lo tanto, en dichos ordenamientos constitucionales es posible considerar que existen no sólo restricciones formales o procedimentales sino también materiales o de fondo a los que el constituyente derivado debe asimismo ajustarse. En



su lectura de nuestra Carta Fundamental los profesores Alejandro Silva Bascuñán, Humberto Nogueira y José Manuel Díaz de Valdés han identificado como límite material de carácter autónomo y explícito, es decir, consagrado expresamente en la propia Constitución, el contemplado en el artículo 5, inciso segundo, esto es, los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana.

78. Al respecto don Alejandro Silva Bascuñán sostiene: “[S]i la Carta de 1980 precisa que “el ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana” (art. 5º inc. 2º), el Poder Constituyente instituido o derivado, al reformar la Carta, no puede prescindir de la valla constitucional que ha tenido en cuenta el constituyente, por cuya autoridad se estableció el Estatuto Básico y se ha venido complementando y adaptando” y es por ello que “[e]l trazado del ámbito de competencia confiado al Tribunal Constitucional se esclarece si se toma en consideración que la Constitución Política, en la unidad de su razón, objetivo e imperatividad, es un título representativo que otorga legitimidad a las autoridades que pueden decidir conforme a ella, respetando las bases fundamentales que expresan su filosofía y que están concretadas en sus norma, entre las cuales se encuentran las que dan fuerza jurídica a valores que incluso están por sobre ella misma y que pueden resumirse en que el Estado existe para que en la sociedad se imponga el bien común y en que la soberanía está limitada por los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana” (Silva Bascuñán, Alejandro (2004). *Tratado de Derecho Constitucional*, Tomo X, Ed. Jurídica de Chile, pp. 264-265).

79. Por su parte, según el profesor Humberto Nogueira “[u]na reforma constitucional no podría abrogar o desconocer atributos básicos de los derechos fundamentales ya asegurados por la Carta Fundamental, ya que el artículo 5º de la Constitución establece un límite sustantivo o material expreso, al determinar que el ejercicio de la soberanía reconoce como limitación los derechos esenciales que derivan de la naturaleza humana.” (Nogueira Alcalá, Humberto (2009), “Consideraciones sobre poder constituyente y reforma de la Constitución en la teoría y práctica constitucional”, en *Revista Ius et Praxis*, Año 15, N°1, p. 260).

80. En un sentido coincidente, Díaz de Valdés indica: que “[n]o existe en el derecho absolutamente ninguna institución que pueda hoy sostenerse si no es compatible con los derechos fundamentales. Es por ello por lo que el artículo 5º de la Constitución, más que establecer un límite novedoso y de escasa aplicación práctica, está reconociendo una realidad en innegable consolidación.” (Díaz de Valdés, José Manuel (2006), “Algunas preguntas pendientes acerca del control de constitucionalidad de los proyectos de reforma constitucional”, en *Sentencias Destacadas 2006*, p. 157).

81. Si bien los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana limitan el ejercicio de la soberanía (art. 5 inc. 2º) -encontrándose consagrados no sólo en la Carta Fundamental sino en tratados internacionales ratificados por Chile y vigentes-, puede entenderse que esa limitación incluye la tarea que compete al poder



constituyente derivado, en cuanto al alcance que cabe dar al vocablo “esencial” que está contenido en dicha disposición constitucional, el profesor Alejandro Silva indica que “[e]s el mismo que debe reconocerse cuando el art. 19 N° 26 o el art. 19, N° 24 inc. 3° se refieren a él”, entendiendo que “[l]os derechos esenciales deben comprenderse todas las conclusiones que derivan de lo natural”, y que tal concepto “[n]o puede proyectarse hacia consecuencias más o menos lejanas de aquello que es ineludible, por corresponder más bien a las diversas alternativas de aplicación, que provengan de las distintas situaciones de hecho o de la repercusión de innumerables factores secundarios, coyunturales, relativos, discutibles, etc. que deben tomarse en cuenta para concretar las decisiones que se expresan en las normas jurídicas” ((Silva Bascuñán, Alejandro (1997). *Tratado de Derecho Constitucional*, tomo IV. Ed. Jurídica de Chile, pp. 106-107).

82. Esta Magistratura, al interpretar el citado numeral 26 del artículo 19 constitucional, ha sostenido que se afecta el núcleo esencial de un derecho a “cuando se le priva de aquello que le es consustancial, de manera que deja de ser reconocible, cuando se impide su libre ejercicio sometiéndolo a exigencias que lo hacen irrealizable” (STC 43 c. 21°, 200 c. 4, 226 c. 38, etc). Asimismo, ha dicho que “la determinación del contenido esencial debe tener en consideración dos elementos irrenunciables. En primer lugar, el momento histórico de cada situación concreta, por el carácter evolutivo del contenido esencial del derecho y, luego, las condiciones inherentes de las sociedades democráticas, lo que alude a determinar el sistema de límites del ordenamiento jurídico general y cómo juega en ella el derecho y la limitación” (STC 792, c. 13°).

83. Sin perjuicio de lo anterior, no puede olvidarse que sólo se puede hablar de democracia -porque constituye un elemento que la identifica- si existe un reconocimiento previo de los derechos fundamentales que posibilitan su ejercicio. Así una Constitución es legítima en la medida que asegura y consagra en su texto tales derechos, porque ello forma parte del ethos democrático, lo cual nos lleva a afirmar la existencia de un **Estado Constitucional y Democrático de Derecho**. Por lo tanto, si esos derechos no estuviesen establecidos como un límite explícito al poder reformador en el artículo 5 inciso 2°, de todas maneras no podrían ser vulnerados por él porque, como dice Habermas, “[e]stos principios del Estado de derecho estarán enraizados, en los motivos y en el ánimo de los ciudadanos, de un modo más libre y duradero que a través de la inmunización jurídica formal contra el deseo de modificar la constitución por parte de unas mayorías tiránicas” (Habermas, Jürgen (2004). “El Estado de derecho democrático: ¿una unión paradójica de principios contradictorios” en *Tiempos de transiciones*, Madrid, Ed. Trotta, p. 148).

84. En efecto, no puede olvidarse que la racionalidad es la base de las deliberaciones democráticas, por lo que la esencia o núcleo fundamental de los derechos fundamentales resultará resguardado como consecuencia de un ejercicio de



la razón bien conducido. Normalmente, se ejemplifican con casos extremos que pasan por alto la posibilidad racional de oponerse a esas reformas constitucionales.

b. La hipótesis de los límites materiales implícitos (artículos 6° y 7°).

85. Una opción adicional no ventilada en este proceso es que la fuente de la reforma pueda alterar algún límite implícito subyacente en los artículos 6° y 7° de la Constitución.

Aquí hay un doble ejercicio retórico en la construcción de un límite. El primero, es una regla de oro del constitucionalismo chileno en orden a sostener el artículo 7° que “ni aún a pretexto de circunstancias extraordinarias” ninguna magistratura, ninguna persona ni grupo de personas pueden atribuirse “otra autoridad o derechos de los que expresamente se les hayan conferido en virtud de la Constitución o las leyes”.

Sin embargo, esta tesis desconoce el origen de la potestad de los parlamentarios en cuanto a impulsar libremente iniciativas de reforma constitucional. Las circunstancias extraordinarias que veda el artículo 7° son obrar fundado en la idea de la excepcionalidad, pero al margen de toda potestad normativa. En cambio, los proyectos de reforma constitucional, en su versión original, lo que hacen es configurar normativamente dichas potestades para hacer frente a circunstancias extraordinarias como los efectos sociales derivados de la pandemia del Covid-19. Ésta justifica el proyecto de reforma constitucional pero no se actúa al margen del derecho.

86. En ese punto, dimensionan un segundo límite derivado, ahora del inciso 1° del artículo 7° de la Constitución, en cuanto los “los órganos del Estado actúan válidamente previa investidura regular de sus integrantes dentro de su competencia y en la forma que prescriba la ley”. Esta sería un caso de curiosa transfiguración del principio de legalidad elevado a la categoría de principio competencial.

Aquí, asumiendo que los parlamentarios en el ejercicio del poder constituyente derivado configuran un órgano del Estado, están habilitados previamente por su condición de tales y por haber venido precedidos sus poderes de reforma directamente del inciso primero del artículo 127 de la Constitución.

La competencia que tienen para reformar sería limitada o cuestionada bajo un argumento que el artículo 6° y 7° de la Constitución no resuelven por sí mismos: esto es que carecerían de competencia por tratarse de materias de iniciativa exclusiva del Presidente de la República o por ser leyes de reforma constitucional que tienen tal nivel de detalle que son puramente leyes. En consecuencia, esta tesis no construye un límite por sí mismo desde estos preceptos constitucionales y requiere del auxilio interpretativo de otras reglas. Por eso, apenas, si es que fuera cierta esta tesis, sólo alcanza para construir indeterminados límites implícitos. Pero al ser objeto de interpretación transforman al intérprete en constituyente sin que nada diga la



Constitución acerca de que el Tribunal Constitucional es el “intérprete supremo de la Constitución”.

c. No hay parámetro de control independiente de quién desea controlar. El problema metodológico de los límites del autocontrol.

87. La auto u hetero asignación de poderes de control de reforma constitucional, no exime de la tarea intelectual de identificar la frontera desde la cual se realiza el control y dónde la sustitución. El examen de constitucionalidad de una regla constitucional exige una técnica interpretativa que resulta ajena al deber de esta Magistratura puesto que implicaría sujetar los contenidos constitucionales a una interpretación particular ajena a las formas y competencias que la propia Constitución requiere.

A este respecto, el control de constitucionalidad material de reforma constitucional encierra un problema conceptual: las constituciones se reforman para que su texto exprese algo diferente de lo que expresan al momento de ser reformadas, por lo que si se compara el texto propuesto con el texto existente nunca serán armónicos, lo que en clave de control de constitucionalidad toda reforma sería siempre inconstitucional. Es por ello que para sostener la existencia de un control material -y no solo formal- de reforma constitucional se requiere como presupuesto necesario alguna cláusula pétrea, intangible o inmutable que constituya el parámetro de control.

Por lo mismo, este es un problema no solo normativo, sino que principalmente metodológico. No es posible concebir, a partir de los propios artículos 6° y 7° de la Constitución y fuente de actuación, sin tener certidumbre sobre la fuente de sustentación de dicho control. El problema metodológico se inicia con la singularización del artículo 93, numeral 3° de la Constitución, pero está lejos de terminar ahí. Por lo mismo, buena parte de esta tarea, en lo argumental le compete a quién recurre en un caso tan excepcional. A ello debe agregarse que no es el caso de este proceso, que es de inaplicabilidad, y ello no es casual, pues es una sede inidónea para tal ejercicio, ya que está vedado someter a control normas constitucionales en él, ya que son parámetro y no objeto de control. Aún así, se examinarán las cuestiones de constitucionalidad de fondo planteadas, solo para demostrar que si se estuviese en presencia de un precepto legal, debiesen rechazarse en todas sus partes.

d. Otras cuestiones

88. Se ha sostenido que “el control de constitucionalidad de una reforma es, probablemente, el fragmento más delicado de toda la teoría del control de la producción estatal, en razón de que tal enjuicia y pone en evidencia quien tiene la última palabra de la arquitectura del poder y los derechos fundamentales. Visto desde esta óptica, el control jurídico se trataría, por decirlo de una vez y en pocas palabras, de la competencia de las competencias; a la función específica consistente en interpretar los significados de la realidad constitucional, los jueces agregarían la



potestad de constituir las reglas mismas” (Ferreyra, Raúl Gustavo (2007). Reforma Constitucional y Control de Constitucionalidad. México. Ed. Porrúa, pp. 153-154).

89. A este respecto, el Tribunal Constitucional no puede convertirse en un sustituto del poder constituyente -menos en sede de inaplicabilidad de precepto legal- sino en un mero árbitro que resuelve un conflicto entre órganos cuando conoce de un requerimiento deducido por algún órgano legitimado que le plantea un conflicto jurídico y normativo para que lo resuelva ajustado a lo que la propia Carta Fundamental determina, en el marco de la potestad que para ello sea idónea, cuyo no es el caso de la inaplicabilidad por inconstitucionalidad de precepto de ley. En ese sentido, tiene una competencia muy acotada, debiendo actuar con prudencia y conforme a los principios de deferencia y de interpretación conforme a la Constitución, reconociendo la esfera de discrecionalidad de que goza el poder reformador. No hacerlo así conlleva el peligro de atentar en contra de su propia legitimidad al enfrentarse con un poder que es muy fuerte desde la perspectiva democrática: el poder constituyente derivado o reformatorio de la Constitución.

90. Cabe recordar al respecto que este Tribunal ha expresado que la autonomía del legislador -y por cierto también y, con mayor razón la del poder constituyente derivado como es en este caso- “comprende, básicamente, el conjunto de apreciaciones de conveniencia y oportunidad política que lo llevan a la adopción de una u otra fórmula normativa” (STC Roles Nos. 1219, c. 10 y N° 1295, c. 28), sin que le competa emitir un juicio de mérito técnico o político sobre ella (STC Roles N° 141, c. 26°; 465 c. 22°; 1838 c. 36°; 2487 c. 15°, entre otras), por cuanto esta Magistratura “no legisla ni administra, ni entra a calificar la bondad de las disposiciones legales o administrativas sometidas a su control. Sólo debe resolver si dichos actos se ajustan o no a los preceptos constitucionales” (STC Rol N° 517 c. 12°). Es por ello que este Tribunal no puede incorporar “a los fundamentos de sus resoluciones cualquier elemento de ese carácter” (STC Roles N° 231, c. 7° y N° 242 c. 3°), debiendo “prescindir de cualquier consideración o raciocinio factual” (STC Rol N° 325, c. 38). Tampoco está facultado para cuestionar “la precisión, completitud y eficiencia de la ley”, ya que no puede sustituir “el juicio propio del legislador ni juzgar la sabiduría o mérito de los instrumentos que emplea” (STC Rol N° 1295, c. 2). En definitiva, como el Tribunal Constitucional sólo ejerce un control de juridicidad o jurídico, vinculado a la constitucionalidad de los preceptos legales, y no un control político o de las “cuestiones políticas”, porque esto último es facultad privativa del órgano legislativo, ha de respetar el principio del “judicial restraint” –es decir, de la auto limitación judicial- o también llamado de la “deferencia razonada” o de la “corrección funcional”, el cual -según Pérez Luño- “[o]bliga al intérprete a respetar el marco de distribución de funciones estatales consagrado por la Constitución” (Pérez Luño, Antonio E. (2010). Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución. Madrid. Ed. Tecnos, 10° ed., p. 283), para así no desvirtuar la distribución de funciones y el equilibrio entre los poderes del Estado diseñado por la Constitución.



IX. LA ALTERACIÓN SOBREVINIENTE DE CONDICIONES DE ACTIVIDADES ECONÓMICAS Y EL DERECHO DE PROPIEDAD

91. Que, tal como lo señalara este Tribunal en sentencia Rol N° 506, de 6 de marzo de 2007 (cons. 15), el artículo 19 número 24 de la Constitución Política del Estado asegura a todas las personas el derecho de propiedad sobre toda clase de bienes corporales o incorporeales. Esta Magistratura no desconoce que a raíz de haberse asegurado el derecho de propiedad sobre bienes incorporeales, primero a través de la jurisprudencia y luego por medio del precepto constitucional aludido, se han producido efectos que han generado una cantidad abundante de debates y críticas, particularmente entre los cultores del derecho civil. No le corresponde a esta Magistratura resolver ninguno de esos debates ni referirse a ninguna de esas críticas. El texto de la Constitución es claro y su sentido inequívoco: la Constitución asegura el derecho de propiedad sobre bienes incorporeales y a ello debe atenerse esta Magistratura para resolver este caso. Distinto es determinar las diferencias de la propiedad que se ejerce sobre unos y otros bienes.

92. Siguiendo la doctrina asentada en la misma sentencia Rol N° 506, ya citada, cabe observar que si bien existen diferencias evidentes en la propiedad que puede ejercerse sobre bienes corporales e incorporeales, la Constitución, en el número 24 de su artículo 19, establece un mismo y único estatuto de protección para ambas especies de propiedad, por lo que sólo cabría hacer, entre ellas, las diferencias que resulten ineludibles en virtud de la naturaleza de una y otra. En lo que importa al caso, el numeral 24° del artículo 19, en su inciso 2º, dispone que sólo la ley puede establecer las limitaciones y obligaciones que deriven de su función social, la que comprende cuanto exijan, entre otros, los intereses generales de la Nación y la utilidad pública. Esta autorización, dada por el constituyente al legislador para disponer limitaciones y obligaciones a la propiedad, a condición de que se deriven de su función social y así lo exijan, entre otros, los intereses generales de la Nación y la utilidad pública, se aplica, prima facie, a todas las clases y especies de propiedad, incluyendo la propiedad sobre bienes incorporeales, sin excluir los que nacen de los contratos, pues el propio constituyente no ha hecho distinción alguna y ha permitido que el legislador regule y limite todas las especies de propiedad. Al establecer reglas para balancear los legítimos intereses públicos con la defensa de la propiedad privada, la Carta Fundamental establece unos mismos criterios, cualquiera sea el origen o título de la propiedad adquirida. Tampoco hay nada en la naturaleza del derecho de propiedad sobre bienes incorporeales que impida limitarlos en razón de la función social de la propiedad.

93. Que el texto de la Constitución no permite sostener que la propiedad sobre bienes incorporeales que nacen del contrato no pueda cumplir una función social y que ésta fue establecida sólo en relación a los bienes corporales. (La doctrina de la intangibilidad de los contratos tiene consagración en otras Constituciones, donde tampoco se le ha dado un sentido absoluto, pero no en la Carta Fundamental de Chile).



Sostener la intangibilidad absoluta de los derechos que nacen de los contratos no sólo carece de fundamento constitucional, sino que tendría, para ser congruente, que sostener como constitucionalmente ilícitas numerosísimas prácticas habituales de nuestro sistema jurídico, como la de otorgar, por ley, nuevos beneficios laborales o previsionales a favor de trabajadores con cargo a sus empleadores o sostener que la intangibilidad del contrato permite a un arrendatario explotar un bien del modo convenido con su arrendador, sin importar las normas que limitan tal explotación en defensa del medio ambiente. Se podrá decir que en estas dos situaciones el límite a la propiedad tiene fundamento constitucional, pero también es un límite con fundamento constitucional el que se pueda fundar en la función social de la propiedad, conforme a las exigencias de la utilidad pública. Los derechos de propiedad sobre cosas incorpóreas que nacen de contratos entre privados no están inmunes a ser limitados o regulados, en conformidad a la Constitución. La Constitución valora la certeza que otorgan los derechos de propiedad adquiridos. En ellos descansa la legítima confianza que hace funcionar el sistema económico que nos rige. De allí que sean exigentes los requisitos que habilitan al legislador para afectar tales derechos de propiedad; pero las limitaciones a los derechos están constitucionalmente autorizadas, sin distinción de su origen o naturaleza.

94. Adicionalmente, el hecho que no haya impedimento para que el legislador pueda regular o limitar la propiedad sobre cosas incorpóreas de origen contractual, no implica desconocer las peculiaridades de esta especie de propiedad a la hora de establecer su aptitud de ser limitada. Lo anteriormente expuesto ya hace constitucionalmente admisible la preceptiva cuestionada, si es que fuera de rango legal, mas no puede preterirse además que, conforme a lo ya expuesto, es una norma de rango constitucional y es el propio constituyente el que ha determinado la normativa cuestionada, por lo que no puede ser objeto de un examen de inaplicabilidad no menos ser tachada de inconstitucional estando vigente.

95. Por otra parte, la circunstancia que un derecho se origine en un contrato privado, y no en la disposición de una ley, naturalmente hará más improbable justificar la limitación del mismo en razón de la función social de la propiedad, por así exigirlo el interés nacional o público. Esta dificultad obligará a examinar, y a hacerlo intensamente, cómo es que el legislador (ya que otro no podría hacerlo) justifica su acto de limitar, con reglas heterónomas, los derechos que nacieron de un pacto entre privados. Pero estas dificultades que puede encontrar la justificación de la limitación legal no deben, con todo, oscurecer la afirmación central de lo razonado en este apartado, cual es que la Constitución no impide al legislador limitar y regular la propiedad sobre bienes incorpóreas, si es que se verifican los requisitos de interés público que ella misma establece para todas las especies de propiedad. El origen contractual de un derecho de propiedad hará más improbable justificar el interés social que legitima alterarlo, pero tal origen no es, por sí mismo, un impedimento de regulación.



96. Que la distinción entre “privar” de propiedad, por una parte y “regular” o “limitar” la propiedad, por otra, es una de las que mayor debate han suscitado en la doctrina. A su respecto han debido pronunciarse las jurisdicciones constitucionales más influyentes del mundo. En general, puede decirse que conceptualmente ambas figuras pueden distinguirse, pues un acto de privación tendrá por objeto despojar, quitar, sustraer una determinada propiedad de su titular, mientras el acto regulatorio tendrá por función determinar las reglas a que debe ajustarse el ejercicio del dominio, estableciendo un modo limitado y menos libre de ejercer la propiedad sobre la cosa. Así, habrá casos claros de privación (como cuando se le quita a una persona todo el bien sobre el que recae el dominio) y otros casos claros de regulación (como aquellos en que los actos propios del dominio que se limitan son irrelevantes). Sin embargo, 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 y, fundado en ello, esta Magistratura ha estimado que ciertas regulaciones resultan inconstitucionales por privar a los propietarios de atributos esenciales de su dominio, como por ejemplo en el proyecto de ley sobre pensiones de seguridad social (considerandos 19 y 20 del fallo de 21 de agosto de 2001, rol 334).

97. Que, como ya lo señalara este Tribunal hace aproximadamente 15 años, “la magnitud de la regulación no resulta entonces indiferente. Por una parte porque toda regulación o limitación priva al propietario de algo. A partir de la regulación, alguna autonomía, privilegio, ventaja o libertad que tenía, desaparece para su titular. Si tuviéramos por propiedad cada aspecto de esa autonomía, privilegio, ventaja o libertad, la regla constitucional que permite limitar la propiedad equivaldría a letra muerta, lo que se contradiría con múltiples fallos de este Tribunal que han tolerado, en determinados casos y bajo ciertas condiciones, la regulación de la propiedad” (sentencia Rol N° 506, de 6 de marzo de 2007, cons. 23).

98. Cabe así distinguir entre el fundamental estatuto constitucional de la propiedad -que no pretende agotar en la constitución su regulación- y el estatuto legal de las diversas formas de la propiedad, en una constitución que al legislador le entrega una amplia capacidad normativa del derecho de propiedad, al disponer -para todas las formas de propiedad- que “Sólo la ley puede establecer el modo de adquirir la propiedad, de usar, gozar y disponer de ella y las limitaciones y obligaciones que deriven de su función social”, teniendo entre los elementos de la función social los que señala el mismo inciso del numeral 24° del artículo 19 se encuentran incluidos en ella, consistentes en “los intereses generales de la Nación, la seguridad nacional, la utilidad y la salubridad públicas y la conservación del patrimonio ambiental”.



99. Es así que el legislador tiene una amplia capacidad regulatoria sobre los límites, cargas y obligaciones asociadas al derecho de propiedad, y si la preceptiva cuestionada fuera de rango legal, ya ello determinaría su plena constitucionalidad, pues cabría entonces examinar si se afecta o no el contenido esencial del derecho de propiedad de las aseguradoras. A este respecto cabe señalar que el Estado no es la ha cancelado la autorización de existencia, no les ha estatizado las primas ni les ha limitado el giro, sino que solamente les ha impuesto nuevas obligaciones, que no implican condiciones de mercado ni de gestión que hagan imposible el desarrollo de su negocio, sino que solamente ha determinado un mecanismo de adelantos de pago, con reembolso contra pagos futuros, el cual además descarta cualquier alegación de expropiación, al haber devolución y al no ser el Estado quien se apropia de los bienes en cuestión, elemento que es esencial para poder hablar de expropiación. En efecto, si no se quiere aceptar que se está en presencia de un pago adelantado contra reembolso, se debe concluir que se establece simplemente lo que es calificable como un contrato forzoso, de mutuo de dinero, con regulación de plazo y pago, un contrato forzoso como muchos existen en Chile, como lo es por ejemplo el que todo propietario de un vehículo debe celebrar justamente con aseguradoras para acceder al SOAP (seguro obligatorio de accidentes personales), sin que se plantee razonable declarar la inconstitucionalidad de la figura de los contratos forzosos.

100. En el sentido antes dicho, la aseguradora requirente plantea una suerte de derecho de propiedad, que de manera asumida o no asumida, implica per se plantear una suerte de inamovilidad normativa de carácter general y abstracta como parte de ese derecho, sustentando su pretendido derecho de propiedad en una base argumentativa feble: el sostener que el Estado no puede tocar la normativa que regula en negocio en el que ella invirtió en un momento dado. Es del caso señalar que el poder normativo del estado es parte del ejercicio de soberanía por parte de los órganos que la Constitución establece, a partir del artículo 5° de la Constitución, y que en este caso es el propio poder constituyente (derivado) el que dictó las normas cuestionadas. Valga repetir una vez más que el poder constituyente es la más alta y relevante manifestación del derecho de autodeterminación de los pueblos, y es en las normas que de él derivan donde se establece el estatuto constitucional de la propiedad, dentro de lo cual caben las normas cuestionadas, que por tener rango constitucional no pueden ceder ante las normas de rango legal que configuraban el negocio de las rentas vitalicias antes de tal reforma constitucional, pues ello sería invertir y pervertir el paradigma de sumisión a la constitución del ordenamiento jurídico emanado del derecho interno del Estado.

101. En efecto, toda actividad económica se realiza legítimamente y dentro del marco constitucional siempre que se cumpla con la normativa legal que la regule, tal como lo dispone el numeral 21° del artículo 19 de la Constitución, y si lo cuestionado en estos autos fuera preceptiva legal (que no lo es), no cabría más que identificarla como parte de la normativa sectorial regulatoria, al igual que toda la



normativa legal de la ley general de seguros y del decreto ley 3500 en lo relativo a las rentas vitalicias.

102. Que en materia de servicios de relevancia pública por parte de particulares, la función social de la propiedad tiene especial relevancia, pues la contraparte, en un sentido global, es la comunidad completa. En efecto, como se señalara en la ya citada sentencia Rol N° 506, “en la provisión de un servicio de utilidad pública esencial, como es la electricidad para la población, el legislador puede legítimamente disponer un nuevo sistema tarifario que altera, para lo futuro, el sistema de precios que se pagan entre empresas privadas que participan en el sector para proveer, con afán de lucro, el respectivo servicio, aunque con ello afecte los derechos establecidos en un contrato válidamente celebrado, siempre que, como demuestra en la especie la historia legislativa, el legislador lo haga en razón de exigencias de utilidad pública y que, con tales alteraciones, no prive a los participantes de lucro o beneficio económico o de algún otro atributo o facultad esencial de su propiedad” (cons. 36). Tales argumentaciones cobran plena validez en el caso concreto, pues la utilidad pública y la función social de las rentas vitalicias derivadas del sistema de pensiones del decreto ley 3500 es evidente.

103. A su vez, el impacto de la aplicación del precepto impugnado en flujos financieros futuros no es una cuestión que sea parte del derecho de propiedad ya constituido y amparado por la constitución, pues es a lo más una mera expectativa, que en el sistema jurídico chileno no puede constituir derecho, menos respecto de contratos de seguros, que por definición son aleatorios, y en ese sentido uno de los elementos del alea es justamente la incerteza del resultado, por lo que tal argumento implica per se una tautología leonina en la relación contractual de las partes: que el contrato sería aleatorio para el asegurado pero no para la aseguradora.

X. COMPAÑÍAS DE SEGUROS E INVOCACIÓN DE TITULARIDAD DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

104. Que, adicionalmente, tanto en estrados como en la deliberación se invocó como pretendidamente infringido el artículo 21 de la Convención Americana de Derechos Humanos, a propósito de la protección de las diversas formas de propiedad. Debe tenerse presente que en el presente caso una empresa de seguros, sociedad anónima de giro único, invoca como infringidas normas de derecho internacional de derechos humanos contenidas en tratados internacionales. A este respecto, no debe perderse de vista que la Corte Interamericana de Derechos Humanos emitió la Opinión Consultiva OC-22/16 sobre «Titularidad de derechos de las personas jurídicas en el sistema interamericano de derechos humanos (interpretación y alcance del artículo 1.2, en relación con los artículos 1.1, 8, 11.2, 13, 16, 21, 24, 25, 29, 30, 44, 46 y 62.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como del artículo 8.1.a y b del Protocolo de San Salvador)», concluyendo que “se desprende con claridad que las personas jurídicas no son



titulares de derechos convencionales, por lo que no pueden ser consideradas como presuntas víctimas en el marco de los procesos contenciosos ante el sistema interamericano” (párrafo 70), reconociendo como excepciones parciales a las comunidades indígenas o tribales y a las organizaciones sindicales (solamente respecto de los Estados parte del Protocolo de San Salvador), en tanto serían titulares de ciertos derechos específicos, agregando que “«el ejercicio del derecho a través de una persona jurídica debe involucrar una relación esencial y directa entre la persona natural que requiere protección por parte del sistema interamericano y la persona jurídica a través de la cual se produjo la violación, por cuanto no es suficiente con un simple vínculo entre ambas personas para concluir que efectivamente se están protegiendo los derechos de personas físicas y no de las personas jurídicas» y que «se debe probar más allá de la simple participación de la persona natural en las actividades propias de la persona jurídica, de forma que dicha participación se relacione de manera sustancial con los derechos alegados como vulnerados» (párrafo 119)”, todo lo cual permite descartar las alegaciones de la requirente invocando la Convención Americana de derechos Humanos en el caso concreto.

105. A su vez, la normativa cuestionada no hace imposible ni altamente gravoso el ejercicio de la actividad económica de seguros de vida en lo referido a las rentas vitalicias, motivo por el cual, si estuviésemos frente a normas de rango legal, cabría rechazar entonces las alegaciones referidas a las vulneraciones de los derechos de propiedad y libertad económica.

XI. EL CONTRATO DE RENTA VITALICIA, SU REGULACIÓN Y EL DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL

106. En efecto, el contrato de renta vitalicia a que se refiere el caso de autos no se agota con la comprensión de la decimonónica figura de derecho común contemplada convencionalmente entre particulares por el derecho privado en el artículo 2264 del Código Civil desde la década de 1850 (época en la que no existía el derecho fundamental a la seguridad social ni la legislación sobre Derecho de la seguridad social) ni con el concepto de acto mercantil de la actividad de seguros que da el artículo 3° del Código de Comercio del insigne Gabriel Ocampo (también dictado en una época en la que no existía el derecho fundamental a la seguridad social ni la legislación sobre Derecho de la seguridad social).

107. En efecto, el contrato de rentas vitalicias contemplado en los artículos 62 y siguientes del decreto ley 3500 no se ubica ni en la legislación civil ni mercantil, sino que se establece como una modalidad de pensión de un sistema de seguridad social frente al estado de necesidad llamado vejez, en el marco de un sistema normativo que pretende satisfacer el derecho fundamental a la seguridad social contemplado en el numeral 18° del artículo 19 de la Constitución, en el artículo 9 del universal Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales y en el artículo 17 de la Convención Interamericana Sobre la Protección de los Derechos



Humanos de las personas mayores, ambos ratificados por Chile y vigentes a los efectos dispuestos por los artículos 5° y 54 de la Constitución Política vigente.

108. A este respecto, el artículo 17 de la Convención Interamericana Sobre la Protección de los Derechos Humanos de las personas mayores dispone que Los Estados Parte promoverán progresivamente, dentro de los recursos disponibles, que la persona mayor reciba un ingreso para una vida digna a través de los sistemas de seguridad social y otros mecanismos flexibles de protección social. En tal sentido, se desnuda que todo sistema de seguridad social ha de definir los estados de necesidad social que han de generar prestaciones, siendo los mínimos y elementales al año 1947 desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad, agregándose los cuidados especiales propios de la maternidad (artículo 25 de la declaración Universal de los derechos humanos).

109. Es del caso señalar que en la normativa del decreto ley 3500 se contempla un sistema de pensiones financiado por el trabajador con descuentos de su propia remuneración, con lo cual se conforma un fondo previsional individual, en la llamada “cuenta de capitalización individual”, sin aportes del empleador -que solo descuenta y entera los montos de la remuneración ya pagada al trabajador-, y solamente en el evento que dicho fondo no alcance a cubrir una pensión mínima se produce el aporte estatal del llamado “pilar solidario” del sistema de pensiones, creado por la reforma previsional del año 2008, para asegurar una pensión que de otra forma el sistema no podría cubrir. En el caso señalar que en el caso que el fondo previsional individual alcanzase para cubrir una pensión, el pensionado puede elegir modalidades de pensión con cargo al fondo: entre retiro programado, retiro programado con renta vitalicia diferida, renta vitalicia con retiro programado diferido y renta vitalicia inmediata.

110. Cabe mencionar que en las modalidades de retiro programado la pensión se paga con cargo al fondo, surgiendo la elemental pregunta acerca de su agotamiento. Es del caso señalar que en pensiones de vejez, sobrevivencia e invalidez cada beneficiario consumirá fondos desde su subsaldo determinado en cuotas desde el fondo previsional y individual, y no procederá el pago con cargo a él una vez agotado el saldo de la cuenta. Es decir, una vez agotado el saldo, en el diseño del sistema se agota la pensión originalmente determinada en función de haberse agotado su fuente de financiamiento, no obstante que el pensionado siga evidentemente en el estado de necesidad social: vejez, invalidez u otro, lo cual pugna frontalmente con el deber estatal de asegurar el derecho a la seguridad social y con la normativa de derecho internacional de los derechos humanos ya citada, que además solamente viene a establecer estándares de piso mínimo para los Estados. En tal entorno, cabe constatar una conclusión lapidaria: El Estado de Chile, contraparte y obligado correlativo de la persona en el ejercicio y garantía del derecho fundamental a la seguridad social del numeral 18° de la Constitución Política, abdicó de su rol de



garante y del cumplimiento de las obligaciones de aseguramiento del ejercicio de este derecho, traspasando al afiliado la garantía del mismo al establecer como fuente de financiamiento la propia remuneración y al establecer un sistema netamente individual, sin solidaridad, aporte patronal ni aporte estatal directo al financiamiento (siendo desde 2008 el pilar solidario un aporte subsidiario y de *seconda ratio*). Frente a ello, en caso de agotamiento de los fondos de la cuenta individual de financiamiento de pensiones conforme a lo precedentemente señalado, la posible respuesta para no dejar en la inopia y en el desamparo al pensionado podría ser el cumplimiento de los presupuestos para acceder a una Pensión Mínima por Garantía Estatal de acuerdo a lo establecido por la Ley N° 20.255, y si no se tiene derecho ello se podría postular a una pensión asistencial, considerando además que no se accederá siempre a alguna de dichas prestaciones, pues no siempre se cumplirán sus requisitos legales de derecho estricto, además de no perderse de vista la merma en el monto de las prestaciones mensuales, considerando que en Chile el monto mínimo de las diversas tipologías de pensiones no se encuentran asociadas ni menos asimiladas al sueldo mínimo es sus pisos.

111. En tal entorno, la celebración de un contrato de renta vitalicia - entendido con su elemento esencial de pagar al pensionado una renta mensual hasta el día de su muerte, independiente del monto del fondo previsional, que se traspasa como una prima a una aseguradora- viene a ser la única forma segura y clara que el sistema jurídico chileno le deja al pensionado para poder satisfacer su derecho de acceder a una pensión segura y conocible hasta el día de su muerte, y así satisfacer el estándar mínimo de su derecho humano a la seguridad social durante su vejez, de forma tal que su celebración no es necesariamente fruto de una prístina y espontánea decisión de la autonomía de la voluntad en condiciones de igualdad frente al sistema previsional, como lo hubiese concebido la doctrina civil clásica y decimonónica del siglo XIX, sino que es una de las alternativas que ha de tomarse como decisión de vida, en la vejez, la más difícil de dichas etapas, para determinar cómo se han de obtener recursos mínimos para subsistir, si es que se obtienen, pues el sistema jurídico conduce a la individualidad en ello.

112. Así, no es posible señalar a buenas y a primeras que el Estado ha interferido en contratos libre, espontánea y voluntariamente celebrados en los que el afiliado entregó su fondo a una aseguradora, pues además de ser un contrato dirigido y fuertemente regulado, la finalidad del contrato de renta vitalicia previsional es la satisfacción de una prestación de seguridad social por parte de empresas aseguradoras. De sobra está decir que el derecho a la seguridad social no es de titularidad de la aseguradora, sino que del pensionado que es su contraparte contractual, por lo que es imposible sostener por la aseguradora un efecto inconstitucional de vulneración de normas constitucionales vinculadas a tal derecho en su favor en esta sede, por carecer de legitimación activa para ello al no ser titular de ese derecho fundamental.



113. Que, a propósito del contrato de salud entre una ISAPRE y el afiliado a ella, en la histórica sentencia de inconstitucionalidad Rol N° 1710, este tribunal señaló que “hay que considerar la naturaleza del contrato de salud que junto con ser un contrato con elementos de orden público, lo es de tracto sucesivo, no de ejecución instantánea. A diferencia de, por ejemplo, un contrato de compraventa, el contrato de salud origina una relación de permanencia entre la Isapre y el cotizante. De hecho, ésta es la razón por la cual se permiten revisiones en las condiciones del contrato. Las circunstancias fácticas que se tuvieron en consideración al momento de celebrar el contrato pueden cambiar y por ello se admiten ciertas modificaciones (en un marco de razonabilidad y proporcionalidad)”. Es del caso señalar que lo expuesto resulta plena y totalmente pertinente de ser predicado y fijado como estándar en el contrato de renta vitalicia de seguridad social del decreto ley 3500, por los motivos ya expuestos, más teniendo presente que en dicha sentencia se razonó latamente acerca del derecho a la seguridad social (cons. 124 y ss.).

114. Así, teniendo el contrato de renta vitalicia del decreto ley 3500 el carácter de medio de satisfacción de prestaciones de seguridad social, no pueden preterirse los estándares que hace más de una década fijó esta magistratura al respecto. En efecto, en sentencia Rol N° 1273, de 8 de septiembre de 2009, se señala expresamente “el deber de los particulares y de las instituciones privadas de respetar y promover el ejercicio de los derechos consustanciales a la dignidad de la persona humana en cuanto a su existencia y exigibilidad, se torna patente respecto de aquellos sujetos a los cuales la Constitución, como manifestación del principio de subsidiariedad, les ha reconocido y asegurado la facultad de participar en el proceso que infunde eficacia a los derechos que ella garantiza. Tal es, exactamente, lo que sucede con las instituciones de salud previsional, en relación con el derecho de sus afiliados a gozar de las acciones destinadas a la seguridad social, así como a la protección de la salud, consagrados en el artículo 19, N°s 9° y 18° de ella, respectivamente” (cons. 37), cuestión que al referirse expresamente a la satisfacción de prestaciones de seguridad social por particulares es también un estándar en el presente proceso, agregándose en la misma sentencia que “las instituciones aludidas tienen también asegurados sus derechos en la Carta Política, pero, con idéntica certeza, ha de afirmarse que ellos se encuentran sometidos a los deberes correlativos, de los cuales resulta menester realzar aquí su contribución al bien común, haciendo cuanto esté a su alcance, dentro del ordenamiento jurídico, por materializar el goce del derecho a la protección de la salud. Consiguientemente, el desarrollo de sus actividades empresariales y el ejercicio del dominio sobre sus bienes encuentran límites y obligaciones legítimas, impuestos por la ley en cumplimiento de lo previsto en la Carta Política, a propósito de las exigencias derivadas de la función social de la propiedad” (cons. 38), cuestión que reconduce y confirma lo ya señalado a ese respecto.

115. Adicionalmente, cabe reiterar que el contrato de renta vitalicia celebrado por la compañía de seguro requirente es por definición aleatorio. En efecto,



el artículo 1441 del Código Civil dispone que tales contratos son aquellos en los que el equivalente de las prestaciones contractuales consiste en una contingencia incierta de ganancia o pérdida, que en este caso está dado por la “sobrevida” del pensionado, en términos de que lo que entrega como prima -su fondo previsional- sea o no mayor que lo que la aseguradora pague y rente con él. En tal sentido, más allá de las tablas de mortalidad que el sistema y las aseguradoras tengan de referencia, la muerte de una persona natural es un hecho futuro cierto en cuanto a su ocurrencia (nadie es inmortal), pero del todo incierto en cuanto al momento o época de su ocurrencia, por lo cual al no haber certeza no puede sostenerse que frente a ello la aseguradora tenga pérdidas por alterarse el flujo derivado del uso de tales tablas, constituyendo ello a lo más una mera expectativa, mas no un objeto de derecho de propiedad. En otras palabras, la aseguradora no tiene propiedad sobre la fecha de la muerte del afiliado, y felizmente no puede determinarla, por lo que mal podría tener un perjuicio acerca de ello derivado de las normas cuestionadas. Además de lo expuesto, no puede haber objeto cierto de propiedad sobre flujos futuros derivados del incierto pago de la renta al ser el contrato aleatorio para ambas partes, descartándose así nuevamente vulneración del derecho de propiedad.

116. Todo lo expuesto precedentemente significa desde la definición del contrato de renta vitalicia previsional la compañía aseguradora no tiene derecho adquirido ni constitucionalizado respecto del alea de la posible utilidad que reclama como parte de su derecho de propiedad.

117. Cabe reiterar además y nuevamente, que nada de lo precedentemente razonado acerca de la determinación de utilidades ni de derecho de propiedad se conecta con lo que se discute en la gestión pendiente, motivo por el cual, de acogerse este requerimiento, la sentencia que acoja no podrá tener efecto alguno a este respecto en la gestión pendiente, lo cual desnuda otra falencia insalvable: el requerimiento no debió ser declarado admisible, pues al no producir el efecto atribuido por la requirente una eventual sentencia, no resulta de aplicación decisiva el precepto impugnado, contrariándose al ser declarado admisible el artículo 93, inciso undécimo, de la Constitución Política y el numeral 5° del artículo 84 de la ley orgánica constitucional de este Tribunal.

118. Todo lo expuesto en este capítulo constituye parte relevante del fundamento de la regulación del “mercado” de las rentas vitalicias, si es que se puede hablar así en materia satisfacción de derechos económicos sociales y culturales, y es esa naturaleza especial de dicho contrato de renta vitalicia de seguridad social el que motiva la existencia de cargas, obligaciones y regulaciones especiales respecto del mismo.

XII. ACERCA DE LA RESERVA TÉCNICA EN MATERIA DE SEGUROS



119. No puede tenerse fuera de la argumentación del presente proceso la regulación de la actividad de seguros en el derecho chileno. En efecto, parte esencial de su regulación es la que se contiene en el texto actual del Decreto con Fuerza de Ley N° 251, de 1931, sobre COMPAÑÍAS DE SEGUROS, SOCIEDADES ANONIMAS Y BOLSAS DE COMERCIO, usualmente llamado Ley General de Seguros, que en su artículo 20 dispone que “Las entidades aseguradoras y reaseguradoras establecidas en el país, para cumplir con las obligaciones provenientes de la contratación de los seguros y reaseguros, deberán constituir reservas técnicas, de acuerdo a los principios actuariales, procedimientos, tablas de mortalidad, tasas de interés y otros parámetros técnicos que, por norma de carácter general, establezca la Superintendencia”. Cabe mencionar que las reservas técnicas tienen por finalidad asegurar el cumplimiento de obligaciones futuras y por ende no son recursos de libre disposición. A propósito de su conceptualización y funcionalidad, en la Circular N° 2.062 de 2012 citada en la Circular N°1208 de la Comisión para el Mercado Financiero, se define la reserva técnica base (pág. 3), a propósito del pago anticipado de rentas vitalicias. En forma muy sintética, se puede decir que las reservas técnicas son las provisiones que deben constituir las Compañías de Seguros para atender las obligaciones contraídas con sus Asegurados (CMF, sf), y en forma un poco más detallada (CMF, sf): La reserva técnica en seguros de renta vitalicia se determinará, para cada póliza, como el valor presente de los flujos proyectados de pago de pensiones [], descontados utilizando la tasa de descuento menor entre la tasa de mercado vigente a la fecha de entrada en vigencia de la póliza y la tasa de venta de la renta vitalicia (ver Biblioteca del Congreso Nacional, Asesoría Técnica Parlamentaria, Mayo de 2021, Normas aplicables a reembolso de retiro en caso de clientes de rentas vitalicias: Ley N° 21.330 Antecedentes normativos y proyecto de ley, disponible en https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/32119/2/BCN_Normativa_aplicable_a_reembolso_de_10_retirado_en_Rentas_Vitalicias_coment_GW.pdf). A su vez, dentro de los 6 tipos de reservas técnicas que establece el artículo 20 del texto actual del Decreto con Fuerza de Ley N° 251, de 1931, sobre COMPAÑÍAS DE SEGUROS, SOCIEDADES ANONIMAS Y BOLSAS DE COMERCIO, y que las aseguradoras se encuentran obligadas a constituir, se encuentra en el numeral 5 de dicha norma la llamada “Reserva de descalce, por los riesgos originados en el descalce de plazo, tasa de interés, moneda e instrumentos de inversión, entre los activos y pasivos de la compañía”. Es decir, la ley chilena y su autoridad administrativa ordenan como parte de la normativa regulatoria del negocio del seguro el constituir reservas para asegurar descalces de plazos de pago, que entonces son eventos y riesgos previstos y contemplados por la compañía aseguradora. No puede ser cierto entonces que las aseguradoras requirentes en este tipo de procesos se hayan visto sometidas a un imprevisto, a un gravamen no conocido, ni menos conocible ni a alguna carga pública que por primera vez en su vida institucional se les plantee. En efecto, siendo un adelanto con reembolso, lo establecido en la norma constitucional



que se hace es determinar por una norma nueva, constitucional, el uso de la reserva técnica para descalce de plazo.

120. A lo anterior cabe tener presente que no siendo las reservas técnicas recursos de libre disposición y teniendo un fin determinado, no resulta sostenible que se pre suponga en esta sede que su destinación a pagos derivados de anticipos dispuestos constitucionalmente sea una vulneración del derecho de propiedad, pues la configuración de la reserva técnica en la ley preexistente a la norma constitucional ya la destina a tal efecto, no siendo recursos de libre disposición de la aseguradora, por lo que mal podría afectarse una inexistente libre disposición para hacerlas rentar si su fin directo es el pago de obligaciones, más allá de que sean capitalizables por expresa disposición de la ley, que a la vez regla su uso, agregando normas estrictas sobre su inversión en el artículo 21 del mismo DFL.

121. Adicionalmente, el mismo artículo 20 que establece y regula las reservas técnicas establece normas especiales para las referidas a seguros y rentas vitalicias regladas en el decreto ley 3500 -es decir, del sistema de pensiones- al señalar que *“en el caso de seguros contemplados en el decreto ley N° 3.500, de 1980, y tratándose de cesiones de reaseguro a reaseguradores extranjeros, la deducción por reaseguro no podrá exceder del 40% del total de las reservas técnicas correspondientes a los seguros señalados o del porcentaje superior que establezca la Superintendencia. No obstante, tratándose de seguros de rentas vitalicias contemplados en el decreto ley N° 3.500, de 1980, las tablas de mortalidad para el cálculo de las reservas técnicas serán fijadas por la Superintendencia conjuntamente con la Superintendencia de Administradoras de Fondos de Pensiones.”*.

122. Cabe mencionar que ninguna de dichas normas del Decreto con Fuerza de Ley N° 251, de 1931, sobre COMPAÑIAS DE SEGUROS, SOCIEDADES ANONIMAS Y BOLSAS DE COMERCIO, sobre conformación, uso, destino e inversión de las reservas técnicas, ni ninguna otra sobre potestades de la Comisión para el Mercado Financiero tendientes a reglar u ordenar su uso han sido impugnadas en este proceso, motivo por el cual ningún efecto a ese respecto tendrá la sentencia de inaplicabilidad, manteniéndose la potestad de tal órgano administrativo de ordenar pagos con cargo a ella y ordenar su ajuste en cuanto a montos, títulos y caracteres de los mismos, tanto para este proceso de inaplicabilidad como para la gestión pendiente.

123. Lo expuesto en este título refuerza y lapida lo ya concluido, en orden a que no existe ni puede existir vulneración de las garantías de la libertad de empresa y de la propiedad que se pretenden a la luz de los numerales 21° y 24° del artículo 19 de la Constitución Política de la República.

XIII. ACERCA DEL HECHO DEL PRÍNCIPE Y LA TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN

124. Que siendo formalmente una relación contractual la existente entre un pensionado de renta vitalicia y la aseguradora requirente, cabe tener presente que la



normativa constitucional cuestionada introduce una obligación de anticipo de pago como obligación correlativa del ejercicio de un derecho nuevo que la misma normativa establece. Así, si la compañía de seguros considera que hay un hecho nuevo que hace más gravoso y antijurídico el cumplimiento de sus obligaciones, al parecer se estaría en presencia de lo que la doctrina civil llamaría “la teoría de la imprevisión”, definida como “la facultad del deudor de solicitar la resolución o revisión del contrato de ejecución postergada cuando un imprevisto ajeno a la voluntad de las partes ha transformado su obligación en exageradamente onerosa” (Abeliuk, Rene, *Las obligaciones*, 4 a ed. actualizada, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2003, p. 756), y en el caso de autos, en particular, por un cambio normativo, no por un acto de la naturaleza ni por un hecho de un tercero, es decir, en lo que se llamaría “el hecho del príncipe” en tanto acto de autoridad superior e irresistible por las partes.

125. Cabe mencionar que, en general, en materia de contratos bilaterales y conmutativos, la ocurrencia de un imprevisto no imputable a las partes e imposible de resistir, que altere el equilibrio contractual, podría dar lugar a una modificación de los términos contratados para reestablecer el equilibrio y quizás hasta dar lugar a la exoneración del cumplimiento de las obligaciones según la entidad y magnitud del imprevisto. Es del caso señalar que la teoría de la imprevisión no tiene regulación expresa en la legislación chilena (Momberg Uribe, Rodrigo. (2010). *TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN: LA NECESIDAD DE SU REGULACIÓN LEGAL EN CHILE*. *Revista chilena de derecho privado*, (15), 29-64. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-80722010000200002>). En específico, la normativa del decreto ley 3500 tampoco contempla para las aseguradoras mecanismo que permita alegar teoría de la imprevisión, y ello no es casual, por varios motivos, entre ellos que el contrato es aleatorio y por otro lado que están satisfaciendo prestaciones derivadas de un derecho humano, cual es el derecho a la seguridad social.

126. A reglón seguido, cabe determinar si un cambio normativo es o no un real imprevisto, cuestión que no resiste análisis en un Estado democrático, pues la legislación al ser expresión de un sistema constitucional dinámico y que expresa la voluntad del titular del poder no es ni puede ser perpetua, más en un rubro como la seguridad social y las rentas vitalicias, rubro en el cual se registran diversas modificaciones legislativas en las últimas 5 décadas, de manera tal que es imposible sostener que el cambio normativo sea imprevisible.

127. Por otra parte, no puede sostenerse que el adelanto de pago sea una afectación del patrimonio de las aseguradoras que haga imposible el cumplimiento de la obligación, pues como ya se viera para ello existía y existe en la ley la reserva técnica de descalce, y con cargo a reservas técnicas -dispuestas para enfrentar imprevistos y contingencias- se hicieron los pagos, que además contemplan devolución por el pensionado en la misma norma cuestionada.

128. De tal forma, tampoco a partir de la teoría de la imprevisión podría configurarse un daño a las aseguradoras.



XIV. ACERCA DE LAS ALEGACIONES DE DISCRIMINACIÓN Y DESIGUAL REPARTICIÓN DE CARGAS PÚBLICAS

129. Así, las alegaciones de desigual y desproporcionada repartición de cargas públicas (no. 20° del artículo 19 constitucional) y de discriminación por vulneración de la igualdad a la ley (en su vertiente común del numeral 2° y en su vertiente económica del numeral 22°, ambas del artículo 19 constitucional) pasan forzosamente por determinar si la regulación cuestionada -de ser precepto legal- carecería de fundamento razonable, cuestión que a la luz de lo expuesto se descarta desde ya. A su vez, la alegación referida a las cargas públicas pasa por la misma falacia que las del derecho de propiedad y la libertad de empresa: un pretendido derecho a inamovilidad normativa para no estar afecto a cargas de cambios normativos sobrevenidos, lo cual ya fue descartado, y sin lo cual tales alegaciones decaen, sin que pueda sostenerse que el cumplir lo dispuesto por la ley a propósito del uso y conformación de la reserva técnica de las aseguradoras sea una práctica discriminatoria o una carga pública desproporcionada, salvo que se quiera ejercer la actividad aseguradora sin cumplir con las normas de reserva técnica que garantizan solvencia y certeza en el cumplimiento de obligaciones futuras.

XV. CONCLUSIONES

130. A partir de todo lo expuesto, se concluye que la normativa cuestionada no es precepto legal, sino norma constitucional vigente, como ya lo declarara expresamente este tribunal en el proceso Rol N° 10.774, por lo que esta Magistratura carece de competencia para enjuiciarla y el presente proceso nunca debió superar la etapa de admisibilidad

131. Adicionalmente, este tribunal es un órgano constituido, sometido a normas constitucionales vigentes, y no un órgano constituyente ni menos supra constituyente capaz de dejar sin efecto, ni en lo particular ni en general, normas constitucionales vigentes

132. Que carecen de asidero las alegaciones de vicios de constitucionalidad de forma, pues no existe iniciativa exclusiva del Presidente de la República en materia de reformas constitucionales, como sí lo existe en el caso de normas de rango simplemente legal

133. Que bastando con lo expuesto para rechazar el requerimiento, si la normativa cuestionada fuese precepto legal, no se verifica ninguno de los pretendidos vicios sustanciales alegados en su aplicación, en primer lugar por no tener los mismos conexión alguna con la materia a discutir y resolver en la gestión pendiente, y en segundo lugar por no poder ser efectivos

134. Que por todo lo expuesto, el requerimiento ha de ser rechazado.



El Ministro señor JUAN JOSÉ ROMERO GUZMÁN concurre al rechazo del requerimiento por ser improcedente, toda vez que se dirige contra un precepto de rango constitucional y no uno de rango legal. En este sentido, adhiere a lo señalado en los considerandos 1º a 11º y 24º del voto por rechazar.

El Ministro señor GONZALO GARCÍA PINO y la Ministra señora MARÍA PÍA SILVA GALLINATO previenen que concurren a la disidencia con las siguientes puntualizaciones:

1º Compartimos los considerandos 7º a 34º; 40º a 68º; 72º, 75º a 87º; 89º, 92º a 94º; 99º, 101º a 103º; 111º a 113º, 117 a 121º; 124º, 125º y 130 a 134º de la disidencia.

2º Adicionalmente, sostenemos que no es posible soslayar que el precepto impugnado no tiene rango legal.

El precepto impugnado es una norma constitucional y, en consecuencia, a su respecto no procede la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, puesto que esta acción está prevista para obtener la declaración de inaplicabilidad de un “precepto legal”, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 93 N° 6 de la Constitución Política y en el artículo 84 N° 4 de la LOC del TC.

3º El precepto impugnado es una norma constitucional, en primer lugar, porque fue creada por el órgano competente y con arreglo al procedimiento para su dictación, según lo disponen los artículos 127 a 129 de la Carta Fundamental. En efecto, la Ley N° 21.330, que contiene los preceptos impugnados, fue iniciada por moción parlamentaria, aprobada con quórum de 3/5 (en la práctica, los preceptos impugnados fueron aprobados por más de 2/3 de los parlamentarios, pues en la Cámara de Diputados contó con 107 votos a favor, en primer trámite, y 119, en tercer trámite, y en el Senado, con 30 votos a favor) y sancionada por el Presidente de la República. Y, justamente por lo anterior, las disposiciones de la Ley N° 21.330 pasaron a formar parte de la Constitución desde su entrada en vigor, en cumplimiento de lo dispuesto en el inciso final del artículo 129 de la Ley Fundamental, de conformidad con el cual, una vez promulgado el proyecto de reforma constitucional y desde la fecha de su vigencia, sus disposiciones pasan a formar parte de la Constitución y se tienen por incorporadas a ella.

4º El procedimiento de aprobación de esta reforma constitucional es diverso y agravado respecto de una ley. En este orden de ideas, cabe tener presente que tanto el poder constituyente derivado -el poder para reformar la Constitución Política- como el poder legislativo -el poder para crear leyes- reside en el Presidente de la República y en el Congreso Nacional, según lo establecen los artículos 129 y 65 de la Constitución, respectivamente. El ejercicio de uno u otro está dado por el procedimiento que se siga para su materialización, ya que el procedimiento de reforma constitucional contempla quórums más altos de aprobación y,



eventualmente, la convocatoria a plebiscito. En consecuencia, la Constitución no confunde la función legislativa de la función constituyente.

5° El ejercicio de la función constituyente del Congreso puede divorciarse respecto del Presidente. El presidencialismo no supone que la legislación y las reformas constitucionales deban exigir el consentimiento del Presidente de la República. La Constitución dispone las hipótesis de desencuentros en el ámbito legal (observaciones o vetos) y también en las reformas constitucionales (vetos y plebiscito de los artículos 32, N° 4 y 128 de la Constitución). No es resorte de este Tribunal entrar en los argumentos de mérito que impidieron que se hubiera recurrido a este precepto constitucional. Lo central es que la propia Constitución reconoce la facultad independiente del Congreso Nacional para tener iniciativa, promoción y aprobación de una ley de reforma constitucional.

6° El contenido no define la materia constitucional sino que su procedimiento de ingreso a la Constitución. Lo anterior, demuestra que no es el contenido el que define la naturaleza del precepto, sino su procedimiento. De lo contrario, si se entendiera que es el contenido el que determina la naturaleza de la norma, se estaría subordinando la norma de máxima jerarquía -la norma suprema constitucional- a la norma de inferior jerarquía -la norma legal-, dado que es la Carta Fundamental la que prescribe cuál es el ámbito material de la ley. En este sentido, en el voto disidente de la STC 9797, que se pronunció sobre el requerimiento de inconstitucionalidad presentado por el Presidente de la República en contra de la reforma constitucional que establecía un segundo retiro de fondos previsionales, se señaló que la definición de las materias de ley por la Constitución Política tiene por objeto delimitar la potestad reglamentaria del Presidente de la República (c. 116°). En esta línea, es dable señalar que en la gran mayoría de las Constituciones la diferencia entre el poder de reforma constitucional y el poder legislativo radica en que el primero se ejerce a través un procedimiento distinto y agravado. En definitiva, no es el contenido el que define la naturaleza de la norma constitucional, sino el procedimiento con arreglo al cual es producida.

7° La tesis de las normas constitucionales inconstitucionales supone sostener que la norma tiene rango constitucional. El hacer suyo, mediante la STC 9797, c. 12°, la tesis de la inconstitucionalidad de las normas constitucionales o de su hiperconstitucionalización implica aceptar que la norma cuestionada tiene el máximo rango jerárquico del ordenamiento. En cambio, ahora la sentencia parte del supuesto contrario desconociéndole ese carácter y definiendo que se trata de una “autodenominada ley de reforma constitucional”. O sostienes que es una norma constitucional inconstitucional y lo confrontas con una tesis relativa a la identidad material o jerárquica de ciertas reglas fundamentales o explicas porqué sería una norma legal definida por la materia reservada por la Constitución a la ley. Como el sincretismo jurídico no es una opción, queda desestimada la idea de una “identidad constitucional supraordenadora” del texto fundamental la que, a partir de normas



constitucionales pétreas, defiende la democracia constitucional, el Estado de Derecho y la salvaguardia de los derechos. Al calificarla como ley se elimina este camino.

8° El razonamiento de la sentencia gira en el reconocimiento de la condición de norma constitucional de la regla cuestionada sin explicar por qué sería un precepto legal. La STC 9797 también sirve de apoyo para sostener que el precepto impugnado no tiene rango legal, sino constitucional. En la citada sentencia, la mayoría estimó que el proyecto de reforma constitucional que establecía un segundo retiro de los fondos previsionales era inconstitucional por abarcar materias reservadas a la ley. En el fallo, se afirmó, entre otras aseveraciones, que “las reformas constitucionales no están exentas de reproche por ser contrarias a las respectivas Cartas Fundamentales” (c. 10°), que “es posible declarar una reforma constitucional como inconstitucional” (c. 10°), que “el Proyecto de Ley examinado, menos que enmendar una regla constitucional vigente, pretende actuar como legislador, pero sin respetar las normas contempladas al efecto” (c. 16°) y que “el Proyecto de Ley objetado absorbe una competencia que está expresamente entregada para ser ejercida solo por medio de una ley de quorum calificado de exclusiva iniciativa presidencial” (c. 22°). Todas estas afirmaciones parten del supuesto de que el proyecto en examen es uno de reforma constitucional que modifica el contenido de la Carta Fundamental.

9° Pese a que resulta contradictorio con el juicio anterior, el voto de mayoría de la referida sentencia 9797 señaló que, adicionalmente, el proyecto de reforma constitucional no cumplía con el quórum de aprobación previsto para las reformas constitucionales que inciden en las materias del Capítulo III de la Constitución. Así, razonó que “[e]l 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” (c. 30°). En consecuencia, se tiene que el voto de mayoría en la STC 9797 estimó que el proyecto de reforma constitucional modificaba la Constitución, pero que no cumplía con los requisitos formales y materiales para ser legítima. En otras palabras, no se trataba de una iniciativa que contenía preceptos de rango legal, de lo contrario, no tendría la fuerza para modificar la Ley Fundamental. Más aún, la misma sentencia exige que la reforma debió ser aprobada con quórum de 2/3 para ajustarse a la Carta Fundamental, reconociendo que se trata de una reforma constitucional, no legal.

10° La Ley N° 21.330 es similar al proyecto de reforma constitucional que establecía un segundo retiro de los fondos previsionales y que fue declarado inconstitucional por el TC en la STC 9797, en el sentido que se trata una ley que modifica la Constitución Política y se incorpora a ella como disposición transitoria. La circunstancia de que no se haya declarado inconstitucional el proyecto de ley que



culminó con la dictación de la Ley N° 21.330 no cambia la naturaleza de los preceptos que la conforman.

11° La materia fue resuelta por este Tribunal en la STC 10.774/2021. En este mismo orden de ideas, el Presidente de la República presentó un requerimiento en contra del proyecto de reforma constitucional que pasó a ser la Ley N° 21.330. Por resolución de 29 de abril de 2021, el TC no admitió a trámite el requerimiento. En dicha resolución, al referirse a su competencia, sostuvo que el requerimiento estaba dirigido en contra de un proyecto de reforma constitucional: “la competencia que se le atribuye a este Tribunal en el numeral 3° del artículo 93 de la Constitución, en concordancia con el artículo 63 de la Ley N° 17.997, es de naturaleza tasada y limitada a resolver sobre “todas las cuestiones que se susciten durante la tramitación de un proyecto de ley de reforma constitucional”, lo que exige delimitar con precisión el conflicto que el Tribunal conocerá, pues no puede extender su competencia a temas no comprendidos en la traba de la Litis, quedando fuera de ella cuestiones de mérito legislativo y conflictos diferentes de los calificables como jurídico-constitucionales” (c. 14°). Asimismo, en el c. 42° señaló que “el presente proceso se refiere al control de constitucionalidad de un proyecto de reforma constitucional, es decir, a los límites materiales del poder constituyente, que, sea originario o derivado, es la más alta manifestación del derecho de autodeterminación de los pueblos en el marco de un sistema democrático. Es por ello que, estando contemplada tal atribución de control para este Tribunal en el artículo 93, numeral 3°, de la Constitución, el estándar argumentativo y de formulación de un conflicto de constitucionalidad de control de reforma constitucional requiere de alta precisión y específica delimitación, de forma inequívoca y clara, pues tal atribución convive con el poder de reforma constitucional de los órganos constituyentes derivados. En ese mismo sentido, es la dimensión jurídica de la Constitución aquello que este tribunal ha de garantizar, y lo anterior cobra especial relevancia si el proyecto en cuestión ha sido aprobado con un quorum holgadamente superior a los 2/3 máximos exigidos en cada cámara para una reforma a la constitución, lo que obliga a plantear el conflicto con la precisión necesaria”. Estas consideraciones dan cuenta de que las disposiciones de la Ley N° 21.330 son normas constitucionales, no preceptos legales.

12° De concluirse que las disposiciones de la Ley N° 21.330 son de rango legal, ello conduciría a sostener que el proyecto de ley que la originó no era una reforma constitucional, sino una reforma legal. Tal afirmación no se aviene con lo resuelto por el TC en la STC 9797 y en la resolución que no admitió a trámite el requerimiento rol N° 10.774. Pero, además, ese planteamiento permite afirmar que el proyecto de reforma constitucional que establece un cuarto retiro de los fondos previsionales (Boletín N° 14210-07), rechazado el día viernes 3 de diciembre de 2021 por la Cámara de Diputados, por no haberse alcanzado el quórum de 3/5 exigido para la reforma constitucional, debiera continuar su tramitación, toda vez que sí alcanzó el voto conforme exigido para las leyes de quórum calificado. Esta conclusión resulta ilógica



desde el punto de vista del procedimiento al que se ciñó la tramitación del mencionado proyecto.

13° Del mismo modo, de estimarse que una reforma constitucional puede ser atacada mediante la acción de inaplicabilidad en razón de su contenido, dejaría sin efecto lo dispuesto en el artículo 93 de la Constitución. Tal como se indicó en el voto de inadmisibilidad del requerimiento rol N° 11.230, “la vía de impugnación de las leyes de reformas constitucionales está definida y tasada competencialmente en el artículo 93, numeral 3°, de la Constitución, atribuible únicamente a un conjunto específico de requirentes institucionales. En consecuencia, no es la vía idónea la acción de inaplicabilidad para producir el efecto buscado puesto que dicha regla no puede ser sustraída del ordenamiento para efectos particulares” (Voto de inadmisibilidad de 29 de julio de 2021, del requerimiento rol N° 11.230, c. 6°). Desde este punto de vista y considerando que siempre podrá objetarse el contenido de una reforma constitucional, la Constitución ya no sería norma la suprema, puesto que sus disposiciones podrían ser dejadas sin efecto para casos particulares, al igual que cualquier precepto de rango legal.

14° El precepto impugnado no es decisivo para la resolución del asunto. La gestión judicial pendiente en que incide el requerimiento de inaplicabilidad guarda relación con la impugnación de actos administrativos emanados de la Comisión para el Mercado Financiero. Sin embargo, el reproche formulado por la requirente radica en los efectos supuestamente inconstitucionales que genera el otorgamiento de un derecho a los pensionados con renta vitalicia para obtener un anticipo de sus rentas hasta por un monto equivalente al 10% del valor correspondiente a la reserva técnica que mantengan en la respectiva compañía de seguros para cubrir el pago de sus pensiones, con un tope máximo de 150 UF. Los actos administrativos dictados por la CMF, en cumplimiento de lo dispuesto en el inciso decimocuarto de la quincuagésima disposición transitoria, tienen por objeto implementar los procedimientos para materializar este derecho. En este sentido, la declaración de inaplicabilidad eventualmente podría conducir a que se resolviera por el juez de fondo que la CMF no estaba facultada para emitir los actos administrativos impugnados, al desaparecer el sustento normativo, pero en caso alguno eliminaría el derecho de los pensionados con renta vitalicia a solicitar el anticipo. Por consiguiente, el precepto impugnado no es decisivo para la resolución del asunto en el sentido que ha sido desarrollado por la requirente en las acciones de inaplicabilidad, esto es, cuestionando el derecho al anticipo y no las facultades de la CMF. Por lo demás, el precepto impugnado tampoco resulta decisivo en el caso que lo cuestionado fueran las facultades de la CMF, ya que, de acuerdo con el artículo 20 N° 3 de la Ley N° 21.000, la CMF puede dictar normas de carácter general, circulares, oficios circulares y otras resoluciones que se requieran.

15° La irrelevancia del precepto cuestionado en el sentido que ha planteado la requirente queda en evidencia si se analiza la gran cantidad de anticipos ya concedidos por las compañías aseguradoras. En efecto, según datos de la CMF, al 1 de



octubre de 2021, los pensionados con renta vitalicia son 657.332, de ellos, 328.666 (50%) han solicitado el adelanto, a 264.339 pensionados se les ha confirmado su solicitud y, de estos, 260.560 han recibido el anticipo (CMF (2021). Anticipo de Rentas Vitalicias. Proyectos de reforma constitucional. Presentación ante la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia del Senado). De este modo, la suspensión decretada por el TC para la gestión judicial que sirve de base al presente requerimiento en nada ha impedido que las personas hayan ejercido el derecho que los preceptos cuestionados les han concedido, por lo que, acudir a esta Magistratura para pedirle un pronunciamiento de constitucionalidad en abstracto de la reforma constitucional, lleva a que ésta ejerza un control de mérito y actúe como un órgano de carácter consultivo a fin de que su sentencia sirva a las compañías para poder invocarla ante otras instancias.

16° Finalmente, el impedimento de cuestionar la norma constitucional misma no dificulta que exista pleno acceso a la justicia para impugnar las normas que concretizan la norma constitucional y en donde la eficacia diferida del precepto permitiría identificar el núcleo de derechos que la parte requirente estima afectada.

PREVENCIÓN

El Ministro señor NELSON POZO SILVA, estuvo por acoger el requerimiento deducido a fojas 1 y siguientes, compartiendo sólo los argumentos de la mayoría expresados en los considerandos 12; 13, párrafos uno y dos; 15, párrafo tercero; 20, 33, 34, 35, párrafos uno y dos; 40 y 41, párrafos uno y dos; y en base a los siguientes razonamientos y motivaciones que pasa a exponer:

I.- CARÁCTER DE NORMA IMPUGNADA. ¿PRECEPTO LEGAL O NORMA CONSTITUCIONAL?

1.- El efecto de la afirmación de carácter no discrecional de la actividad, y consecuentemente no dispositivo, sino declarativo de los pronunciamientos del juez constitucional constituye el planteamiento principal del problema. De partida, el control de legitimidad de la Corte Constitucional sobre una ley o un acto que tenga visos de fuerza de ley excluye toda valoración de naturaleza política y todo examen (control) del uso del poder discrecional del Parlamento.

Las mínimas razones de existencia de una jurisdicción y de un proceso constitucionales de las libertades, entendidos como jurisdicción y como proceso especial, surge en el sistema del Estado moderno, dominado por el principio de legalidad en su máxima expresión, este tipo de sentencias carecen de frecuencias, en el entendido que cada vez con menor rigidez frente a la función jurisdiccional se tiende a atribuir el juez una mayor libertad, extendiendo los límites tradicionales ante tan rígidamente regulados.



La naturaleza de la justicia constitucional se refiere a un carácter no jurisdiccional de la función – como de un peligro eventual e inevitable, o como de un seguro daño y fatalidad –. El juez constitucional realiza un examen de carácter en cierto sentido abstracto o de dogmática jurídica, consistente – para el ordenamiento – en ver el examen (control) de la legitimidad constitucional de las leyes puede o no incluirse dentro de los esquemas lógicos del concepto de jurisdicción.

Independiente de la indagación sobre la naturaleza de la justicia constitucional, el ámbito de los poderes de la actividad del juez está directamente relacionado con la naturaleza jurisdiccional o no jurisdiccional, sino más bien dicen relación con lo que es efectivamente su esencia, su razón de ser: o sea en relación con sus propios fines, como resultan en base a la voluntad positiva constitucional.

La distinción de sustancias y un íntimo, necesario y perenne contraste entre “político” y “jurídico”, lo establece la naturaleza dinámica, mutable e irracional, que busca siempre adaptarse a las relaciones momentáneas y fugaces de la vida; lo segundo, consiste que por su naturaleza tendencialmente estático- racional trata de vincular, casi podría decirse domesticar y amansar las vitales fuerzas políticas. Es en este latente conflicto – que, bajo un plano también metajurídico, puede recordar el conflicto entre “naturaleza” y “razón”, entre existencialidad y normatividad lo que da el sello al derecho y la jurisdicción constitucional. De ello emana que lo político siempre busca sustraerse lo más posible y por su misma naturaleza a los aprietos de su propia reglamentación jurídica y, sobre todo, de su propio control de los rígidos esquemas jurisdiccionales. (Mauro Cappelletti): Es por eso que el juez constitucional – como afirma la recordada relación -, cuando interpreta la norma o más bien el ordenamiento constitucional y esos conceptos y esas fórmulas, debe tener en cuenta el carácter particular del derecho constitucional. Y debe por consiguiente, por necesidad de las cosas, del mismo modo pero con mayor intensidad y penetración de lo que sucede siempre en la interpretación de los “unbestimmte und dehnbare Rechtsbegriffe” [conceptos jurídicos indeterminados y flexibles], integrar la norma a la luz de los valores, haciendo así que su pronunciamiento corresponda al íntimo y objetivo significativo político de la voluntad constitucional, o sea a los valores políticos, como pueden ser objetivamente deducibles de la Constitución entendida como un todo orgánico e indisoluble: “der Verfassungsrichter wird (...) eine Entscheidung suchen müssen, die dem objektiven politischen Sinngehalt der Verfassung gerecht wird” [el juez constitucional deberá (...) buscar una decisión que satisfaga al sentido político o objetivo contenido en la Constitución]. (Cappelletti, Mauro, “Proceso, Ideologías, Sociedad”, Ed. Ejea, Buenos Aires, 1974, p. 404).

La justicia constitucional en la actualidad, en especial referencia a América Latina importa un diseño adecuado que conjuga el evitar incurrir en ciertos riesgos. Si bien no existen reglas ni recetas, y que cada país, con su cultura jurídica, atendiendo sus modalidades y sellos históricos, económicos, etc..., debe buscar las consecuencias de un modelo técnico.



Sin embargo, la experiencia comparada conduce a que la rapidez en la aplicación de la justicia constitucional, unida a la prudencia, es una fuente de legitimidad para la propia justicia constitucional y, por ende, para todo el sistema institucional. La segunda idea a considerar es que la existencia de la justicia constitucional debe articularse desde el punto de vista procesal con el resto de las funciones jurisdiccionales, tomando en cuenta que la constitución es la regla básica del ordenamiento, que todo conflicto jurídico puede convertirse procesalmente en un conflicto constitucional. La tutela de los derechos y situaciones jurídicas legales logren funcionar adecuadamente y, en especial, la de los derechos y las situaciones jurídicas que vinculan al ciudadano con la administración.

La apertura de la justicia constitucional no sólo debe realizarse desde una perspectiva estrictamente comparable. Otra línea de estudio es la relativa a la defensa de los derechos fundamentales. En un proceso de internacionalización de los derechos humanos. El impulso y la guía de la Corte Interamericana está representando para el constitucionalismo en América la opción de convivencia entre tribunales constitucionales y la Corte Interamericana, independiente de ser una fuente de conflictos reales o potenciales, pues lo positivo es que la justicia constitucional ciertamente permite que los procesos de integración jueguen un papel importante por un lado, y ellos además aseguren las categorías jurídicas que la integración genera para proyectarlas sobre el ordenamiento jurídico.

II.- FASE DE INAPLICABILIDAD DE ADMISIBILIDAD YA PRECLUYÓ (SE DEBE ENTRAR AL FONDO DE LA INA).

2.- Que en el caso sub judice la fase del proceso de inaplicabilidad se encuentra superada, puesto que tanto su admisión a trámite como la admisibilidad propiamente tal han agotado o mejor dicho precluido, asentando que es necesario un pronunciamiento sobre el fondo de la controversia o dilema constitucional sobre el cual este órgano jurisdiccional se debe pronunciar.

Los elementos que la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional de esta Magistratura preve que cualquier acción de inaplicabilidad deviene en el inicio de un proceso de constitucionalidad en el cual se verifica un control jurisdiccional de carácter concreto, represivo y facultativo, dado que el Tribunal Constitucional como órgano que ejerce un tipo de control de constitucionalidad efectúa un control concreto de los denominados extremos fácticos del caso en que la aplicación del precepto legal resulte hipotéticamente contraria a la Constitución. Además, su carácter represivo tiende a producir efectos en situaciones o relaciones jurídicas y constituye a la vez un control facultativo, en la medida que partes legitimadas utilizan esta acción a fin de una inaplicación de ley o norma.



La discusión previa a la admisibilidad equivale a que una regla de derecho, con unidad lingüística y de significado, e independiente del enunciado normativo respectivo sea sometido al control de inaplicabilidad.

Lo que busca la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad es la antinomia entre la norma legal y el estatuto constitucional, y a tales efectos el requerimiento cumple con los requisitos del artículo 80 de la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, al describir el relato de los hechos y fundamentos y como se produce la infracción constitucional, la cual deriva en uno o más vicios de constitucionalidad con indicación de las normas fundamentales infringidas (STC Rol N°1284/2008 cc. 5 y 6).

A la par de lo anterior, cabe tener presente que el artículo 84 de la Ley N° 17.997, complementa el proceso de admisibilidad y por lo tanto, establecido el conflicto hay una razón relevante del pronunciamiento sobre el fondo, lo cual implica que esta Magistratura no puede obviar la necesaria decisión que deberá pronunciar sobre el conflicto traído a estrado en virtud del “principio de inavocabilidad” que el propio constituyente se encarga de recordar.

III.- NATURALEZA JURÍDICA EN JUEGO. NO ES UN PROCESO O VICIO, SINO EL FONDO CONTROVERTIDO: UN NUDO CONSTITUCIONAL.

3.- La rigidez de los textos constitucionales y la posibilidad de los tribunales constitucionales de sancionar sus vulneraciones, ha alargado la escala de valores, a cuyo vértice se pone ahora la Constitución; en algunos ordenamientos sin embargo, se encuentra una suerte de “hiper-constitución” cuya existencia no sólo se presupone – en sede doctrinal -, sino que también está declarada, o por las mismas disposiciones que impiden la revisión, o por los Tribunales constitucionales, cada vez que identifican “los principios fundamentales”, en cuanto a tales inmodificable (Lucio Pegoraro y Angelo Rinella, Directores, Derecho Constitucional Comparado, N°3, G. Giappichelli Editore-Astrea, Buenos Aires-Bogota-Portoalegre, 2019, p. 187).

4.- La idea de que los jueces deben no sólo ser guardianes de la Constitución, sino también los diuturnos forjadores de un Derecho anclado a valores presuntamente inmutables y eternos, cualquiera que sea el lugar donde ellos deben ser aplicados. En muchos países, la doctrina ha alimentado la jurisprudencia constitucional, que a su vez la usa de forma masiva para justificar un excesivo activismo que a menudo reescribe las ponderaciones del legislador, imponiendo axiologías no siempre ancladas en la cultura jurídica y social subyacente, y a las interpretaciones que de ella dan los órganos colectivos (Pegoraro y Rinella, op.cit., p. 189).

El nudo constitucional planteado está centrado en que la Ley N° 21.330, en cuanto a su planteamiento de fondo, más allá del debate sobre la naturaleza de la disposición impugnada (lo cual constituye un argumento de forma), en los hechos



afecta la garantía constitucional, en particular vulneratoria del derecho de propiedad sobre fondos ingresados al patrimonio de la Compañía de Seguro requirente.

La duda que surge tiene implicancia con la amalgama de tratados bilaterales que pudieran comprometer al Estado de Chile a proteger y promover la inversión extranjera en el país. Existen antecedentes en tal sentido, al haberse acusado al Estado de Chile que por medio de la autorización del retiro de fondos de las aseguradoras que entregan pensiones de rentas vitalicias se habría incurrido en un acto expropiatorio y podría considerarse que aquello implicaría desconocer, a partir del derecho internacional de inversiones, la protección al inversor si el Estado ha prometido ciertas condiciones específicas, incluso en el evento que no exista un contrato, cuando el inversor las tuvo en cuenta al invertir en el país. En el precedente llamado caso Pey Casado, el Estado fue condenado por actos del Ministerio de Bienes Nacionales y la omisión de entrega de justicia oportuna por parte del Poder Judicial. Razonando en un mismo sentido, una eventual declaración de inaplicabilidad de la norma cuestionada podría servir de antecedentes para, a lo menos, dubitar que la Ley N°21.330, pudiera ser calificada como un acto expropiatorio para la inversión extranjera.

Todo lo anterior, en definitiva parte de premisas hipotéticas, las cuales requieren la concurrencia de factores propios de la responsabilidad por actos lícitos, teniendo en consideración el famoso caso Lapostol (1908), donde la Corte decidió que el Estado debía indemnizar a una persona que sufría un gravamen en su propiedad producto de medidas prohibitivas para realizar una actividad (prohibición de explotación de un fundo para resguardar la calidad del agua potable), cuando dichas medidas se adoptan en beneficio de la comunidad, pues nadie podía ser privado de lo suyo.

Sin embargo, en un criterio contrario las sentencias Inmobiliaria Mauchin con Fisco (2010) y Producto Fernández con Ministerio de Salud (2012), ha fallado en sentido inverso, radicando el tema en la objeción ante la igualdad ante las cargas públicas, la cual requiere ser invocada para fundar indemnizaciones por daños imprevistos, probablemente innecesario para cumplir con la voluntad legislativa. Lo anterior es controvertido y escapa al ámbito de la presente de acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, razón por la cual este voto particular no se referirá a dicho tópico.

IV.- RENTA VITALICIA.

5.- El contrato de renta vitalicia como instituto jurídico se encuentra regulado en el artículo 2264, del Código Civil, el que lo define señalando que: *“La constitución de renta vitalicia es un contrato aleatorio en que una persona se obliga, a título oneroso, a pagar a otra una renta o pensión periódica, durante la vida natural de cualquiera de estas dos personas o de un tercero.”*



Al definirlo como contrato aleatorio, su caracterización se remite a los artículos 1440 y 1441 del mismo cuerpo legal, conforme a los cuales el contrato es oneroso cuando tiene por objeto la utilidad de ambos contratantes, gravándose cada uno a beneficio del otro y el contrato oneroso es conmutativo “cuando cada una de las partes se obliga a dar o hacer una cosa que se mira como equivalente a lo que la otra parte debe dar o hacer a su vez; y si el equivalente consiste en una contingencia incierta de ganancia o pérdida, se llama aleatorio”. Así, según su estatuto civil, se trata de un contrato oneroso, puesto que ambas partes se gravan en beneficio mutuo, y aleatorio, pues la contraprestación del precio es una obligación cuya cuantía depende de la duración de la vida del constituyente. Será también, un contrato solemne y real, pues conforme al artículo 2269 debe celebrarse por escritura pública y se perfecciona con la entrega del precio.

6.- En el campo previsional de acuerdo con el DL 3500, una vez que el afiliado cumple con los requisitos que contempla la ley 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 presupuesto, existen diversas modalidades de pensiones: retiro programado, la renta vitalicia, la renta temporal con renta vitalicia diferida, y la renta vitalicia inmediata con retiro programado. Así, en materia previsional, la renta vitalicia es la pensión que ofrecen las Compañías de Seguros, garantizando una pensión mensual fija en unidades de fomento para toda la vida desde el momento en que se firma el contrato (renta vitalicia inmediata) o a partir de un periodo establecido (renta vitalicia diferida), que no varía según las fluctuaciones de la economía. Se obtiene al traspasar los fondos desde la AFP a la Compañía de Seguros. En tal sentido, atendida su naturaleza, aquel convenio no puede ser dejado sin efecto por la voluntad unilateral de una de las partes –Compañía de Seguros/Afiliado- (artículo 62 DL 3.500, “tiene el carácter de irrevocable”), requiriendo para su término la anuencia de ambas partes contratantes o mediante resolución judicial; antecedente que debe ser comunicado por la Aseguradora a la Administradora de origen, con la indicación de la fecha de la resciliación, nombre y RUT del afiliado, N° de la póliza y nombre y RUT de la aseguradora, a fin de que la administradora la ingrese a sistema. Si bien se inserta en el sistema previsional, el contrato de seguro de renta vitalicia, mantiene su fisonomía, en particular, su carácter aleatorio y su irrevocabilidad.

7.- El artículo 62, inciso primero del DL N° 3500, define la renta vitalicia inmediata como “aquella modalidad de pensión que contrata un afiliado con una Compañía de Seguro 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 5º, según corresponda”. A su vez, en su inciso segundo, se especifica que este contrato de seguro deberá ajustarse a normas generales que dicte la Superintendencia de Valores y Seguros (hoy Comisión para el Mercado Financiero), y tendrá el carácter de irrevocable, 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 evaluarse 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.

V.- ESENCIA DE LAS RENTAS VITALICIAS.

8.- Como lo ha expresado la Iltrma. Corte de Apelaciones de Santiago, el contrato de renta vitalicia es en su esencia aleatorio, aunque de naturaleza previsional; así, si bien está tratado en el Código Civil al encontrarse en la clasificación contenida en el artículo 2258 del referido cuerpo normativo y también en los artículos 2264 y siguientes, lo cierto es que este contrato está amparado por las disposiciones del DL 3500, por lo que el del caso de marras es de naturaleza previsional. Sin embargo, no debe escapar su análisis que al ser en sí un contrato aleatorio, se tiene presente que no resulta posible determinar al tiempo de su celebración, las ventajas o desventajas que producirá el contrato para los interesados en ese sentido, el artículo 62 del Decreto Ley 3500 define el contrato de renta vitalicia como una "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 5º, según corresponda". De tal forma que para los contratantes hay obligaciones; para el afiliado, "entregar" la totalidad de sus fondos previsionales ahorrados en una AFP a la Compañía Aseguradora y, para esta última, entregar una renta mensual para aquel hasta que fallezca, o si el afiliado tenía beneficiarios, pagar a estos. En ese sentido, el contrato de renta vitalicia siempre lleva la contingencia incierta de ganancia o pérdida. (sentencia rol 37176-2020, cc. 11º, 12º).

9.- La doctrina por su lado define renta vitalicia inmediata como aquella modalidad, en la cual "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. Este contrato es irrevocable y su monto se expresará en unidades de fomento u otro sistema de reajustabilidad que fije la Superintendencia"; y renta vitalicia con retiro programado "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, acogiéndose con la parte restante a la modalidad de Retiro Programado" (Héctor Humeres, Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Tomo III, Editorial Jurídica, 2013, pp. 266-269).

De lo anterior, emana que, la diferencia jurídica más relevante, entre retiro programado y renta vitalicia radica en la propiedad sobre los recursos o ahorros previsionales acumulados, en el primero, el titular conserva dicha propiedad, prueba de ello es que, si el titular muere, dichos valores acrecen la herencia; y en cambio en el



caso de la renta vitalicia, la propiedad se transfiere a una compañía de seguros de vida para que ésta otorgue una pensión de por vida. Dicha compañía adquiere una obligación de pagar esa renta vitalicia, surgiendo, de ese contrato, el derecho personal para obtener esa renta. El afiliado, por tanto, no es propietario ni tampoco titular de los recursos que contractualmente han sido transferidos, pasando estos fondos previsionales a ser el valor de la prima por la cual la compañía de seguros se compromete a la entrega de la renta fija. Sin perjuicio de ello, se mantiene su naturaleza previsional.

VI.- EFECTOS Y CARACTERES DE LA RENTA VITALICIA COMO MODALIDAD DE ESTRUCTURAR UN SISTEMA DE PENSIONES.

10.- **“Renta Vitalicia Inmediata.** Esta modalidad de pensión se expresa en la celebración de un contrato entre el afiliado y una compañía de seguros, por el cual el beneficiario, afiliado pensionante, se obliga a transferir sus fondos previsionales o la parte de ellos que se convenga, desde su AFP a la entidad aseguradora que elija, y ésta a pagar un pensión mensual constante en Unidades de Fomento desde el momento en que se suscribe el contrato hasta su fallecimiento, y producido éste, una pensión de sobrevivencia a sus beneficiarios.

La renta vitalicia convenida es irrevocable, por el hecho que el afiliado deja de ser dueño de los fondos previsionales traspasados, éstos se transfieren a la compañía de seguros a cambio de la renta vitalicia contratada, y porque el valor de la pensión se mantiene constante en el tiempo (UF).

Características: Se trata de una modalidad que consta de un contrato irrevocable.

La cuantía de la pensión es de revalorización automática (se determina en UF).

Se requiere que los recursos destinados al financiamiento de la pensión aseguren una de un monto mínimo para optar por esta modalidad de pensión.

La renta vitalicia se financia con el saldo total de la cuenta individual del afiliado, a menos que este opte por retirar excedentes de libre disposición y el saldo existente lo permita.

Los fondos traspasados de la cuenta individual por la AFP a la Compañía de Seguros designada por el afiliado, constituye la prima con que se entera el capital para constituir la renta vitalicia. (Cifuentes, Arellano y Walker, Seguridad Social. Parte General y Pensiones, Ed. Librotecnia, 2013, Santiago de Chile, pp. 352 y 353).

11.- **Rol de las Compañías de Seguros de Vida.** Las compañías de seguros de vida, entidades con las cuales se contratan pensiones de renta vitalicia en las modalidades que analizamos en este apartado, son sociedades anónimas nacionales que tienen por objeto, el comercio de asegurar y reasegurar riesgos a base de primas.



A las compañías de seguro de vida, se le han atribuido adicionalmente, funciones de seguridad social, entre ellas se pueden mencionar, entre otras: pagar pensiones por rentas vitalicias; Seguros de Invalidez y Sobrevivencia (SIS); observación en la calificación de invalidez; comisión y normas de calificación invalidez; Cotizaciones voluntarias. A su vez, también tienen obligaciones en lo relacionado con el pago de asignaciones familiares a los pensionados y descuentos a favor de las Cajas de Compensación de Asignación Familiar, de las prestaciones que pagan a pensionados por alguna de las variantes de la renta vitalicia que se afilian a una Caja, por cotización y eventuales préstamos de crédito social.

“Cabe hacer presente que las compañías de seguros, concurren al financiamiento de prestaciones por accidentes, enfermedades y fallecimiento en actos de servicio de miembros de los Cuerpo de Bomberos, correspondiéndole a la Superintendencia de Valores y Seguros, el control y gestión superior de estas prestaciones de aseguramiento que desarrollan de forma voluntaria tales entidades. Ellas por su contenido no escapan a los objetivos generales de la seguridad social” (Cifuentes, Arellano y Walker, op. cit., pp. 353 y 354).

12.- Que las rentas vitalicias obedecen a uno de los tres regímenes previsionales que existen en nuestro país. El sistema de rentas vitalicias esta regulado en los artículos 62 a 65 del Decreto Ley N°3.500 y en las normas de carácter general de la Comisión del Mercado Financiero. Constituyen por ello una modalidad de pensión acordada mediante un contrato de seguro celebrado entre el afiliado y la compañía de seguros, que debe ajustarse a las normas generales que dicte el órgano que las supervigila (hoy Comisión del Mercado Financiero, ex SVS). Tienen un carácter de irrevocable (art. 62 del D.L. 3.500), debiendo resguardarse la naturaleza previsional del seguro, lo que en otras palabras es aquella modalidad de pensión por medio de la cual la Compañía de Seguros se obliga al pago de por vida de una renta vitalicia al afiliado, y a pagar pensiones de sobrevivencia a sus beneficiarios, según corresponda, desde la fecha de vigencia de la póliza.

Sus características principales son: contrato irrevocable, su revalorización automática, la necesidad de que los recursos destinados al financiamiento de la pensión aseguren una de monto mínimo para optar a ella, se financia con el saldo total de la cuenta individual del afiliado y los fondos traspasados (cambio de dominio) de la cuenta individual por la AFP a la Compañía de Seguros, constituye la prima con que se entera el capital para constituir y diseñar la renta vitalicia.

En resumen, estamos ante una modalidad de pensión en la cual la transferencia de la totalidad o parte de los fondos previsionales convenidos, configuran la obligación de pago de una pensión mensual constante en UF desde el momento en que se suscribe el contrato hasta su fallecimiento. *La irrevocabilidad de la renta vitalicia, atendido a que el afiliado pierde su condición de dueño de los fondos previsionales traspasados, conforman que el titular de ellos es la Compañía de Seguros, a cambio de la renta vitalicia contratada.*



Es un hecho indubitado que el titular del dominio es la Compañía de Seguros, puesto que el contrato de renta vitalicia es en la esencia aleatorio e irrevocable.

VII.- INAPLICABILIDAD. EFECTOS EN EL CASO CONCRETO. NECESIDAD DE ACREDITAR PERJUICIOS.

13.- Que la función jurisdiccional en Chile se define a partir de lo establecido en el artículo 76 de la CPR, a saber, aquella facultad de los tribunales de justicia en general de conocer causas civiles y criminales, de resolverlas y de hacer ejecutar lo juzgado.

Se conceptualiza como un poder-deber que tienen los tribunales de conocer y resolver por medio de un proceso y con efecto de cosa juzgada, los conflictos de relevancia jurídica que se desenvuelven en el orden temporal y cuya solución le corresponde intervenir. Andrés Bordali (2013), decanta que la función de los tribunales de justicia consiste en resolver, por medio del proceso, la confrontación de pretensiones y resistencias o un conflicto intersubjetivo de intereses. Obviamente, tales definiciones no cubren muchas actuaciones jurisdiccionales. Sin embargo, la idea moderna de jurisdicción la podemos encontrar en Ferrajoli quien concluye que los tribunales conocen y resuelven asuntos en muchos casos subyace un conflicto intersubjetivo, pero no siempre es así. Tiene presente que a los órganos jurisdiccionales le corresponde a diferencia de la función de gobierno que diseña y decide el espacio de la política, una función de garantía secundaria, esto es, desarrollan la función de establecimiento y sanción o reparación de la violación de una garantía primaria. “La regulación actual de la jurisdicción y el rol que le corresponde desempeñar en un Estado de Derecho contemporáneo hacen de la función judicial un tema muy complejo, donde no se pueden dar respuestas simples ni excluyente” (Rodrigo Cerda San Martín, Justicia en Chile. Constitución y Órgano Jurisdiccional, Ed. Insurgente, 2021, Santiago de Chile, pp. 34-35).

Cerda San Martín arguye “Desde otra perspectiva, una visión contemporánea de la jurisdicción asume que no es efectivo que el juez pueda solucionar cualquier caso mediante la aplicación de las normas generales y abstractas, dentro del ordenamiento jurídico completo y coherente, utilizando la lógica de la subsunción (los hechos en la premisa menor y la norma en la premisa mayor). La tarea es mucho más compleja, ya que el juez necesita fijar el contenido normativo del Derecho que estima aplicable, mediante su interpretación de acuerdo a la Constitución y, de ese modo, regular la situación litigiosa. Entonces deberá delinear la norma jurídica según los dictámenes de la Carta Fundamental, porque la idea de validez de la ley está vinculada a los principios constitucionales y a los derechos fundamentales” (Cerda San Martín, op.cit.,p.35).

14.- Que la justicia constitucional es la materialización de la jurisdicción constitucional, que tal como se señaló en forma previa corresponde al mecanismo



declarativo de los pronunciamientos del juez constitucional, donde la actividad de este “juez es de control”, no como interferencia o invasión respecto de los poderes del Estado. Los límites de esta actividad están determinados por el carácter de su función, por los matices de la actuación de la voluntad constitucional que tiende al equilibrio de los poderes, evitando siempre que dicha jurisdicción se transforme en una función política, peligro por otra parte evitable, de manera que el control de normas y sus efectos mediante la justicia constitucional implique en su naturaleza misma que el juez constitucional realice un examen, en cierto sentido abstracto o de dogmática jurídica consistente, dentro del ordenamiento jurídico, si tal examen (control) de la legitimidad constitucional de las leyes puede o no incluirse dentro de los esquemas lógicos del concepto de jurisdicción, pero que si corresponde a aquellos parámetros mínimos para entender la noción de Estado de Derecho constitucional.

La verdadera esencia de toda Corte constitucional es inductiva a comprender que el fin genérico de su actividad es el resguardo de la actuación de la voluntad constitucional, de manera que su sustento lo configura la legitimidad constitucional de las leyes y de los actos que tienen fuerza de ley.

15.- La acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad que recoge nuestra doctrina jurisprudencial de esta Magistratura establece en la sentencia Rol N°558 (590)/2006, de 5 de junio de 2007, el rol político institucional en materia de constitucionalidad de normas con un evidente sello jurisdiccional. Aquello resulta evidente pues el sistema de jurisdicción constitucional en general y el Tribunal Constitucional en particular se asientan en la quiebra teórico-práctica del principio de separación de poderes, no para negar tal principio de distribución de poder público sino para salvarlo, conservando los poderes públicos una lógica de interrelación, que el Barón de Montesquieu la identifica como los poderes de estatuir normas y los poderes de impedir o anular normas. Agrega un comentarista: “En un Estado de Derecho el poder de estatuir normas los tienen, tratándose de la legislación, los poderes colegisladores y el poder de impedir o anular normas lo tiene principalmente el Tribunal Constitucional. Esto significa que el Tribunal Constitucional no tiene un rol modelador o arbitrador en el sistema político, sino un rol político institucional de heterocomposición en un proceso constitucional de conflictos de normas (decisiones políticas) para dotar a la Constitución, en cuanto sistema de normas o reglas de competencias, de supremacía, y valor normativo y eficacia”. (Zúñiga Urbina, Fco. Acciones de Inaplicabilidad e Inconstitucionalidad, Ed. Abeledo- Perrot, 2da. Edición, Chile, 2011, p.230).

16.- En un análisis más profundo, el desarrollo de la jurisdicción constitucional por un lado otorga plena fuerza normativa a la Constitución (García Pelayo, 1986), produciendo que el Estado legal de Derecho mute en un Estado Constitucional de Derecho.

Los tribunales o cortes constitucionales son órganos supremos constitucionales de única instancia, de carácter permanente, independientes e imparciales, que tienen



por función esencial y exclusiva la interpretación y defensa jurisdiccional de la Constitución, a través de procedimientos contenciosos constitucionales referentes como núcleo esencial a la constitucionalidad de normas infraconstitucionales y la distribución vertical y horizontal del poder estatal, agregándose generalmente la protección extraordinaria de los derechos fundamentales, que actúan sobre la base de razonamientos jurídicos y cuyas sentencias tienen valor de cosa juzgada, pudiendo expulsar del ordenamiento jurídico las normas infraconstitucionales consideradas inconstitucionales.

Como señaló en su momento Bachof, el carácter político de un acto “no excluye un conocimiento jurídico del mismo, ni el resultado político de dicho conocimiento le despoja de su carácter jurídico (Bachof, 1985)” (Humberto Nogueira Alcalá, Tribunal Constitucional Chileno y Teoría Democrática, Hemiciclo, Revista de Estudios Parlamentarios, p.13).

Los tribunales constitucionales resuelven a través de procedimientos contenciosos constitucionales, que es su competencia especializada, la determinación de la inconstitucionalidad de normas infraconstitucionales o que provienen del derecho internacional al incorporarse al derecho interno; resuelven conflictos entre órganos constitucionales, y protegen a través de acciones o recursos extraordinarios, por regla general, los derechos fundamentales, sin perjuicio de ejercer otras competencias no esenciales. En todo caso, las materias contenciosas reservadas al tribunal constitucional deben contener como mínimo la constitucionalidad de las leyes (Favoreu, 1986: 28), siendo los únicos órganos que pueden impedir su incorporación o su expulsión del ordenamiento jurídico y la distribución horizontal y vertical del poder estatal. Además, ellos no ejercen jurisdicción ordinaria. Este aspecto determina el elemento material de la definición de un tribunal constitucional. (Humberto Nogueira Alcalá, op.cit.,p.13).

Es necesario precisar, además, que la palabra de la jurisdicción constitucional no es la última palabra, ya que el cuerpo político de la sociedad y el poder constituyente instituido, si consideran que los jueces constitucionales ha sobrepasado la idea de derecho, válida y vigente en la sociedad política respectiva, pueden modificar el texto constitucional referente a la composición, competencias y procedimientos del tribunal constitucional, obligándolo a actuar en la dirección determinada por dicho cuerpo político de la sociedad (Humberto Nogueira Alcalá, op.cit., p. 14).

Como afirma Calsamiglia, la dogmática jurídica, en este caso la dogmática constitucional, se opone a la inseguridad que genera el lenguaje jurídico, ella “construye criterios racionales integrados a una teoría para la resolución de casos dudosos. La seguridad que ofrece la dogmática no es una seguridad literal sino racional” (Calsamiglia, 1988:140) (Humberto Nogueira Alcalá, op.cit., p. 14).

Como consideraciones sobre el tópico en cuestión cabe establecer que aquellas aseveraciones que implican interpretaciones ideologizadas con falta de fundamento



jurídico, que convierten en legislador positivo al órgano constitucional en labores jurisdiccionales, ajenos a su función, contrariando la voluntad legislativa expresada por los órganos colegisladores se transforman en pronunciamientos más bien político – valóricos, que escapan a la competencia de esta Magistratura.

VIII.- NO ES CUESTIONAMIENTO DE LA CONSTITUCIÓN.

17.- Que en el caso de autos la jurisdicción constitucional debe percibirse a partir del observador mismo que realiza esa percepción, tomando en consideración la coherencia con las circunstancias fácticas. No debemos olvidar nunca que nuestro mecanismo de coordinación es el lenguaje, dado que el cerebro hace un mapa del mundo externo que se expresa en el lenguaje. En otras palabras, el lenguaje es la orientación de la atención, de forma tal que los elementos propios del caso concreto, incluso los factores culturales pueden cambiar el entendimiento de determinado problema sobre el cual reflexiona el sujeto que controvierte un dilema constitucional.

18.- La sistemática de los modelos de justicia constitucional se encuentran refrendados, especialmente, en un criterio de formulación de una propuesta que parte criticando a Tusseau, no solo contrastando la pureza del modelo estadounidense, sino poniendo en duda además que pueda ser considerado un modelo difuso; de este modo el modelo basado en criterios rígidos es conducente a visualizar que cualquier órgano superior de la judicatura – Corte Suprema o Corte Constitucional -, su principal función es el control de constitucionalidad donde los elementos que inciden en el objeto de escrutinio conllevan que la función de control va aparejada en su integración al control jurisdiccional un factor de control político u otras formas de control.

De esta manera, no estamos en presencia de un cuestionamiento de factores de optimización o relevancia de una constitución o no sino que más bien ante elementos de la Constitución de 1980 – cuestionada o no – resultan antinómicos con la garantía consagrada en el texto hoy en proceso de revisión por la Convención Constituyente.

IX.- DERECHO DE PROPIEDAD.

19.- A partir del examen del derecho de propiedad constitucional se arriba a la conclusión de que sus elementos distintivos están representados por la existencia de una relación directa entre una persona y una cosa (relación de pertenencia), que le otorga al titular los más amplios poderes sobre ella, sin perjuicio de las limitaciones o restricciones a las que pudiera verse sometido, por obra del legislador, así, el tipo iusfundamental “derecho de propiedad, asumido por la Constitución, consiste en “ la atribución exclusiva de un bien a una persona, representativa de las más amplias facultades de aprovechamiento, sin perjuicio de las limitaciones y obligaciones que el legislador pueda imponerle, en razón de la función social” (Montory Barriga,



Gonzalo, “La propiedad constitucional: Limitaciones, privaciones, contenido esencial”. Tirant lo blanch, Valencia, 2019, p. 33).

El derecho de propiedad asumido por la Constitución tiene un carácter unitario, en el sentido de que sus características y elementos distintivos se encuentran presentes en todas sus modulaciones, por lo que su esencia actúa como un elemento unificador, sin perjuicio que, en base a la función social, el legislador pueda limitar el alcance concreto de las facultades y prerrogativas del dueño. (Montory Barriga, Gonzalo, Op. Cit. p. 42).

20.- Los límites del derecho de propiedad representan las fronteras del mismo y se establecen a partir del Texto Constitucional, conformando la tipicidad iusfundamental y sus limitaciones, señalan las disminuciones de esas fronteras que por diversas causas puede establecer el legislador, encontrándose entregadas al legislador ordinario, por medio de una reserva de ley. (Montory Barriga, Gonzalo, Op. Cit. pp. 53 y 54). Así, en cuanto a las facultades reguladoras del legislador en materia de derecho de propiedad, su alcance y la distinción que presenta esta función con el establecimiento o configuración del tipo constitucional del derecho de propiedad, esto escapa a las prerrogativas del legislador ordinario, siendo el papel de la función social externo al derecho de propiedad, representando solamente la justificación de las limitaciones y cargas que el legislador puede imponerle, sin que forme parte de su esencia o estructura material.

21.- La distinción entre limitaciones y privaciones al derecho de propiedad, se diluye cuando dichos conceptos son aplicados al derecho y no a la cosa sobre la que recae, lo que se encuentra recogido en el artículo 19 N° 24, inciso 3° de la Constitución, al referirse a la privación de “atributos o facultades esenciales del dominio”, debiendo dicha distinción centrarse en la intensidad o el grado de penetración de la medida en el derecho, cuyo límite lo constituye la esencia del derecho de propiedad, que nuestra Constitución recoge tanto en la expresión ya transcrita, como también en la expresión “afectación de la esencia”, del artículo 19 N° 26.

A partir de dichos preceptos, surgen dos métodos de protección del derecho de propiedad, que descansan en las concepciones del dominio que se conocen en doctrina, uno es el analítico, centrado en los atributos o facultades del dominio; y el otro es el sintético, que se representa por el concepto de esencia, radicando la utilidad práctica de cada método, en la distinta forma de acometer el examen de adecuación de una norma reguladora del derecho de propiedad, a la Constitución, siendo la concepción sintética, más abarcadora ya que permite incorporar en el examen las características del dominio, y no sólo a sus atributos o facultades, otorgando al análisis una orientación más cualitativa que cuantitativa (Montory Barriga, Gonzalo, Op. Cit. p. 132).

22.- Que en el caso deducido en estos autos la invocación del derecho de propiedad se establece a partir de aquellas circunstancias de hecho en la cual la Compañía Aseguradora adquiere la calidad de titular del dominio sobre los bienes o



valores que percibe a título de prima, tal como se señala más adelante y en particular el contrato de renta vitalicia obliga al ente asegurador al pago en virtud del contrato que lo vincula con su contraparte a entregar una mensualidad no desvalorizada, constituyendo de este modo factores que conforman el principio de intangibilidad de lo pactado, por lo tanto, no es posible modificar aquellos principios que informan el referido pacto contractual sin la voluntad de los suscribientes, a menos que nos encontremos en aquellas excepciones que expresamente el constituyente estableció para afectar tales circunstancias.

X.- INCIDENCIA DE RENTA VITALICIA EN EL ÁREA DE LA SEGURIDAD SOCIAL.

23.- Que el sistema previsional chileno lo constituyen tres regímenes previsionales: las entidades previsionales del antiguo régimen previsional de reparto (Instituto de Previsión Social -IPS-), el sistema de Administradoras de Fondos de Pensiones (DL. N° 3.500 de 1980) y el Sistema Solidarios de Pensiones de la Ley N° 20.255.

En cuanto a las modalidades de pensión, los afiliados que cumplan los requisitos para jubilar, los afiliados declarados inválidos totales y los afiliados declarados inválidos parciales, pueden optar a disponer de sus fondos de la cuenta individual (artículo 61 del DL N° 3500). Hay cuatro modalidades a su vez para hacer efectiva la pensión: renta vitalicia inmediata, renta y temporal con renta vitalicia diferida, retiro programado y renta vitalicia con retiro programado.

El sistema de renta vitalicia previsional se encuentra regulado en los artículos 62 a 65 del DL N° 3.500 y en normas de carácter general de la Comisión de Mercado Financiero. Esta constituye una modalidad de pensión consistente en un contrato de seguro celebrado entre el afiliado y la Compañía de Seguros, como se señala previamente.

24.- El sello de la modalidad de renta vitalicia previsional es en esencia aleatorio, aunque de impronta previsional. Sin embargo, al ser un contrato aleatorio no resulta posible determinar al momento de su celebración los pro y los contra que generará como efecto el contrato para los interesados, tomando en cuenta que es un pactum contractual con una Compañía de Seguros de Vida, donde los contratantes tienen obligaciones y en el caso de la Compañía Aseguradora la obligación de entregar una renta mensual, entidad que hace que el contrato de renta vitalicia siempre lleva una contingencia incierta de ganancia o pérdida.

25.- Que reafirma el criterio establecido precedentemente de la naturaleza jurídica de la renta vitalicia un Informe en Derecho del informante Sr. Zúñiga, presentado durante la tramitación del proyecto de ley del tercer retiro de parte de los fondos previsionales, señala que las rentas de los contratos de seguro de renta vitalicia, nacen día a día, pudiendo esto no ocurrir, de manera que no se puede



adelantar, con lo cual el proyecto de ley que reforma la constitución impondría en realidad, la devolución a los asegurados, por las compañías aseguradoras de parte de la prima de estos contratos. Dichas primas advierte el citado opinante, ya fueron pagadas, y en dinero fungible, de manera que como tales no existen, con lo que lo afectado es directamente el patrimonio de las aseguradoras, lo cual se propone retribuir con disminución de las pensiones, pero estas son obligaciones futuras e inciertas, que incluso pudieran no llegar a existir, por ende, afirma el citado Zúñiga que lo que en realidad se afectaría son bienes y derechos garantizados por el artículo 19, N° 24 de la Constitución (Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento. Tramitación legislativa de proyectos de ley boletines Nos. 13950-07, 14054-07, y 14095-07 refundidos).

XI.- CAMBIO DE LA CONSTITUCIÓN: SU NECESIDAD. IMPLICANCIA DE RECONOCER AL ESTADO ACTUAL.

26.- Que si bien no es propio abocarnos al tema del cambio constitucional y las implicancias que pudiera tener el estado actual del Sistema de Seguridad Social resguardado en la Carta Fundamental de 1980, no podemos obviar que el canon de constitucionalidad implica cierto grado de racionalidad y coherencia del ordenamiento, dado que la calidad de la ley se reconduce ya a principios constitucionales, explícitos o implícitos, derivados de la moderna idea de Estado de Derecho: seguridad jurídica como protección de la confianza y certeza del derecho, interdicción de la arbitrariedad (razonabilidad), tolerabilidad. Todo ello se prolonga en conceptos transversales fundamentales: proporcionalidad, ponderación, sin descartar en un horizonte cercano el criterio de la subsidiariedad.

27.- El propio Tribunal Constitucional Español ha señalado como límite a la libertad de configuración del legislador la interdicción de la arbitrariedad. Al expresar que no resulta pertinente realizar un análisis de fondo de todas las motivaciones posibles de la norma y de todas sus eventuales consecuencias, sin embargo, tampoco cabe confundir lo que es el arbitrio legítimo del legislador con capricho, inconsecuencia o incoherencia creadores de desigualdad o distorsión en los efectos legales (STC 13/2007, de 18 de enero de 2007).

En ese sentido, no resulta apto que el proceso de evaluación legislativa y el pertinente control de constitucionalidad no dejen de considerar las implicancias del estado actual del sistema de pensiones en su modalidad de rentas vitalicias, entendiendo que si bien el derecho a la seguridad social podría implicar una disminución inmediata de las pensiones en la hipótesis deducida en estos autos.

XII.- LO PRIVADO Y LO PÚBLICO EN SU RELACIÓN CON LAS RENTAS VITALICIAS.



28.- En síntesis, lo privado contra lo público, y viceversa; uno dirigido a magnificar las propias virtudes ilustrando las disfunciones y los fracasos del otro. Las virtudes de lo privado, que reducen al mínimo el espacio de lo público. O la inversa, las virtudes de lo público que sanan los pecados y los egoísmos de lo privado. Un esquema contrapositivo, a mi parecer todavía presente en la cultura política y constitucional (Mauricio Fioravanti, Público y Privado. Los Principios Fundamentales de la Constitución, Ed. Porrúa, México, 2017, p. 11).

En relación a lo anterior es posible señalar que la idea de supremacía de la Constitución es antiquísima y, a la vez, actual, puesto que renovar por el giro constituyente la supremacía de la Constitución consolida que la Ley Fundamental capaz de impedir en el futuro un regreso a las condiciones de un pasado que no respete la Carta Política.

29.- Resulta obvio concluir que: el modelo constitucional de la relación entre lo público y lo privado es, en último análisis, aquel de la doble limitación y, por tanto, del doble valor de la Constitución, que opone siempre a sí misma, y los derechos fundamentales en ella sancionados, a uno como al otro, cada vez que las razones de uno o de otro devengan desmedidas, sean ellas las razones de un público que quiere invadir las esferas de los individuos, o las de un privado que, en razón de su potencia económica, quiere dominar la escena pública. Se podría también decir: la Constitución socorre siempre al más débil, al público cuando es invadido arbitrariamente por el privado, y viceversa. Abandonar este modelo significa, por tanto, correr riesgos gravísimos, tanto en una vertiente como en la otra.

Por tanto, no hay que tratar la Constitución como una simple ley políticamente reformable y enmendable. La vicisitud de la relación entre público y privado nos ha enseñado que en ella está fijado un pilar, un pilar de sostén, un esencial punto de equilibrio. Sin aquella Constitución, sin aquel tipo de Constitución que hemos iniciado a construir el siglo pasado, y sin aquel pilar, no tendríamos un problema más o un poco menos de democracia, pero probablemente sí el inicio de la disolución de la forma política democrática, en el sentido específico del regreso a un predominio indiscriminado de los poderes arbitrarios, sean públicos o privados (Fioravanti, op.cit., p. 26).

30.- Desde este punto de vista, existe un núcleo duro en los problemas que tenemos enfrente, una objetividad de las cosas destinada a imponerse, a menos que no se decida caminar deliberadamente hacia el precipicio. Hoy, que se trata de las necesidades sociales primarias, desde la alimentación a la casa, o de la salud, o de la asistencia, o del ambiente, se llega siempre a la misma conclusión: casi ninguna de estas problemáticas es resoluble sino en sentido estructural, que muy poco se resuelve con la política del momento, con la mayoría del momento. Las constituciones, también las contemporáneas, precisamente como normas por su misma naturaleza predispuestas a durar en el tiempo, están destinadas a desarrollar esta función esencial e imprescindible: catalogar los bienes esenciales de la persona que cada



mayoría tiene el deber de cuidar y en este sentido representar la comunidad, la dimensión profunda y persistente de las necesidades sociales que sólo la Constitución puede en el tiempo adecuadamente reflexionar, y que en su objetividad se pone bien por encima de las meras políticas de mayoría, con las cuales se llega ahora ya solo hasta cierto punto, insuficiente para un gobierno serio de las sociedades y de las democracias contemporánea (Fioravanti, op.cit., pp. 27-28).

31.- La Constitución puede defendernos de modo más o menos eficaz de los poderes desmedidos. Pero no está de pie por sí sola. El mejor y más sólido fundamento de la Constitución – por lo demás, el único posible – está precisamente en esta conciencia de su necesaria dependencia de alguna más que la precede. En una palabra, lo que la Constitución de verdad presupone, precisamente por plantearse como Normas Suprema, es la existencia misma de una sociedad suficientemente cohesionada, dotada de instrumentos que le permitan ser también sociedad política, y no simple sociedad de individuos dotados de derechos más o menos perfectamente garantizados.

En una palabra, una sociedad política y no solo una sociedad civil. Esta es hoy la cuestión al orden del día de las democracias contemporáneas. No existe supremacía de la Constitución sin sociedad política, y no existe sociedad política sin estables instrumentos de participación, y sin la investigación, por cuanto atormentada y problemática, de un principio de unidad. Sin todo esto, la Constitución vacila. En síntesis, es verdad que podemos contar como tutela de nuestros derechos, como límite al exceso de cada poder, público o privado que sea, pero no olvidemos nunca que también la Constitución, a su vez, cuenta con nosotros (Fioravanti, op. cit., pp. 28-29).

32.- No es posible aceptar el salir de la Constitución puesto que aquello significa salir del modelo de relación entre lo público y lo privado que ella ha diseñado y que limita a ambos: el primero no puede expresarse más que con el lenguaje del legislador omnipotente, pensando poder normar cada aspecto de la vida individual y de relación, y no puede, por tanto invadir arbitrariamente las esferas de los ciudadanos, pero también el segundo no puede ser terreno de desarrollo de poderes desmedido, sobre todo, incidentes en modo no menos peligroso sobre los derechos fundamentales de la persona. La Constitución no predica en síntesis alguna virtud, ni del Estado ni de mercado, simplemente porque piensa que tanto el primero como el segundo pueden violar los derechos de la persona.

La clave es el modelo constitucional de la relación entre lo público y lo privado, que en el caso en estudio, la fijación de un sistema previsional de rentas vitalicias no puede ser desconocido en su funcionamiento y sus efectos con la afectación de la Constitución, esencialmente en el derecho de propiedad.

XIII.- HECHO ESENCIAL, LAS FACULTADES ACREDITADAS POR LOS REQUERENTES.



33.- Que resulta esencial para la determinación en estos autos constitucionales que las requirentes acrediten un perjuicio efectivo y real, en términos que incidan en una afectación patrimonial, constituyendo aquello elemento clave para configurar la afectación al derecho de propiedad que se ha alegado.

Si bien el concepto de función social del artículo 19, N°24 de la Constitución Política, han sido reconocido por esta Magistratura, del mismo modo en el fallo sobre Rentas Vitalicias, este órgano jurisdiccional invalidó en un proyecto los preceptos que restringían fuertemente las facultades de disposición de los cotizantes sobre sus ahorros previsionales. La noción relevante se orienta a limitar facultades esenciales del dominio, hecho que aparece ratificada en la sentencia Rol 7.442-19 de 18 de mayo de 2020, donde se cuestionaban las limitaciones contenidas en el D.L. N°3.500 respecto de la propiedad sobre los fondos previsionales (en igual sentido en STC Rol N° 7548, de 14 de mayo de 2020).

34.- Junto a lo anterior, es necesario expresar que la privación de los derechos emanados de un contrato es un bien incorporal y por lo tanto, debe ajustarse a los términos en que el constituyente estableció el “principio de intangibilidad” en los contratos, sólo con las limitaciones que este mismo órgano estableció al efecto.

35.- Que, de igual manera, los requirentes acreditando un perjuicio en un patrimonio separado configura una afectación, del mismo modo, la indisponibilidad de la renta vitalicia fuera de la esfera de la competencia que tiene el legislador para afectar el derecho reclamado, razón por lo cual se ha generado una alteración contractual de lo convenido entre aquellas partes suscribientes del contrato de renta vitalicia.

XIV.- NO COMPETE PRONUNCIARSE SOBRE EL PROCESO LEGISLATIVO DE LA LEY EN ESTA OPORTUNIDAD.

36.- No es posible esta Magistratura pueda pronunciarse sobre acápites o incidencias propios de un control preventivo, atendido que la sede en la cual nos encontramos es de aquellas de inaplicabilidad que establece el artículo 93, N°6 del Código Político. Del mismo modo, tampoco es posible emitir juicio sobre un tema que escapa derechamente a lo planteado por la actora constitucional, en base a que el cuestionamiento sustancial es el instituto de la renta vitalicia previsional definida en el artículo 62 del D.L. N°3.500.

37.- Que la “petitio” de la parte solicitante deduce su pretensión de inaplicabilidad por causa de inconstitucionalidad, en gestión consistente en un reclamo de ilegalidad que conoce la Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago, por lo tanto, el objeto delimitado de la controversia constitucional es, si existe o no afectación al sistema de rentas vitalicias, el cual generaría normativamente una contradicción con alguna garantía constitucional de aquellas deducidas por la actora.



38.- Si bien es cierto que nominalmente podríamos estar en presencia de una reforma constitucional de la Carta Fundamental, también es susceptible de calificarse de una ley común de reforma de la Constitución, cuyas reglas de modificación conllevan trámites especiales que deben satisfacerse. La materialidad se expresa en leyes que históricamente consistieron en doce mecanismos de reforma constitucional, que han estado vigentes en Chile. Las constantes modificaciones que no pueden sorprender del mecanismo de reforma constitucional depende la estabilidad institucional del país y su formalización es mediante una ley que actualiza a la norma fundamental del ordenamiento jurídico, bajo estándares democráticos y en su implementación deben estar presentes las reglas normativas que aseguren de manera adecuada los dos objetivos que pueden identificados sobre la materia: me refiero a la búsqueda de legitimidad política y la estabilidad del sistema político-institucional.

XV.- EL TEMA SE DEBE RESOLVER SUSTANCIALMENTE POR EL JUEZ DE FONDO, ATENDIDA LA NATURALEZA ESTIMATIVA DE LA SENTENCIA CONSTITUCIONAL.

39.- Las sentencias del Tribunal Constitucional en nuestro sistema jurídico, en base al modelo que a partir del año 2005 sobre jurisdicción constitucional implican, siguiendo al efecto a Cappelletti, quien afirma que el órgano constitucional cumple un rol argumentativo del sistema de control constitucional, por tanto, en cada caso concreto en que debe fallar, implica discernir las circunstancias fácticas y normativas de la misión que se le ha entregado.

40.- Las razones y el mérito de los argumentos empleados por los jueces constitucionales a fin de constatar una mayor calidad argumentativa de sus fallos lleva ínsito que la jurisdicción constitucional debe exigirle, como interprete superior y último de la Carta Fundamental, que ofrezca sus mejores razonamientos al fundar las sentencias. Ya Lorence Tribe (1988) señalaba que la jurisdicción constitucional debe desarrollar un discurso constitucional que fundamente y aporte razones que sustenten sus puntos de vistas sobre el comportamiento de otros órganos y potestades estatales, mediante un dialogo con quienes leen la misma Constitución, aunque sostengan diferencias de criterios.

En general, es la comunidad jurídica quien debe evaluar a los jueces constitucionales, su capacidad intelectual y su rol de juristas de derecho público, que denoten no sólo el conocimiento técnico-jurídico sino también el criterio y visión desde la perspectiva constitucional del caso concreto a resolver.

XVI.- VICIO DE CONSTITUCIONALIDAD DEL DERECHO DE PROPIEDAD INVOCADO DEBE SER PLAUSIBLE.



41.- El diseño del derecho de propiedad consagrado en la Constitución de 1980, se construye en oposición a la idea de que reformas sociales como las que se discutían a fines de los 60 en Chile, se hicieran con cargo al sacrificio de la propiedad, lo que implicaba desconocer de alguna manera la autonomía individual. Así, se consagra un derecho de propiedad extensivo, incluso más allá de los supuestos de la tradición civilista del siglo XIX, con un condicionamiento de las causales que justificaban la función social de la propiedad y los títulos de expropiación, así como el reconocimiento de títulos de propiedad para la explotación de derechos comunes, como las aguas, lo que configuró un modelo constitucional que la propiedad era útil al funcionamiento eficiente de los mercados. Esta construcción del derecho de propiedad implicó oponer este derecho a la regulación pública como un verdadero muro de inmunidad, complementado por la “reserva de ley” como garantía frente a las regulaciones de la Administración (Miriam Henríquez Viñas y Enrique Rajevic Mosler, Coordinadores, Derecho de Propiedad. Enfoques de Derecho Público, Ediciones DER, 2019, Chile, prólogo).

42.- A partir del retorno a la democracia esta concepción del derecho de propiedad entró en tensión, al enfrentarse con las reformas regulatorias de los 90 en nuestro país, que como en la mayoría de los sistemas comparados requerían adoptar decisiones que implicaban afectar o bien reconcebir la propiedad, en particular frente a la intervención de organismos administrativos, evidenciando que una forma absoluta de comprender el derecho de propiedad y su reserva de ley era sencillamente incompatible con el desarrollo de mercados razonables en democracias modernas y que esta debía ser tutelada, pero sus obligaciones debían ser proporcionales a sus beneficios.

43.- En este contexto, existe una radicalización de argumentos cada vez que se discute sobre los alcances de la regulación pública frente al derecho de propiedad. Por una parte, algunos defenderán la supremacía del derecho de propiedad privada sobre las decisiones democráticas basándose en que la propiedad privada es un derecho “natural” y otros, en un mismo sentido, pero sin basarse en la idea de derecho natural, consideran que es necesario proteger la propiedad en integridad por consideraciones utilitaristas. Por otro lado, como crítica a las concepciones anteriores, aparecen posturas que sostienen que el derecho de propiedad es de carácter fundamentalmente diferente a otros derechos y libertades; se lo considera como un mecanismo convencional creado para el avance del progreso social. Y otros podrán objetar el carácter intocable del actual sistema de distribución de propiedad, mientras sí se admite la existencia de un derecho general a tener propiedad como una condición del progreso humano.

La plausibilidad del vicio de constitucionalidad del derecho de propiedad aducido conjuga dos elementos a nuestro criterio: en primer lugar, un factor de racionalidad jurídica, entendiendo por tal en un sentido Weberiano que el Derecho racional se rige por un sistema de reglas formuladas en código de ordenación de la



vida, conforme a principio y esquemas prefijados de regulación jurídica. Estamos en presencia de racionalidad jurídica equivalente a una defensa de la racionalidad instrumental; por otro lado, la concepción jurídica esencialmente positiva vincula íntimamente el Derecho racional moderno con la dominación legal, centrando su atención en el formalismo del Derecho positivo con un elevado grado de sistematización realizada por juristas profesionales. De esta manera una concepción formalista corresponde a legitimar una dominación legal cuya legalidad se basaría en un Derecho de estructura estrictamente decisional. El tema de la legitimidad es propio de una impronta constitucional en el marco de la teoría del Estado y del Derecho.

XVII.- QUE NO ES RELEVANTE EN EL PLANO CONSTITUCIONAL LOS EFECTOS QUE PUDIERE TENER EL JUICIO DE FONDO, PUES SUS LÍMITES SON LA VULNERACIÓN ACREDITADA.

44.- Atendida la naturaleza estimativa, como ya se ha señalado precedentemente, de la sentencia constitucional en nuestro ordenamiento jurídico cabe ponderar lo resuelto por la mayoría en autos que al resolverse el asunto de fondo, los factores probatorios y circunstanciales que pudieren tener relevancia al efecto, resultan absolutamente independientes, en la medida de lo posible, de lo resuelto por esta Magistratura.

45.- Que lo antes aseverado con motivo de la incidencia del asunto constitucional sobre el cual ha versado el conflicto de derecho público de autos no hace más que reafirmar, que el plano limitativo de este nivel exclusivamente significativo de la judicatura constitucional se acota o mejor dicho se recompone en torno a la preceptiva propia de la Carta Fundamental.

46.- Que así las cosas la dimensión ético-sustantiva del Estado constitucional del derecho contemporáneo trata de que la sobre interpretación de la constitución en relación a los ordenamientos constitucionales conllevan un peligro latente dado que la dimensión ético-sustantiva a que nos referimos implica la idea moderna en las últimas décadas que las constituciones no solo regulan las relaciones entre privados, en el sentido que imponen o prescriben un determinado modelo de sociedad, sino que también el juez constitucional se hace cargo de la defensa de garantías constitucionales que la Carta Política ha implementado al respecto.

Los textos normativos expresan una multiplicidad de normas que pueden ser interpretadas de diversas maneras, de forma tal que esta Magistratura como interprete del texto normativo debe elegir aquella que desemboque en una norma compatible con la constitución o bien elegir una interpretación que sea incompatible con la constitución declarando de esta manera el vicio de inaplicabilidad por inconstitucionalidad que prescribió el constituyente.



XVIII.- DIFERENCIA ENTRE FONDOS PREVISIONALES (AFP) Y RENTAS VITALICIAS.

47.- Que el sistema de AFP, les corresponde registrar en las cuentas de capitalización individual de todo cotizante, las cotizaciones que enteran los afiliados (dependientes, independientes y voluntarios) y los empleadores por sus trabajadores. Las AFP también cumple funciones en relación con el cobro de cotizaciones que no figuran registradas, producto de relaciones laborales vigentes, terminadas o suspendidas. Las AFP deben registrar las cotizaciones y encargarse de su inversión conforme a su estatuto en el marco de la seguridad social.

Diferente es el mecanismo de la renta vitalicia donde está de por medio la vigencia de un contrato entre el afiliado y la Compañía de Seguros, siendo la renta vitalicia convenida un instituto irrevocable, por el hecho que el afiliado dejó de ser dueño de sus fondos previsionales traspasados, los cuales ingresan a la Compañía de Seguros a cambio de una renta contratada, porque el valor de la pensión se mantiene constante en el tiempo (UF).

Su diferencia esencial es que la renta vitalicia es un negocio jurídico de prestación fungible, cuyo objeto es una pensión constante en número y/o cosas fungibles, determinable y revalorizable, que la diferencia de otros negocios jurídicos de igual naturaleza. En otros términos, es un negocio nominado, típico, de atribución patrimonial, de duración y ejecución periódica, aleatorio y neutro. La gran diferencia con el sistema de AFP es que este último carece de la impronta que tiene la renta vitalicia consistente que es un auténtico negocio jurídico el cual fue en una clásica definición De Castro y Bravo, F (El negocio jurídico, Ed. Civitas, Madrid, 1985, P. 34) que expresa:

El Derecho considera como negocio jurídico (...) la declaración o acuerdo de voluntades, con que los particulares se proponen conseguir un resultado, que el Derecho estima digno de su especial tutela, sea en base sólo a dicha declaración o acuerdo, sea completado con otros hechos o actos.

En resumen la esfera, las características, las funciones entre el rol de las AFP y el de las rentas vitalicias radica en su verdadero sello: la noción de intangibilidad que presentan las rentas vitalicias.

XIX.- FACTORES FÁCTICOS QUE NO SE PUEDEN OBVIAR.

48.- Que en el caso de autos (Rol 11.560), el reclamo de ilegalidad por estimar que el acto administrativo correspondiente al Oficio Circular N°1208, de fecha 30 de abril de 2021, que "Imparte instrucciones a las compañías de seguros de vida que mantienen reservas técnicas de rentas vitalicias", cuya emisión fue acordada por el Consejo en Sesión Extraordinaria N° 102 de la misma fecha, acuerdo ejecutado por la Resolución Exenta N° 2340 de igual data, ambos dictados por la CMF, es ilegal y le



causa perjuicio. En primer lugar se alega la infracción al artículo 20 N° 3 de la ley 21.000, puesto que al dictar el Oficio reclamado que corresponde normativamente a un oficio circular, la CMF no dio cumplimiento a la obligación legal de efectuar su consulta pública, dando a conocer el proyecto de norma previo a su dictación, publicándola en la página web de la CMF y disponiendo los mecanismos que aseguren a los interesados formular sus observaciones, como se lo ordena imperativamente el precepto legal infringido, indicando que la infracción cometida por la CMF en la dictación del Oficio Reclamado, fuera de constituir un ilícito que se basta a sí mismo, causa evidente perjuicio a la Compañía.

En segundo término, alega la infracción a la Ley 21.330, al artículo 20 del DFL N° 251, a la Circular N° 1512 de 2 de enero de 2001 y a las facultades de la CMF establecidas en el inciso 2° del artículo 1° y en el número 1 del artículo 5° de la Ley 21.000. Indican que las razones del perjuicio surgen de la ilegal interpretación que el Oficio Reclamado hace de la Ley 21.330 y demás infracciones denunciadas en este capítulo, producen a la Compañía, un perjuicio patrimonial actual, determinado y determinable. Agregan que, dependiendo del número de pensionados que soliciten el anticipo a cuenta de sus flujos futuros de rentas vitalicias, el daño aumentará en forma proporcional a las reservas técnicas base de los respectivos pensionados que incluyen, como se ha explicado, la parte del Aporte Compañía que la constituye y que se efectuó con recursos propios de esta.

49.- Por último, se alega la infracción al N° 7 de la Norma de Carácter General N° 208 de 2007 de la CMF, al artículo 20 del DFL 251 y a las facultades de la CMF establecidas en el inciso 2° del artículo 1° y en el número 1 del artículo 5° de la Ley 21.000. Se indica que las razones del perjuicio consisten en que la ilegal interpretación que el Oficio Reclamado hace de la Ley 21.330 y demás infracciones normativas y legales denunciadas en este capítulo, producen a la Compañía un perjuicio patrimonial actual, determinado y determinable; puesto que, dependiendo del número de pensionados que soliciten el anticipo a cuenta de sus flujos futuros de rentas vitalicias, el daño aumentará en forma proporcional a la disminución de las reservas técnicas base de los respectivos pensionados.

50.- Mediante escrito de fecha 09 de diciembre de 2021, la requirente acompaña certificado emitido por el Gerente General de 4 Life Seguros de Vida S.A., en el cual certifica que hasta el 07 de diciembre de 2021, un total de 3.388 pensionados bajo la modalidad de renta vitalicia han solicitado el “retiro” o “anticipo”, pagando la cantidad de UF 385.116,86, equivalentes a \$11.877.916.654.- por dicho concepto, monto que equivale al 47,46% del monto total susceptible de ser retirado o adelantado. Agregando que, ha incurrido en gastos por un total de \$88.768.261.- directamente asociados con la implementación y pago de los retiros o anticipos.

Anexo a los factores de hecho que sustentan la decisión, el ex presidente del Banco Central Mario Marcel y el presidente de la Comisión del Mercado Financiero Joaquín Cortés llegaron a aseverar que existía una manifiesta afectación al patrimonio



de las compañías de seguro de vida en el contexto de un nuevo anticipo de las rentas vitalicias.

XX.- CONCLUSIONES.

51.- Que, con el mérito de lo razonado, no cabe más que acoger el requerimiento en los términos referidos, en la medida que habría una afectación patrimonial de la requirente de autos.

Redactó la sentencia el Ministro señor IVÁN ARÓSTICA MALDONADO y la disidencia, el Ministro señor RODRIGO PICA FLORES.

Las prevenciones corresponden al JUAN JOSÉ ROMERO GUZMÁN, GONZALO GARCÍA PINO y NELSON POZO SILVA, respectivamente.

Comuníquese, notifíquese, regístrese y archívese.

Rol N° 11.560-21-INA

Pronunciada por el Excmo. Tribunal Constitucional, integrado por su Presidente, Ministro señor JUAN JOSÉ ROMERO GUZMÁN, y por sus Ministros señores IVÁN ARÓSTICA MALDONADO, señora MARÍA LUISA BRAHM BARRIL, GONZALO GARCÍA PINO, CRISTIÁN LETELIER AGUILAR, NELSON POZO SILVA, JOSÉ IGNACIO VÁSQUEZ MÁRQUEZ, señora MARÍA PÍA SILVA GALLINATO, MIGUEL ÁNGEL FERNÁNDEZ GONZÁLEZ y RODRIGO PICA FLORES.

Firma el señor Presidente del Tribunal, y se certifica que los demás señora y señores Ministros concurren al acuerdo y fallo, pero no firman por no encontrarse en dependencias físicas de esta Magistratura, en cumplimiento de las medidas dispuestas ante la emergencia sanitaria existente en el país.

Se certifica que los Ministros señores JUAN JOSÉ ROMERO GUZMÁN, IVÁN ARÓSTICA MALDONADO, señora MARÍA LUISA BRAHM BARRIL y señor GONZALO GARCÍA PINO concurren al acuerdo y fallo, pero no firman por haber cesado en el ejercicio de su cargos.

Autoriza la Secretaria del Tribunal Constitucional, señora María Angélica Barriga Meza.