

## REFORMA CONSTITUCIONAL SOBRE RETIRO DEL 10%: LA IMPORTANCIA DEL FALLO DEL TC

- El fallo del Tribunal Constitucional, que acogió el requerimiento de inconstitucionalidad deducido por el Presidente de la República, es oportuno puesto que constituye un claro mensaje hacia el denominado parlamentarismo de facto.
- El pronunciamiento confirma que los parlamentarios no pueden infringir las normas expresas contempladas por la Carta Fundamental (incluso en aquellos casos en que las reformas se intentan por la vía de artículos transitorios). En efecto, los parlamentarios deben respetar los procedimientos, formalidades y quórum exigidos por la Constitución y las leyes. Se trata de una buena noticia ya que releva el principio de supremacía constitucional -que debe ser respetado por todos-, y el respeto al marco jurídico con el que deben actuar los organismos públicos y poderes del Estado.
- La decisión del órgano colegiado sirve de precedente respecto de la tramitación de iniciativas legislativas parlamentarias que utilizan el mismo mecanismo (eventual tercer retiro de pensiones, creación de un impuesto al patrimonio, entre otras).

El Tribunal Constitucional (“TC” o “Tribunal”) publicó el pasado 30 de diciembre la sentencia<sup>i</sup> en que declaró inconstitucional el proyecto de reforma constitucional, impulsado por parlamentarios, y que permitía un segundo retiro del 10% de los fondos de pensiones contenidos en las cuentas de capitalización individual<sup>ii</sup>.

El pronunciamiento del TC -que tuvo su origen en un requerimiento de inconstitucionalidad deducido por el Presidente de la República- no sólo es relevante pues confirmó que la iniciativa propuesta por los parlamentarios infringía una serie de preceptos contenidos en la Carta Fundamental vigente, sino porque también constituye un claro mensaje hacia el llamado parlamentarismo de facto. En atención a la proliferación de iniciativas legislativas similares en trámite en el Congreso Nacional que aumentan la inestabilidad jurídica y debilitan nuestras instituciones, el fallo del TC debe ser mirado con atención.

Asimismo, cabe consignar que se trata de un fallo histórico puesto que es la primera ocasión en la que el TC se pronuncia respecto a la inconstitucionalidad de un proyecto de reforma constitucional.

## CONTEXTO DEL REQUERIMIENTO PRESENTADO POR EL PRESIDENTE

Ante la inminente aprobación del proyecto -presentado por parlamentarios- de reforma constitucional que autorizaba un segundo retiro de pensiones con ocasión de la pandemia, el Ejecutivo adoptó las siguientes decisiones:

1. **Presentar un proyecto de ley (no de reforma constitucional), que posteriormente se transformaría en ley<sup>iii</sup>, con el propósito de autorizar el referido segundo retiro de los fondos de pensiones.** Sin perjuicio que no compartimos la política pública impulsada por el gobierno, entendemos que la estrategia de éste, al presentar esta iniciativa, perseguía evitar los defectos de constitucionalidad presentes en la moción parlamentaria, buscando además acotar su alcance (al menos inicialmente). En este sentido, se restringía su acceso a quienes mantuvieran su trabajo y tuvieran rentas por sobre \$ 2,9 millones mensuales y se establecía un mecanismo para reponer los fondos retirados, entre otras diferencias. A pesar de la intención del Ejecutivo, el proyecto de ley sufrió importantes modificaciones durante su tramitación, como es por todos conocido.
2. **Deducir un requerimiento ante el Tribunal Constitucional<sup>iv</sup> con el objetivo de poner fin a la mala práctica de vulnerar la iniciativa exclusiva presidencial con la presentación de reformas constitucionales que contradicen el articulado permanente de la Constitución a través de disposiciones transitorias.** Como hemos mencionado en anteriores publicaciones<sup>v</sup>, la estrategia de utilizar reformas constitucionales, seguida por el parlamento para conseguir, más bien, objetivos de política pública -contradictorios por lo demás con el propósito de generar mejores pensiones- constituye una elusión constitucional y un intento por defraudar las formas y el contenido sustantivo de la Carta Magna. En concreto, se elude la iniciativa exclusiva del Presidente de la República en materias que son propias de ley, cuestión que es referida en extenso en el requerimiento presentado por el Ejecutivo al TC, además de profundizar en otros argumentos como el respeto a los procedimientos y quórum de aprobación de este tipo de reformas. En este sentido, el Presidente de la República esgrimió lo siguiente en su requerimiento:
  - A) **Se infringe el artículo 127 de la Constitución, en la tramitación de la reforma de las disposiciones transitorias de la Carta Fundamental:** el proyecto, según el Ejecutivo, incorporaba o aprobaba mediante una disposición transitoria una reforma implícita de la Constitución que ignora el procedimiento, formas y quórum que la misma exige para la reforma de

sus capítulos y normas. Asimismo, se infringiría el principio de supremacía constitucional que emana de los artículos 6° y 7° de la Constitución.

- B) Se afecta el derecho a la seguridad social:** de concebirse como procedente una reforma constitucional en la materia (cuestión que es discutida en el requerimiento), dado que se afecta un derecho regulado en un Capítulo de la Constitución (Capítulo III) para cuya reforma requiere de la aprobación de los 2/3 de los diputados y senadores en ejercicio, resulta impropia la calificación determinada por las Salas de las corporaciones en el Congreso en la que se estableció que el quorum de aprobación correspondía a los 3/5 de los parlamentarios en ejercicio.
- C) Se infringe el estatuto de la iniciativa exclusiva legislativa del Presidente de la República:** conforme al requerimiento, la estrategia de recurrir a una reforma constitucional -utilizada por el Congreso- burlaría las reglas permanentes de la Carta Fundamental y todo el sistema de pesos y contrapesos que contempla a través de una disposición transitoria. En este sentido, reprocha la iniciativa parlamentaria toda vez que la Constitución reserva dicha iniciativa de ley, en las materias del caso, al Ejecutivo y, en particular en lo relativo a las materias de seguridad social, se trata de iniciativas de ley que deben aprobarse con quorum calificado (mayoría de los miembros en ejercicio de ambas cámaras). En particular, denuncia tres sub infracciones: (i) la infracción a la iniciativa exclusiva de los proyectos que tengan relación con la administración financiera o presupuestaria del Estado o que irroguen gasto fiscal; (ii) el que se pretenda reemplazar la facultad exclusiva del Presidente para establecer una exención tributaria (que además es una materia de dominio legal), al disponerse que el retiro de fondos de pensiones estará exento del pago de impuestos; y (iii) se introduce una nueva regla de iniciativa legislativa de los parlamentarios para modificar las normas sobre seguridad social.

### LOS PRINCIPALES ARGUMENTOS DEL FALLO DEL TC

El fallo del TC descansa en dos postulados esenciales: (i) que el TC tiene plena jurisdicción para resolver, conforme a derecho, todas las cuestiones -sean de forma o de fondo- que se susciten durante la tramitación de cualquier proyecto de reforma constitucional; y (ii) la soberanía de Poder Constituyente derivado se encuentra limitada por la estricta sujeción a los principios de juridicidad y de separación de poderes, y por el respeto integral a los derechos fundamentales.

Para determinar la competencia específica del TC para resolver el conflicto planteado, la sentencia advierte que más allá del texto expreso constitucional que

lo habilita para pronunciarse sobre la materia (artículo 93 N° 3 de la Constitución) existen argumentos -doctrinarios (tanto nacionales como extranjeros)<sup>vi</sup>, jurisprudenciales comparados e históricos- que confirman que está habilitado para determinar la constitucionalidad del proyecto objeto de controversia.

A continuación, es menester señalar que el voto de mayoría<sup>vii</sup> acogió íntegramente el requerimiento deducido por el Presidente de la República. El argumento central esgrimido por el órgano colegiado consiste en que existía una infracción a los Capítulos I (“Bases de la Institucionalidad”) y III (“De los derechos y deberes constitucionales”) de la Constitución. El proyecto de reforma constitucional incurre en estas vulneraciones puesto que los referidos capítulos representan la esencia del Estado de Derecho (considerando 14°).

Es relevante también señalar que el TC, al referirse a la debida deferencia que debe tener con el Poder Constituyente derivado, establece una suerte de limitación al afirmar que su poder no es en caso alguno absoluto. En efecto, señala que “A un tiempo que, en una república como la chilena, no le cabe sino refrendar que la sola apelación a las mayorías no trae consigo un título de inmunidad ni exención de responsabilidad” (considerando 5°, párrafo tercero).

Como se adelantó previamente, **el TC determinó que existían inconstitucionalidades tanto de forma<sup>viii</sup> como de fondo** en el referido proyecto de reforma constitucional. En particular, conviene realizar los siguientes comentarios en relación a la inconstitucionalidad de fondo:

El voto de mayoría acoge la tesis de la afectación del Estado de Derecho al hacerse caso omiso de lo dispuesto en los artículos 6° y 7° (supremacía constitucional y separación de poderes)<sup>ix</sup>. Uno de los considerandos relevantes es el contenido en considerando 22°, el cual señala que “(...) el proyecto de ley objetado absorbe una competencia que está expresamente entregada para ser ejercida sólo por medio de una ley de quorum calificado de exclusiva iniciativa presidencial, sin que a los órganos parlamentarios les sea dable capturarla a pretexto de acontecer una situación ‘excepcional’ o arguyendo el aforismo de que ‘si puede lo más (reformar la Constitución), puede lo menos (legislar)’, comoquiera que ello distorsiona completamente los preceptos constitucionales pre copiados (...)”.

Se acoge, asimismo, la tesis de que se afectó la iniciativa exclusiva legislativa del Presidente referida al derecho a la seguridad social. Especial claridad se aprecia en el párrafo segundo del considerando 19°, en atención a que el TC afirma que “puede concederse que el Proyecto de Ley examinado ‘no modifica’ formalmente las

normas de seguridad social imperantes, como han puesto de resalto las defensas de órganos legislativos en estos autos. Pero no puede desconocerse que éste obviamente ‘incide’ en el sistema vigente de seguridad social (...).’

Finalmente, el TC consideró que se afectaba el derecho a la seguridad social<sup>x</sup> consagrado en nuestra Carta Fundamental y tras reconocer la existencia y finalidad de los fondos previsionales, afirmó que una situación excepcional “no puede erigirse en fundamento suficiente como para exonerar la inconstitucionalidad en la que ha incurrido en su respecto el legislador” (considerando 28°).

### **IMPLICANCIAS DEL FALLO**

1. El fallo es histórico pues fue la primera ocasión en que el TC se pronunció respecto al fondo de una iniciativa sobre reforma constitucional.
2. Es clarificador ya que se confirma que los parlamentarios no pueden -en la medida que la actual Constitución continúe vigente- infringir las normas expresas contempladas por la Carta Fundamental (incluso en aquellos casos en que las reformas se intentan por la vía de artículos transitorios). En efecto, los parlamentarios deben respetar los procedimientos, formalidades y quórums exigidos por la Constitución y las leyes. Asimismo, no podrán utilizar el referido mecanismo para modificar las reglas de administración financiera del Estado o modificar la seguridad social, dado que se reservan tales materias exclusivamente al Presidente de la República. En caso contrario, los parlamentarios incurrirían en vicios de constitucionalidad sustantivos.
3. Es útil pues permite orientar a los parlamentarios sobre el curso de otras reformas de similar naturaleza que aún se tramitan en el Congreso. A modo de ejemplo, iniciativas como el proyecto de reforma constitucional que establece un impuesto al patrimonio<sup>xi</sup> debieran ser rechazadas pues se recurre al mismo resquicio constitucional. Respecto a este punto, conviene señalar que pese a que la Sala de la Cámara de Diputados rechazó por falta de quorum el proyecto de reforma constitucional que buscaba autorizar un retiro de fondos de los pensionados bajo la modalidad de rentas vitalicias (Boletines N° 13.763-07 y otros, refundidos), el resultado de la votación -que fue posterior al fallo que comentamos en el presente Temas Públicos- fue preocupante: 87 parlamentarios estuvieron por aprobar, 23 por rechazar y 13 se abstuvieron. Se trata de una votación preocupante puesto que tal iniciativa empleaba el mismo mecanismo que el proyecto objeto del requerimiento en comento. En un año electoral como el que empieza es fundamental que los parlamentarios actúen de manera responsable y, en consecuencia, se limiten a ejercer las atribuciones que el marco jurídico les otorga.

4. Tal como señala el TC en su fallo, “el ejercicio de la labor parlamentaria de reforma -desarrollada como Poder Constituyente derivado- implica asumir una de las funciones más altas y delicadas que reconoce la democracia constitucional, por lo que debe llevarse con sumo celo y cuidadoso apego a la Carta Fundamental, evitando crear normativas que, bajo la forma de enmiendas, terminan desnaturalizando o tergiversando el texto supremo vigente, al no poseer la debida consonancia con sus principios y mandatos” (considerando 33°). Al respecto, cabe afirmar que el Poder Constituyente derivado -como órgano constituido- está sometido al imperio de la Constitución, tanto en sus instituciones como en sus principios y valores. Así las cosas, vale la pena recordar que el Poder Constituyente derivado es parte de los poderes constituidos y, por lo tanto, está afecto a lo establecido por el artículo 7° inciso segundo de nuestra Carta Fundamental (debiendo, en consecuencia, respetar su ámbito de competencia y el ámbito de competencia de otros órganos del Estado como el Presidente de la República).
5. En consecuencia, continuar insistiendo con reformas de esta naturaleza no sólo aumenta los grados de inestabilidad jurídica que afecta a nuestro país, sino que también atenta contra la coherencia de nuestra Constitución (pudiendo incluso encontrarnos con normas evidentemente contradictorias).
6. De cara al inicio del proceso constituyente, es fundamental que el fallo del Tribunal Constitucional sea respetado por los distintos actores políticos. Más allá de las legítimas críticas que puedan plantearse a la regulación actual del Tribunal Constitucional y las propuestas de perfeccionamiento existentes en la materia, la institucionalidad vigente y los mecanismos dispuestos en el marco jurídico actual para la solución de conflictos que han de ser resueltos por el Tribunal Constitucional deben respetarse y no ponerse en tela de juicio según el sentido de justicia de cada quien o sobre la pertinencia o no de eventuales reformas que se quieran introducir en la materia.

#### **REFLEXIONES FINALES**

El fallo del TC que declaró inconstitucional el proyecto de reforma constitucional que pretendía permitir un segundo retiro de los fondos previsionales es valioso pues releva el principio de supremacía constitucional -que debe ser respetado por todos- y el respeto al marco jurídico con el que deben actuar los organismos públicos y poderes del Estado (dentro de la órbita de sus competencias). Se trata de una decisión relevante no sólo por el caso concreto, sino también porque sirve de precedente respecto de la tramitación de iniciativas legislativas de la misma naturaleza (eventual tercer retiro de pensiones, creación de un impuesto al patrimonio, entre otras).

Finalmente, cabe destacar que es un fallo histórico y particularmente importante, en atención a que permite resguardar la iniciativa exclusiva legislativa del Presidente de la República en materias que son esenciales para conservar la disciplina fiscal y promover la prosperidad económica de nuestro país.

---

<sup>i</sup> Sentencia Rol 9797-20-CPT.

Disponible en: <https://www.diarioconstitucional.cl/wp-content/uploads/2020/12/145980.pdf>

<sup>ii</sup> Boletines N° 13.736-07; 13.749-07 y 13.800-07, refundidos.

<sup>iii</sup> Ley N° 21.295. El proyecto ingresó a tramitación el día 18 de noviembre del 2020 y fue publicado en el Diario Oficial el día 10 de diciembre del mismo año.

<sup>iv</sup> El Senado y la Cámara de Diputados, en tanto, instaron por el completo rechazo del requerimiento. También participaron en la tramitación del requerimiento, en este caso a través de audiencias públicas, a los profesores Sergio Verdugo, Teodoro Ribera, entre otros.

<sup>v</sup> Véase la Reseña Legislativa N° 1455 de LyD, publicada el 19 de noviembre de 2020.

<sup>vi</sup> Cita a los profesores José Manuel Díaz de Valdés (Chile), Yani Roznai, Rosalind Dixon y David Landau, entre otros. Véase considerandos 9° y siguientes.

<sup>vii</sup> Estuvieron por acoger el requerimiento los siguientes ministros: Brahm (voto dirimente), Aróstica, Fernández, Vásquez y Letelier. Estuvieron por el rechazo: Silva, Pozo, García, Pica y Romero (con una prevención personal). Es conveniente señalar que nuestra institucionalidad vigente dispone que en estas materias corresponde al Presidente del TC dirimir los empates y su voto será decisorio. Por lo demás, no es la primera ocasión en que el voto del Presidente del TC es dirimente.

<sup>viii</sup> Al incidir en materias de seguridad social, el quorum requería ser aprobado por los 2/3 de los diputados y senadores en ejercicio (considerando 30°). Por lo tanto, existiría en la reforma en cuestión una inconstitucionalidad de forma.

<sup>ix</sup> Artículo 6°: “Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella, y garantizar el orden institucional de la República.

Los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo.

La infracción de esta norma generará las responsabilidades y sanciones que determine la ley”.

Artículo 7°: “Los órganos del Estado actúan válidamente previa investidura regular de sus integrantes, dentro de sus competencias y en la forma que prescriba la ley.

Ninguna magistratura, ninguna persona ni grupo de personas pueden atribuirse, ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se les hayan conferido en virtud de la Constitución o las leyes.

Todo acto en contravención a este artículo es nulo y originará las responsabilidades y sanciones que la ley señale”.

<sup>x</sup> Boletín N° 13.555-07. Actualmente en la Comisión de Constitución de la Cámara de Diputados (primer trámite constitucional).