

# RETIRO DE FONDOS PREVISIONALES: DECISIÓN UNÁNIME A FAVOR DE LA COMPATIBILIDAD DE LOS DERECHOS (STC ROL 7442)

MARISOL PEÑA TORRES<sup>1</sup>

**RESUMEN.** Este comentario tiene por objeto la Sentencia del Tribunal Constitucional (TC) en causa Rol N° 7.442 que rechaza un requerimiento de inaplicabilidad cuyo objeto era impugnar preceptos del DL N°3.500. La sentencia afirma la indisponibilidad de los fondos previsionales para satisfacer finalidades diferentes a las que supone el financiamiento de la vejez.

**PALABRAS CLAVE.** Fondos previsionales, sistema de capitalización individual, Tribunal Constitucional, requerimiento de inaplicabilidad, Decreto Ley N°3.500.

**SUMARIO.** 1. Introducción. 2. El conflicto constitucional. 3. La sentencia. 3.1. Inconstitucionalidad del sistema de pensiones contemplado en el Decreto Ley N°3500, de 1980. 3.2. Infracción al derecho a la seguridad social. 3.3. Infracción al derecho de propiedad. 4. Comentarios. 4.1. Naturaleza de la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad. 4.2. La configuración constitucional del derecho a la seguridad social como un derecho de carácter social. 4.3. ¿Dos sentencias en una? 4.4 Falta de imperio de las sentencias del Tribunal Constitucional.

## 1. INTRODUCCIÓN

Las líneas que siguen presentan una síntesis de la sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 7.442, de 14 de mayo de 2020, que rechaza un requerimiento de inaplicabilidad deducido por la Corte de Apelaciones de Antofagasta y que tenía por objeto impugnar tres preceptos del Decreto Ley N° 3.500, de 13 de noviembre de 1980, que estableció el nuevo sistema de pensiones basado en la capitalización individual de los fondos de los afiliados. La gestión pendiente era un recurso de protección deducido por una afiliada a la AFP Cuprum, quien habiendo ya jubilado, solicitaba que la Corte de

<sup>1</sup> Abogada Pontificia Universidad Católica de Chile. Magister en Estudios Internacionales Pontificia Universidad Católica de Chile.

Apelaciones de Antofagasta ordenara a dicha administradora, la entrega de los fondos que mantenía en su cuenta de capitalización individual, con el objeto de solventar el pago de un crédito hipotecario y evitar la pérdida de su casa.

La novedad de este pronunciamiento del Tribunal Constitucional no radica en haber reconocido el derecho de propiedad sobre los fondos previsionales de sus titulares, pues ya existía jurisprudencia previa de esa misma magistratura en este sentido. En este caso, el hito jurisprudencial se encuentra en haber afirmado la indisponibilidad de los fondos previsionales para satisfacer finalidades diferentes a las que supone el financiamiento de la vejez perfilando, adicionalmente, las características de un derecho social como es el derecho a la seguridad social conforme a estándares propios del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

## 2. EL CONFLICTO CONSTITUCIONAL

Las acciones de inaplicabilidad deducidas por jueces experimentaron una caída notable entre el año 2019 y el año 2020. En la Cuenta Pública de la Presidenta del Tribunal Constitucional correspondiente a este último año se revela que este tipo de requerimientos fueron 79 en el año 2019, mientras que los deducidos en el año 2020, alcanzaron el número de 18.<sup>2</sup>

De esta forma, este comentario versa sobre una de las acciones de inaplicabilidad -de una larga lista- deducidas por tribunales ordinarios que integran el Poder Judicial durante el año 2019.

Como se dijo, la parte requirente fue la Corte de Apelaciones de Antofagasta que conocía de un recurso de protección de una afiliada a la AFP Cuprum, quien impetró el restablecimiento del imperio del derecho al habersele negado, por dicha Administradora, la entrega de los ahorros por fondos previsionales, de su propiedad, para prepagar un crédito hipotecario y evitar la pérdida de su casa. Este era, en consecuencia, el acto calificado por la actora como arbitrario e ilegal que fundaba el ejercicio de dicha acción constitucional.

La Corte menciona el traslado evacuado por AFP Cuprum en orden a negar que hubiera cometido un acto ilegal y arbitrario, dado que su respuesta se habría enmarcado en la ley vigente, que impide que los fondos previsionales sean directamente entregados al afiliado para fines distintos a los regulados en los artículos 23, 24 y 51 del Decreto Ley N° 3.500, en concordancia con lo que dispone su

---

<sup>2</sup> Cuenta Pública de la Presidenta del Tribunal Constitucional, p. 48. Disponible en: [www.tcchile.cl/estudios/memorias-y-cuentas](http://www.tcchile.cl/estudios/memorias-y-cuentas).

reglamento. Añade que el derecho de propiedad reconoce limitaciones, como sucede en la materia que se discute en la protección deducida y que, en todo caso, las limitaciones no son absolutas, ya que se impiden las facultades en forma temporal y limitada, mientras que si la persona cumple los supuestos para recibir una pensión, comienza a percibirla.

Así, la Corte solicita la declaración de inaplicabilidad de los tres artículos mencionados del Decreto Ley N° 3.500, de 1980, que, en síntesis, prescriben lo siguiente.

El artículo 23 confía a las Administradoras de Fondos de Pensiones, en exclusividad, la administración de los fondos de pensiones, así como el otorgamiento y administración de las prestaciones y beneficios que establece la ley. Dispone, asimismo, que recaudarán las cotizaciones correspondientes abonándolas a las respectivas cuentas de capitalización individual y de ahorro voluntario de sus afiliados, según corresponda, e invirtiendo los recursos respectivos en la forma establecida por la ley.

El artículo 24 se refiere, por su parte, al capital para constituir una Administradora de Fondos de Pensiones y para mantener su patrimonio a través del tiempo.

El artículo 51, finalmente, alude al financiamiento de las pensiones de vejez, invalidez y sobrevivencia.

La Corte de Apelaciones de Antofagasta afirma el carácter decisivo en la inaplicabilidad interpuesta, de los preceptos impugnados del Decreto Ley N° 3.500 aludiendo a las características del sistema de capitalización individual, consagrado por el cuerpo legal mencionado, y concluyendo que, como producto de su aplicación, las personas pueden recibir un monto insignificante como pensión, lo que atenta contra el propósito de que ellas puedan llevar una vida holgada durante su vejez.

Al mismo tiempo, funda su pretensión en el hecho de que la aplicación de los preceptos legales reprochados vulneraría, en el caso concreto, el derecho de propiedad que, al amparo del artículo 19 N° 24° de la Constitución, tiene el trabajador como consecuencia de su capitalización individual y que no cumple función social alguna rigiéndose exclusivamente por la lógica del mercado que no otorga posibilidad de intervenir al trabajador.

Del mismo modo, la Corte argumenta una vulneración del artículo 19 N° 18° de la Constitución, que garantiza el derecho a la seguridad social y que obliga al Estado a supervigilar su adecuado ejercicio, lo que, en la realidad, no se cumpliría.

La recurrente de protección se hace parte de la acción de inaplicabilidad sosteniendo, por su parte, que:

- i. El Tribunal Constitucional ha fundado una serie de regulaciones en el derecho de propiedad de las personas sobre los fondos acumulados en las AFP;
- ii. La propiedad sobre los fondos de pensiones es también propiedad sobre los dineros acumulados en las cuentas individuales agregando que se trata de una propiedad que no nació afectada. Es más, no se trataría de una propiedad especial originariamente afecta, sino que, más bien, de la afectación legal de una forma de propiedad ordinaria, lo que conduce a que no se le puede aplicar el estándar especial propio de los fines previsionales;
- iii. La aplicación de los preceptos reprochados, en los hechos, importa una verdadera privación de su derecho de propiedad al impedirle, por décadas, el ejercicio de la facultad de disponer de sus fondos. A ello se une la circunstancia de que, si se entendiera que estamos frente a una limitación al ejercicio del derecho de propiedad, ella no aparece justificada desde la perspectiva de su función social, fundamentalmente, porque el sistema configurado por el Decreto Ley N° 3.500 se basa en el ahorro individual y no obedece a la lógica de un seguro social;
- iv. El derecho a la seguridad social es una directa proyección de la dignidad humana (artículo 1°, inciso primero, de la Constitución) y su contenido esencial lo conforman los principios de solidaridad, universalidad, igualdad, suficiencia y unidad o uniformidad. En su concepto, el Decreto Ley N° 3.500, de 1980, no satisface los principios de solidaridad y suficiencia.
- v. El desafío del Tribunal Constitucional no consistiría en armonizar el derecho a la seguridad social y el derecho de propiedad. Más bien, importaría examinar si las limitaciones que rodean el derecho de propiedad sobre los fondos previsionales de cada afiliado al sistema de capitalización individual violan el contenido esencial de éste al impedirle la facultad de disponer de dichos fondos retirándolos de su cuenta individual.

Al sostener la necesidad de “armonizar” el derecho a la seguridad social con el derecho de propiedad, la recurrente de protección parece estarle indicando al Tribunal Constitucional que debe resolver un aparente conflicto entre ambos derechos fundamentales, opción argumentativa por la cual el Tribunal Constitucional no se inclina, según se verá.

En este caso, contestan el traslado no sólo la AFP recurrida sino que, también, el Presidente de la República, lo que no deja de llamar la atención, ya que es poco frecuente que ello ocurra en sede de inaplicabilidad. Así, el Jefe del Estado caracteriza el sistema de capitalización individual en base a tres pilares

básicos que lo sostienen: solidario, contributivo obligatorio y voluntario y que, lejos de estar entregado a la lógica del mercado es altamente regulado, no obstante lo cual reconoce que, actualmente, se discute una reforma al mismo en el Congreso Nacional.

Para el Presidente de la República resulta indiscutido el dominio de los afiliados sobre sus fondos de pensiones, pero, a diferencia de lo planteado por la recurrente de protección, su uso, goce y disposición se encuentra dirigido por el legislador, subordinado a la función social que lo limita y sin afectar su contenido esencial.

Concluye afirmando que no existe norma especial que permita el retiro de los fondos previsionales y, si ella existiera, significaría abolir las cotizaciones previsionales (obligatorias) impidiendo al Estado cumplir el rol que le asigna el artículo 19 N° 18° de la Carta Fundamental en cuanto a la garantía del derecho a la seguridad social.

Por su parte, la parte recurrida -AFP Cuprum- observa que la finalidad que la recurrente de protección persigue con la solicitud de retiro de sus fondos previsionales no es una que sea propia de la seguridad social. Aún más, atribuye a la Corte de Apelaciones de Antofagasta la pretensión de privar a la recurrente de protección de su derecho a la seguridad social, que se realiza a través de una pensión mensual de vejez, lo que vulneraría el artículo 19 N° 18° constitucional. Lo anterior, sin considerar también que, a través de la cotización obligatoria, se impone una limitación a la libre disposición de los bienes del trabajador, por lo que bien puede sostenerse que se trata de una propiedad que nace afectada y que, claramente, se inserta dentro de la función social del dominio. Culmina argumentando que lo que se persigue, en la especie, es una declaración de inconstitucionalidad del sistema de capitalización individual consagrado en el Decreto Ley N° 3.500, de 1980, favoreciendo una deconstrucción del sistema de seguridad social.

### 3. LA SENTENCIA

#### **3.1 Inconstitucionalidad del sistema de pensiones contemplado en el Decreto Ley N° 3.500, de 1980**

Es importante destacar, en primer término, que la sentencia acoge lo planteado por AFP Cuprum en el sentido que el requerimiento de la Corte de Apelaciones de Antofagasta pretende un cuestionamiento genérico del Decreto Ley N° 3.500, de 1980 (considerando 2°). No obstante, resulta claro que,

aplicando el principio *pro actione o pro requirente*<sup>3</sup> -en cuanto especificación del principio *pro homine*- entra, igualmente, a pronunciarse sobre la inaplicabilidad deducida entendiendo que la referida Corte precisa, en su requerimiento, los tres preceptos de ese cuerpo legal -artículos 23, 34 y 51- sobre los que recaen sus reproches de inconstitucionalidad.

Este punto es relevante, pues luego de dictada y notificada la sentencia del Tribunal Constitucional, la Corte de Apelaciones de Antofagasta resuelve el recurso de protección<sup>4</sup>, acogiéndolo, y desarrollando argumentaciones sobre el mérito del sistema de capitalización individual vigente en nuestro país que repiten, sustancialmente, la fundamentación contenida en su acción de inaplicabilidad. Ello, estimando que el análisis de la “arbitrariedad” del acto que motiva un recurso de protección no sólo importa analizar si existe una actuación carente de sentido o de razonabilidad, sino que involucra, además, la consideración de criterios de justicia material que lleven, efectivamente, al amparo del derecho supuestamente vulnerado. Particularmente, resulta revelador el considerando decimocuarto de dicha sentencia que afirma: *“En este caso concreto, no puede concluirse que exista sensatez o medidas adecuadas en el Sistema de Pensiones respecto de una trabajadora que a la luz de las cotizaciones efectuadas que equivalen nada menos que al 10% de su remuneración, durante dieciocho años,, no le permitan una jubilación suficiente para sufragar su crédito hipotecario, manteniendo sí el lucro de las Administradoras de Fondos de Pensiones como también el de Bancos e Instituciones Financieras para adquirir una vivienda, lo que significa que su detrimento ha sido en beneficio de estas instituciones sin la debida correspondencia, no obstante el imperativo del Constituyente en su artículo 19 N° 18 que establece la garantía fundamental del Derecho a la Seguridad Social (...).”* En el considerando siguiente alude a las proposiciones para mejorar el actual sistema de capitalización individual en materia de pensiones *“que reconocen la necesidad del aporte directo indirecto del Estado, como también de los empleadores y, por lo mismo, resulta poco prudente y arbitrario que un trabajador actual (...) haya terminado en un sistema, que en este caso particular, genera una injusticia que obliga al tribunal a adoptar las medidas necesarias para restablecer el imperio del derecho y decretar lo correspondiente para proteger al afectado.”*

Esta sentencia fue revocada por la Corte Suprema, con fecha 25 de agosto de 2020,<sup>5</sup> destacando la prevención del abogado integrante Pedro Pierry, en orden

<sup>3</sup> El principio *pro requirente*, según Carlos Carmona, “consiste en que el Tribunal no exige requisitos para admitir válidamente un requerimiento a tramitación o interpreta, para declararlo procedente, dichos requisitos a favor de quienes requieren.” ZÚÑIGA (2009), p.372.

<sup>4</sup> Corte de Apelaciones de Antofagasta, sentencia rol N° 2797-2019, de 17 de junio de 2020. revocada por sentencia de la Corte Suprema, rol N° 76.580-2020, de 25 de agosto de 2020.

<sup>5</sup> Sentencia de la Corte Suprema, rol N° 76.580-2020.

a que “*al acoger el recurso de protección la Corte de Apelaciones de Antofagasta ha fallado contra texto expreso, excediendo las facultades legales y constitucionales entregadas al Poder Judicial*” (p. 7).

### 3.2 Infracción al derecho a la seguridad social

La sentencia del Tribunal Constitucional, de 14 de mayo de 2020, concentra su razonamiento en la infracción al derecho a la seguridad social asegurado en el artículo 19 N° 18° de la Carta Fundamental, entendiendo que el impedimento que la afiliada a AFP Cuprum tiene para retirar sus fondos previsionales fluye de un cuerpo normativo que establece un sistema de pensiones (c. 4°).

En lo que se refiere a la primera vulneración constitucional, y de los razonamientos desarrollados en los considerandos 5° a 31° de la sentencia, interesa destacar el profundo análisis que ella realiza respecto del sistema de seguridad social regulado en el Decreto Ley N° 3.500, de 1980, que se caracteriza por ser de carácter contributivo, en cuanto a las prestaciones que otorga, y de capitalización individual, en cuanto al régimen financiero que lo regula. Adicionalmente, los fondos previsionales a que da origen están destinados a financiar la vejez, la sobrevivencia y la invalidez (c. 13°). Dicho sistema convive con un sistema de reparto administrado hoy por el Instituto de Previsión Social (antiguo sistema de pensiones) y con un régimen especial de reparto para los miembros de las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad Pública (c. 14°). Finalmente, se indica que la Ley N° 20.555, de 17 de marzo de 2008, creó un sistema de pensiones solidarias de vejez e invalidez, destinado a complementar el sistema creado por el Decreto Ley N° 3.500, financiado con recursos del Estado y que es administrado también por el Instituto de Previsión Social (c. 16°).

El Tribunal Constitucional reitera su jurisprudencia previa que distingue entre “fondos previsionales” y “cotización” del afiliado. Los primeros confieren a su titular un derecho de propiedad sobre dichos fondos previsionales. En cambio, la “cotización” obligatoria de los afiliados les confiere el derecho de exigir al empleador el cumplimiento del deber de retenerlas, declararlas y depositarlas en dicho fondo o en cualquier organismo previsional que establezca la ley (c. 22°).

Al mismo tiempo, la magistratura constitucional se encarga de precisar que la verdadera garantía que otorga el artículo 19 N° 18° de la Carta Fundamental a todas las personas consiste en garantizar el acceso de todos los habitantes a prestaciones básicas y uniformes y supervigilar el adecuado ejercicio del derecho a la seguridad social. Por lo tanto, el Tribunal entiende que hay aquí un mandato constitucional en orden a que el Estado asuma un rol activo, aun cuando no pueda exigirse una determinada y específica

forma de comportamiento del mismo en la protección del derecho a la seguridad social (c. 18°). E independientemente del sistema que adopte el legislador de quórum calificado para hacer efectiva la garantía del derecho a la seguridad social -a través de instituciones públicas o privadas-, el Estado está obligado a controlar su debido funcionamiento (c. 21°).

Asimismo, si se atiende a la esencia del derecho a la seguridad social habrá que concluir, como ya lo había declarado la sentencia Rol N° 1710, que comprende los principios de solidaridad, universalidad, igualdad y suficiencia y unidad o uniformidad, que también se aplican al derecho a la salud. A juicio del Tribunal, estos principios forman parte de la esencia del derecho que se analiza, aun cuando el texto de la Carta de 1980 haya omitido su mención expresa, a diferencia de lo que ocurría en el Acta Constitucional N° 3, de 1976 (c. 23°).

Ahora bien, y en lo que atañe al planteamiento de la requirente de inaplicabilidad, el Tribunal afirma que el único destino de los fondos previsionales regulados por el Decreto Ley N° 3.500, es cubrir las prestaciones que él contempla precisando, además, que en los beneficios que otorga un sistema de seguridad social hay un interés general comprometido. Agrega que “si tales fondos se destinaran a otros objetivos, el Estado -a través de una sentencia judicial- atentaría en contra de su propio deber de supervigilar el adecuado ejercicio del derecho a la seguridad social, renunciando así a su obligación de velar porque los afiliados al sistema enfrenten adecuadamente sus estados de necesidad” (c. 30°).

Otro de los puntos relevantes de la argumentación del Tribunal en este acápite tiene que ver con la calificación de “patrimonio de afectación” de estos fondos previsionales que parten configurándose con la cotización extraída de la remuneración devengada en favor del afiliado y que, junto a la rentabilidad que vaya produciendo la inversión de los mismos, “*constituye un patrimonio independiente y diferente del patrimonio de la sociedad administradora de esos fondos*” (c. 50°). Consecuentemente, la obligación de enterar determinadas sumas de dinero de propiedad del trabajador para acumular fondos que permitan cubrir necesidades derivadas de la seguridad social, por ejemplo, mediante pensiones de vejez o prestaciones de salud, se encuentra directamente contemplada por la Constitución con una habilitación al legislador para que así lo determine y que, de ser adoptada por éste, implicará destinar esos recursos a las contingencias correspondientes, sin que ellos puedan ocuparse para una finalidad diversa (c. 53°).

De la misma manera, aun cuando la administración de los fondos previsionales que se originan en las cotizaciones establecidas por la ley sea asumida por un tercero, ese dinero que se acumula en la cuenta de capitalización individual se encuentra afecto a los fines propios de la seguridad social, esto es

a las contingencias que puedan afectar al trabajador como ocurre con la vejez, la invalidez o la sobrevivencia. Destinar esas sumas a finalidades distintas, por muy graves y urgentes que puedan parecer, lesiona el derecho a la seguridad social, pues deja en una situación de desprotección al afectado.

De esta manera, el Tribunal Constitucional desestima que la aplicación de los preceptos impugnados del Decreto Ley N° 3.500 produzca una infracción al derecho a la seguridad social afirmando que éste supone que el retiro, total o parcial, de los fondos previsionales sólo procede -excepcionalmente- en aquellos casos en que el legislador lo ha autorizado<sup>6</sup> y cuando detrás de ello existan motivos de seguridad social.

### 3.3 Infracción al derecho de propiedad

El Tribunal Constitucional afirma que los recursos que forman parte de la cotización y que se incorporan a la cuenta de capitalización individual de los afiliados al sistema de AFP, junto con los que sean producto de la rentabilidad que produzca la inversión de tales dineros, son de su propiedad (c. 36°). En este sentido no hace sino reafirmar su jurisprudencia previa consignada en las sentencias roles N°s 334, 576 y 3058. En esta última se afirmó, además, que estos dineros de propiedad del trabajador se encuentran amparados por la garantía del derecho de propiedad asegurada en el artículo 19 N° 24° de la Carta Fundamental.

Asimismo, sostiene que la aplicación de los artículos 23, 24 y 51 del Decreto Ley N° 3.500, en la gestión pendiente ante la Corte de Apelaciones de Antofagasta, no resulta contraria al derecho de propiedad asegurada por la Constitución, pues ella misma ha autorizado al legislador para establecer cotizaciones, cuyo objeto es garantizar efectiva y adecuadamente prestaciones de seguridad social. De allí se seguiría que los fondos previsionales de propiedad del afiliado constituyen, en el sistema de capitalización individual regulado por el Decreto Ley 3.500, un patrimonio que tiene una destinación específica e inmodificable (c. 55°), que es garantizada precisamente por los preceptos legales que la Corte requirente reprochaba.

Desecha el Tribunal, en consecuencia, analizar la propiedad de los fondos previsionales bajo la perspectiva de la función social del derecho de propiedad que

---

<sup>6</sup> La sentencia cita como ejemplo de un caso excepcional en que se permite el retiro de los fondos previsionales el de la Ley N° 18.156, referente a los trabajadores extranjeros que registren cotizaciones en una Administradora de Fondos de Pensiones y quienes pueden solicitar la devolución de los fondos previsionales que hayan depositado siempre que se encuentren afiliados a un régimen de previsión o de seguridad social fuera de Chile, cualquiera sea su naturaleza jurídica, y que le otorgue prestaciones, a lo menos, en caso de enfermedad, invalidez, vejez o muerte y siempre que, en el contrato de trabajo respectivo, se haya expresado la voluntad de mantener la afiliación requerida (c. 54°).

había sido planteada por la propia Corte requirente, por el Presidente de la República y por AFP Cuprum, lo cual nos parece una omisión procesal, desde el momento que toda sentencia debe pronunciarse sobre los distintos argumentos que hayan sido planteadas por las partes (artículo 170 N° 6° del Código de Procedimiento Civil), aun cuando sea para descartarlos conforme a su mérito.

Para el ex Presidente del Tribunal Constitucional, Juan Colombo Campbell, la necesidad de que la sentencia se ajuste a lo planteado por las partes determina la competencia específica de éste. Citando al Tribunal Constitucional de España ha recordado que “el vicio de incongruencia entendido como el **desajuste entre el fallo judicial y los términos en que las partes formularon sus pretensiones**, concediendo más o menos o cosa distinta de lo pedido, puede entrañar una vulneración del principio de contradicción constitutiva de una efectiva denegación del derecho a la tutela judicial siempre y cuando la desviación sea de tal naturaleza que suponga una sustancial modificación de los términos en que discurra la controversia procesal.”<sup>7</sup> (Énfasis agregado).

Con todo, es necesario consignar que la prevención de los Ministros Gonzalo García y Nelson Pozo sí se hace cargo del razonamiento fundado en que el impedimento de retiro de los fondos previsionales de la recurrente de protección para financiar fines distintos a los derivados de la seguridad social pueda considerarse una limitación al derecho de propiedad de la afiliada fundada en su función social. Terminan descartando este argumento después de haber sostenido que los límites referidos a dicha función social son límites internos, esto es, que forman parte del mismo derecho de propiedad al que atribuyen una raigambre civilista que no resulta congruente con el status de protección que debe tener en el nivel constitucional. En cambio, en este caso, el límite que experimenta la recurrente de protección sobre la propiedad de sus fondos previsionales viene dado por un límite externo al mismo derecho como es el derecho a la seguridad social.

## 4. COMENTARIOS

### 4.1 Naturaleza de la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad

Un primer aporte de la sentencia que se ha reseñado es contribuir a perfilar la verdadera naturaleza de la acción de inaplicabilidad. Ello, con ocasión de un requerimiento originado en una Corte de Apelaciones, esto es, en jueces ordi-

---

<sup>7</sup> COLOMBO CAMPBELL (2004), p. 71.

narios quienes, desde la reforma constitucional de 2005, carecen de la potestad de apreciar directamente la constitucionalidad de un precepto legal determinado debiendo someter la cuestión al Tribunal Constitucional en virtud del artículo 93 N° 6° de la Carta Fundamental.

Así, esta sentencia viene a confirmar que el juez ordinario carece, en la actualidad, de las potestades que le permitan realizar un control difuso de constitucionalidad inaplicando, para los casos concretos de que conozcan aquellos preceptos legales que, en su concepto, contraríen la Constitución. Como ha señalado el profesor y Ministro del Tribunal Constitucional Rodrigo Pica, si el constituyente confirió al Tribunal Constitucional la facultad de controlar la constitucionalidad de la ley en forma expresa, y no lo hizo con otros órganos, hemos de entender que el juez común no está habilitado para decidir la inconstitucionalidad de la aplicación de uno o más preceptos legales en el asunto concreto de que conoce, lo que es acorde con el principio de competencia, que establece que los órganos del Estado, judicatura inclusive, no tienen más facultades que las expresamente conferidas por la constitución y las leyes. De esta forma, la reforma constitucional de agosto de 2005 ha transformado derechamente al juez ordinario en sujeto legitimado para plantear la cuestión de inaplicabilidad.<sup>8</sup>

Volviendo a la sentencia, ésta precisa que, por la vía de la inaplicabilidad por inconstitucionalidad de uno o varios preceptos legales, no se pueden efectuar planteamientos: a) genéricos; b) abstractos y c) que impugnen el mérito de una opción decidida por el legislador. Este último punto es especialmente relevante en este caso, pues la lectura del requerimiento de la Corte de Apelaciones de Antofagasta, de 17 de septiembre de 2019, muestra que lo que se planteaba al Tribunal Constitucional era un cuestionamiento integral al sistema de pensiones basado en la capitalización individual y que está destinado a cubrir contingencias específicas de la seguridad social como la vejez, la sobrevivencia y la invalidez.

Y cabe recordar, en este punto, que la inaplicabilidad es un control concreto de constitucionalidad de uno más preceptos legales vigentes. Es por ello que las características precisas del caso concreto a que se refiere la gestión judicial pendiente deben ser particularmente ponderadas para decidir la cuestión de inaplicabilidad planteada. Ello obliga, a juicio del profesor Jorge Correa Sutil, a “revisar sus peculiares características y a advertir que ello califica una razón más para el efecto relativo de las sentencias, no sólo por ser el fallo particular y de inaplicabilidad y no general y de inconstitucionalidad, sino porque debiendo

---

<sup>8</sup> PICA (2010), p. 49.

considerarse las peculiares características del caso para apreciar si se verifica el efecto contrario a la Constitución, la variación de esas circunstancias en otro caso puede determinar que igual precepto no produzca los efectos inconstitucionales que se apreciaron en el caso precedente.”<sup>9</sup>

En base a lo señalado, creemos que el Tribunal Constitucional se enfrentó a una difícil tarea en la sentencia que comentamos, pues consciente de que los razonamientos de la Corte de Apelaciones de Antofagasta eran más propios de una inconstitucionalidad que de una inaplicabilidad, se vio obligado a precisar, en el considerando vigésimo segundo, que no correspondía realizar un control abstracto de las normas reprochadas como lo sugería la Corte requirente.

#### **4.2 La configuración constitucional del derecho a la seguridad social como un derecho de carácter social**

El Tribunal Constitucional afirma, en su sentencia, que el derecho a la seguridad social es un derecho de carácter social respecto del cual el Estado tiene obligaciones precisas y determinadas que se fundan en que está al servicio de la persona humana y que tiene como fin propender al bien común (artículo 1º, inciso cuarto, de la Carta Fundamental). Así, en la actual configuración constitucional, el Estado debe garantizar el acceso de todos los habitantes a prestaciones básicas uniformes como supervigilar el adecuado ejercicio del derecho a la seguridad social, ya sea que éste se ejerza por instituciones públicas o privadas como las Administradoras de Fondos de Pensiones (c. 8º).

Conforme a esas bases, dentro del sistema de seguridad social chileno, pueden existir distintos modelos según el régimen económico y financiero que los regula correspondiendo el sistema administrado por las AFP a uno de carácter contributivo, en cuanto a las pensiones que otorga, y de capitalización individual, en cuanto al régimen financiero que lo regula (c. 13º). En este contexto, la coexistencia de diversos modelos es parte del sistema de seguridad social que impera en nuestro país.

Interesante resulta también la afirmación contenida en la sentencia en orden a que la verdadera garantía del derecho a la seguridad social -como derecho social- radica en los deberes que se imponen al Estado en el artículo 19 N° 18º de la Constitución como el de asegurar el acceso a prestaciones básicas uniformes que ya se ha mencionado. Para el Tribunal Constitucional, este deber estatal envuelve el “principio de suficiencia o solvencia” que ya había anticipado en su sentencia recaída en el Rol N° 1710. Este principio persigue

---

<sup>9</sup> CORREA SUTIL (2011), p. 55.

que los regímenes previsionales cubran en la forma más amplia la respectiva contingencia social, de manera tal que no se afecte gravemente la capacidad de consumo de quien la sufre (c. 24°). Esta argumentación resultará decisiva para estimar que no puede propiciarse una interpretación de este derecho fundamental que afecte este principio constitutivo de su misma esencia en términos de que una persona quede desprovista de la protección que debe brindarle el sistema de seguridad social frente a una contingencia social que la afecte como ocurre con la vejez.

Por lo demás, la obligación de respetar el contenido esencial de los derechos sociales (junto a los económicos y culturales) no busca garantizar que se garantice su plena satisfacción sino que, más bien, que se impida al Estado que permita que una persona o grupo de personas caiga por debajo de un nivel básico de vida que les permita reconocerse y ser reconocidas como personas dignas de igual respeto y consideración por las demás.<sup>10</sup> Así, puede sostenerse que los derechos sociales, como el derecho a la seguridad social, son una particular expresión de la dignidad humana en la dimensión de un mínimo vital asegurado para cada quien.

No debe olvidarse, a su turno, que el respeto al contenido esencial de los derechos constituye, entre nosotros y siguiendo al modelo alemán, un coto vedado al legislador a la hora de regular, complementar o limitar los derechos fundamentales de conformidad con lo previsto en artículo 19 N° 26° de la Constitución.

Por otra parte, debe celebrarse la cita efectuada por el Tribunal Constitucional respecto de la Observación General N° 19, del año 2007, de la Comisión de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU, pues el aporte del Derecho Internacional de los Derechos Humanos ha resultado decisivo para ir configurando el alcance de los derechos sociales y favoreciendo su justiciabilidad a partir de principios como el de la suficiencia y el de la no regresividad o progresión.<sup>11</sup> La consideración de este tipo de criterios parece insoslayable para los jueces constitucionales de hoy, pues es evidente que la estandarización de criterios como los expuestos ayudan al desarrollo del constitucionalismo multinivel, esto es, a que el acervo constitucional de cada uno de nuestro Estados se vaya acercando a la idea de “mínimos comunes” que tan de moda han estado en nuestro país en el último tiempo.

Los Ministros García y Pozo, por su parte, extienden, en su voto particular, el razonamiento sobre el derecho a la seguridad social a cuestiones de mérito

---

<sup>10</sup> ESPEJO (2009), p. 37.

<sup>11</sup> STEWARD (2012), p. 24.

como “la actual insuficiencia del sistema de capitalización individual” (c. 74 de su prevención), sin perjuicio de reiterar las consideraciones de la jurisprudencia previa del Tribunal Constitucional relativas a la esencia de este derecho. Del mismo modo, coinciden con la argumentación de la mayoría en el sentido que la disponibilidad de los fondos previsionales es de resorte del legislador sin que, en el caso concreto sometido a la decisión del Tribunal exista una norma habilitante en tal sentido.

### 4.3 ¿Dos sentencias en una?

La comunidad jurídica chilena ya se ha acostumbrado a las sentencias constitucionales complejas, no tanto por las materias que involucran, como por la cantidad de votos particulares que dificultan la comprensión de la argumentación que resuelve el conflicto que se ha sometido al Tribunal.

La lectura de la sentencia estudiada deja la sensación de que se incluyen dos sentencias diferentes en una sola. Por un lado, tenemos la sentencia de la mayoría de los Ministros (6) acompañada de una escueta prevención del Ministro Aróstica que aporta una interesante reflexión sobre la doble finalidad que tendría la cotización en materia de seguridad social. Por otro lado, la prevención de los Ministros Gonzalo García y Nelson Pozo reitera varios de los argumentos y consideraciones ya expuestas por la mayoría de los Ministros, por ejemplo en torno a las características que configuran la esencia del derecho a la seguridad social, dando la sensación de que es un voto totalmente separado y paralelo que no conversa con la sentencia como sería esperable en una prevención. Incluso critica la no utilización, por la mayoría, de un epígrafe dedicado exclusivamente a consignar los “criterios interpretativos” por los que se guiará la sentencia, estándar que, históricamente, no ha formado parte necesaria de la estructura de los fallos constitucionales si dichos criterios se desprenden del mismo razonamiento como ocurre en este caso.

No caben dudas de que esta técnica de incluir “dos sentencias” en una misma resolución no colabora a la necesaria comprensión del conflicto jurídico ni de su solución y extiende, innecesariamente, la longitud de las sentencias. Al mismo tiempo, revela una falta de esfuerzo, por parte del Tribunal, para integrar los razonamientos basales en la sentencia, de modo que los votos particulares se limiten a reflejar leves matices o, derechamente, una disidencia cuyos fundamentos se construyan a partir de la propia sentencia. Hay, por tanto, un interesante trabajo que aún puede realizar, a nuestro juicio, el Tribunal Constitucional para que sus decisiones sean debidamente comprendidas por la comunidad jurídica y la opinión pública en general.

#### 4.4 Falta de imperio de las sentencias del Tribunal Constitucional

El Mensaje que dio inicio al proyecto de ley modificatorio del Tribunal Constitucional, firmado por el Presidente Ricardo Lagos, en diciembre del año 2005, incluía una norma en el inciso segundo de su artículo 31, según la cual “Los órganos del Estado están obligados al cumplimiento de lo que el Tribunal resuelva”<sup>12</sup>. Con ello se otorgaba un necesario efecto vinculante a las sentencias del Tribunal Constitucional respecto de todos los órganos del Estado. No obstante, esa norma fue suprimida en el debate sostenido en la Cámara de Diputados.

El requerimiento que ha dado origen a la sentencia rol N° 7442 ha hecho necesario invocar nuevamente esa norma contenida en el primitivo proyecto modificatorio de la ley orgánica constitucional del Tribunal Constitucional, pues ya se ha sostenido que, pese a la sentencia de rechazo del requerimiento deducido por la Corte de Apelaciones de Antofagasta, ésta igualmente, procedió a fallar el recurso de protección que constituía la gestión pendiente como si no existiera sentencia de inaplicabilidad. Esto es, prescindiendo de la *ratio decidendi* de la sentencia constitucional que había dejado claramente establecido que no se podían retirar los fondos previsionales de una persona afiliada a una AFP, que siendo de su propiedad, estaban, no obstante, destinados al cumplimiento de una finalidad específica relacionada con la seguridad social y, específicamente, con la contingencia de la vejez. Como se comentó el fallo estimatorio de protección tuvo que ser revocado, en definitiva, por la Corte Suprema restableciendo el imperio de la interpretación efectuada por el Tribunal Constitucional.

Así, la situación producida después de notificada la sentencia rol N° 7442 da para pensar si, en una próxima modificación de la ley orgánica del Tribunal Constitucional, puede incluirse la norma que fue descartada en la reforma del año 2010<sup>13</sup> o, aun mejor, si ella puede revestir rango constitucional a fin de asegurar el imperio de las sentencias emanadas de dicha magistratura.

<sup>12</sup> Biblioteca del Congreso Nacional. Historia de la Ley N° 20.381, modifica la Ley N° 17.997, orgánica constitucional del Tribunal Constitucional, p. 20.

<sup>13</sup> El artículo 113, inciso primero, del Código Procesal Constitucional del Perú señala que “La sentencia del Tribunal [Constitucional] vincula a todos los poderes públicos y tiene plenos efectos frente a todos.”

## BIBLIOGRAFÍA CITADA

- COLOMBO CAMPBELL, Juan (2004): Derecho Procesal Constitucional. Serie Cuadernos del Tribunal Constitucional, Santiago.
- CORREA SUTIL, Jorge (2011): Inaplicabilidad por inconstitucionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Editorial Abeledo Perrot, Santiago.
- ESPEJO YAKSIC, Nicolás et al. (2009): Manual sobre justiciabilidad de derechos sociales para jueces de Iberoamérica. Centro de Derechos Humanos, Universidad Diego Portales, Santiago.
- PICA F., Rodrigo (2010): Control jurisdiccional de la ley en Chile. Los procesos de inconstitucionalidad y de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de competencia del Tribunal Constitucional. Ediciones Jurídicas de Santiago, Santiago.
- STEWART, Rebecca (2012): Los derechos económicos, sociales y culturales y el Derecho Internacional: Breve recuento de lecciones aprendidas. En: Aguilar Carvalho, Gonzalo (Coordinador). Derechos económicos, sociales y culturales en el orden constitucional chileno. Editorial Librotecnia, Santiago.
- ZÚÑIGA, Francisco (2009): El principio pro requirente en la sentencia del Tribunal Constitucional sobre la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional. En: Revista Estudios Constitucionales, Año 7 N° 2, Talca.