

## IV

COMENTARIO A LA SENTENCIA  
DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL  
SOBRE "PERSEGUIDORAS"

1. Expresión de la coyuntura institucional que habrá de tener a su vez amplia influencia en su posterior desarrollo representa, sin duda, el fallo dictado el 16 de julio de 1982 por el Tribunal Constitucional respecto del proyecto de ley interpretativo sobre el problema de las perseguidoras.

2. Es, por cierto, una cuestión opinable de bien común apreciar si es o no justo que a personas que han entregado prolongadamente lo mejor de su vida al servicio público o se hubieren inutilizado en el ejercicio de tareas de esa índole, alcanzando en él las más altas responsabilidades, se otorgue pensión jubilatoria que asegure mantener posición económica semejante a aquella de que disfrutaban quienes más adelante efectúan tareas similares a las que ellas realizaron.

En nuestra comunidad nacional prevaleció el concepto de que reconocer ese principio era conveniente y aconsejable y tal fue el fundamento de que se fueran dictando diversas normas legales encaminadas a implantarlo, carácter que tuvieron, en su manifestación más general, las reglas pertinentes del Estatuto Administrativo (D.F.L. 256 de 1953 y después D.F.L. 338 de 1960).

Es del caso confesar que se fueron dirigiendo críticas a esa institución que revistieron mayor fundamento en la medida en que los propios términos de los preceptos que consagraban esas llamadas pensiones perseguidoras no se ajustaban a su inspiración esencial inicial, al darles paso incluso en circunstancias que no parecían concordar con su objetivo básico, como cuando se otorgaban sin la exigencia de un largo tiempo servido o luego del desempeño de cargos que no involucraban muy alta responsabilidad.

Las críticas a que me he referido y la atenuación de los requisitos habilitantes para la obtención de pensiones perseguidoras, se tradujo en la promulgación de numerosos textos que buscaban

restringir las situaciones en que podían concederse o disminuir el alcance del beneficio otorgado, subiendo, por ejemplo, el número de años de servicio que podían fundamentarlas o privándolas de partes de la remuneración pagada a los funcionarios en servicio activo consideradas como no imponibles o limitando la pensión sólo a un porcentaje de las remuneraciones imponibles, como el 70% de éstas. No es del caso hacer aquí un recuento preciso de todas las fórmulas acogidas y de los textos que las consagraron.

El continuado disfavor con que se observan las pensiones perseguidoras culmina con la eliminación de ellas y con el sometimiento de todas las jubilaciones a un mismo sistema general de reajuste fundado en la variación del poder adquisitivo a través de los decretos leyes 2.448 y 2.547.

3. La aplicación de las normas legales que fueron alterando el significado de las pensiones perseguidoras originó problemas interpretativos en cuanto a si las alteraciones que se introducían podían o no afectar a las pensiones ya otorgadas al amparo de la legislación existente con anterioridad al respectivo cambio normativo. La jurisprudencia nacional fue, sobre todo al comienzo, concluyente para afirmar que las jubilaciones ya concedidas conforme a un estatuto comprensivo de su reajustabilidad debían comprender su reajuste con los beneficios dados por leyes posteriores al personal en actividad o no podían verse afectadas por nuevos preceptos que impusieran para gozar de ellas otros requisitos que los vigentes al tiempo de su otorgamiento.

No cabe tampoco en el marco de este comentario mencionar las sentencias que afirmaron esa doctrina ni las que lo hicieron en términos menos seguros o adversos que se citan en el considerando decimoséptimo del fallo que motiva estas notas.

4. Coronación de esa política "persecutoria" de las "perseguidoras" es el decreto ley 3.444 de 1º de julio de 1980, que en ejercicio de la potestad constituyente, y en relación al Acta Constitucional N° 3, estableció:

"Declárase, interpretando el N° 16 del artículo primero, que, en materia de seguridad social, esta garantía sólo ampara el otorgamiento del respectivo beneficio y el monto global que éste hubiere alcanzado, pero no se extiende a los sistemas de actualización o reajuste".

Es importante recordar el fundamento de la aclaración introducida al Acta N° 3, que dice:

"Esta aclaración se formula considerando que: Una reiterada jurisprudencia administrativa y judicial ha establecido que los beneficiarios de pensiones gozan del amparo constitucional del derecho de propiedad respecto del monto de la correspondiente franquicia, así como de los reajustes legalmente devengados que, por esa circunstancia, han pasado a conformar la pensión misma; pero que, en lo concerniente a los reajustes futuros, ellos constituyen meras expectativas que, por lo mismo, pueden ser modificados o suprimidos por imperio de las normas legales de derecho público que los regulan".

5. En la historia de la ley interpretativa que en esta oportunidad comentamos, no puede dejar de anotarse que don Juan Hernández Valeze y otros jubilados por invalidez de las Fuerzas Armadas demandaron al Fisco para que se les reconociera su derecho a gozar las remuneraciones señaladas en la nueva escala de sueldos contenidas en el D.L. 2.546 de 9 de febrero de 1979.

El Fisco sostuvo que derogado el sistema de reajustabilidad de las perseguidoras por D.L. 2.448, debían ellas someterse a las normas generales de reajustabilidad de todas las pensiones fijadas en el D.L. 2.547, de manera que a los demandantes no les favorecía la nueva escala de sueldos otorgada al personal en actividad por el D.L. 2.546.

El Magistrado del Tercer Juzgado Civil de Santiago don Héctor Retamales Reynolds, por sentencia del 18 de junio

de 1980, acogió la demanda y argumentó que "el derecho de los demandantes a reajustar sus pensiones en todo momento a los sueldos del personal en actividad, debe entenderse incorporado a su patrimonio en forma definitiva y permanente, razón por la cual, y de conformidad a los principios de irretroactividad de la ley, la legislación posterior no puede afectar este derecho ya adquirido por los demandantes" (Cons. 9).

Una sala de la Corte de Apelaciones de Santiago formada por los Ministros Efrén Araya y Alberto Chaigneau e integrante Orlando Alvarez, ratificó enfáticamente tal doctrina al confirmar el fallo del juez el 12 de diciembre de 1980 y desestimó todo efecto en el caso al D.L. 3.444 interpretativo del Acta N° 3.

El Fisco formalizó recurso de casación en el fondo que fue resuelto por la Corte Suprema desechándolo el 20 de abril de 1982, en atención a no darse por infringido el precepto que en la realidad se había aplicado.

Esta decisión de la Corte Suprema pudo ser considerada por quienes se encontraban en situaciones jurídicas semejantes como una confirmación implícita de la tesis de los jueces sentenciadores que les abría una seria posibilidad de éxito en la que estimaran justas pretensiones.

6. En estas circunstancias, la Junta de Gobierno somete a examen del Tribunal Constitucional el siguiente proyecto de ley interpretativa constitucional:

"Declárase, interpretando el alcance de la garantía constitucional del derecho de propiedad prevista y regulada por los arts. 10 N° 10 de la Constitución Política de 1925, 1° N° 16 del Acta Constitucional N° 3 de 1976, mientras dichos preceptos tuvieron vigencia, y 19 N° 24 de la Constitución Política vigente, que, en materia de pensiones integrantes de un sistema de seguridad social, cualquiera sea su naturaleza, y aún cuando aquellas pensiones revistan carácter indemnizatorio, esta garantía sólo ha amparado y ampara el otorgamiento del respectivo beneficio y el monto global que éste hubiere alcanzado, pero no se ha extendido ni se extiende a los sistemas de actualización, reajustabilidad,

reliquidación u otra forma de incremento o base referencial de cálculo".

"Consecuencialmente, los decretos leyes Nos. 2.448 y 2.547, de 1969, y demás disposiciones de semejante naturaleza que derogaron los regímenes de reajustabilidad de pensiones e indemnizaciones de carácter previsional, han producido válidamente, desde la fecha de su vigencia, todos sus efectos propios, habiendo quedado derogadas, en su virtud, todas las normas sobre actualización, reajustabilidad, reliquidación u otra forma de incremento de pensiones integrantes de un sistema de seguridad social, sin excepción alguna, incluso respecto de las pensiones otorgadas con anterioridad a la vigencia de dichos textos legales".

7. En su sentencia de 16 de julio de 1982, el Tribunal declara:

"1. Que el inciso 1° del artículo único del proyecto de ley de que se trata, en cuanto interpreta la garantía constitucional del derecho de propiedad prevista y regulada en el art. 19 N° 24 de la Constitución vigente, es constitucional;

2. Que el Tribunal carece de atribuciones para pronunciarse sobre el referido inciso 1 del proyecto de ley remitido, en la parte que interpreta la garantía constitucional del derecho de propiedad contemplada en los artículos 10 N° 10 de la Constitución Política de 1925 y 1 N° 16 del Acta Constitucional N° 3 de 1976; y

3. Que el Tribunal carece de atribuciones para pronunciarse sobre el inciso 2° del artículo único del proyecto de ley en referencia por estimar que su contenido no es materia propia de una ley interpretativa de la Constitución".

8. La ley 18.152 de 2 de agosto de 1982 tiene texto idéntico al del proyecto consultado y el Presidente de la República, al sancionarla y promulgarla, deja testimonio "de haberse dado cumplimiento a lo dispuesto en el N° 1 del art. 82 de la Constitución Política del Estado", que exige el control por el Tribunal Constitucional de las leyes que interpreten algún precepto de ella.

9. Puede sintetizarse la sustancia doctrinaria de la sentencia del Tribunal

Constitucional en las siguientes proposiciones:

a) Por la unanimidad de los sentenciadores, el Tribunal se estimó competente para pronunciarse sobre el proyecto de ley interpretativa sometido a su examen, en relación con el N° 24 del art. 19 de la Carta Fundamental en vigencia.

Concordamos plenamente en este aspecto y suscribimos la fundamentación que, tocante a él, desarrollan los primeros siete considerandos del fallo. Para sostener esta competencia basta atenerse a lo dispuesto en los arts. 63, 82 N° 1 (e inc. 3), y 18 transitoria C de la Constitución de 1980 y art. 35 inc. 4 de la Ley 17.997;

b) El Tribunal Constitucional también por la unanimidad de sus falladores estimó dentro de la Constitución el proyecto interpretativo de ella que examina, en cuanto a que el alcance de la garantía del derecho de propiedad en materia de pensiones integrantes de un sistema de seguridad social, cualquiera que sea su naturaleza, y aún cuando aquellas pensiones revistan carácter indemnizatorio, sólo ha amparado y ampara el otorgamiento del respectivo beneficio y el monto global que éste hubiere alcanzado, pero no se ha extendido ni se extiende a los sistemas de actualización, reajustabilidad, reliquidación u otra forma de incremento o base referencial de cálculo.

Sobre este aspecto, que es el sustancial del propósito perseguido, daremos nuestro parecer más adelante.

c) Con el voto divergente del ministro señor Correa, la mayoría del Tribunal se reconoció incompetente para pronunciarse sobre el proyecto de ley interpretativo tanto en cuanto se refiere, en su inciso primero, a normas constitucionales ya sin vigencia, como en cuanto, consecuentemente, en su inciso segundo, reconoce validez y efectos a las normas legales que derogaron los regímenes de reajustabilidad, incluso respecto de las pensiones otorgadas con anterioridad a la vigencia de esas normas.

Daremos, pues, nuestra opinión, en primer término, sobre la sentencia, en los puntos b) y c) señalados, y, en segundo

lugar, sobre el precedente, que importa la gestación y el contenido de la ley 18.152.

10. Tratándose del problema jurídico, polémico y trascendente, de determinar si conforme a la Constitución de 1980 las pensiones perseguidoras pueden o no aprovechar de los beneficios introducidos por leyes posteriores a su otorgamiento, nos complace expresar nuestra total concordancia con el trabajo que, refiriéndose a la sentencia del Tribunal Constitucional y con el título de "Reajustabilidad de las Pensiones (Pensiones Perseguidoras)" ha dado a conocer el profesor de Derecho del Trabajo don Héctor Escribar Mandiola, que se inserta en la Revista Jurídica del Trabajo, Año LIII, N° 8, agosto de 1982.

Es, por cierto, indiscutible, como lo subraya reiteradamente la sentencia en exégesis, que el vínculo entre un funcionario público y el Estado, mientras se desarrolla su labor, cae en la esfera del derecho público y que, consecuentemente, el legislador está facultado para fijar o variar las remuneraciones, sin que, frente a tales alteraciones, provenientes de leyes que revisten índole puramente administrativa, puedan los funcionarios invocar derechos adquiridos que obstaculicen el pleno imperio de las normas posteriores que se dicten.

Cuestión diametralmente diferente es la situación que se genera cuando, terminados ya los servicios, el antiguo funcionario recibe una pensión que se incorpora plenamente a su patrimonio privado y que pasa a constituir, como derecho de propiedad, una partida de su activo que le permite gozar del bien dentro del régimen propio del estatuto legal conforme al cual le ha sido atribuido.

Si integra el estatuto legal que consagra la jubilación la facultad de reajustarla en forma de aprovechar los incrementos, reajustes o beneficios que lleguen a otorgarse con posterioridad al personal en servicio activo, tal facultad constituye, evidentemente, un derecho adquirido, del cual no puede ser privado en forma alguna, sin violar el derecho de propiedad, a menos que le sea expropiado.

Es inadmisibles calificar tal facultad como mera expectativa. Para afirmarlo, debe ella distinguirse de la eventualidad misma de su ejercicio, ya que puede ocurrir, en efecto, que, en definitiva, nunca llegue a ponerse en acción la facultad comprendida en el dominio, lo que ocurre si el legislador mantiene estable el estatuto legal con las bases existentes cuando se le confirió su pensión. La facultad de reajustar tendrá contenido y alcance práctico según las decisiones del legislador que lleguen a favorecer al personal activo. En este último sentido, desde un punto de vista económico, la facultad contiene una expectativa, pero ella misma, en su esencia, es un derecho.

Nos parece, pues, que se ha confundido lamentablemente, el aspecto jurídico con el económico cuando se ha llamado "mera expectativa", como opuesta a derecho adquirido, a la facultad comprendida en la jubilación, en cuanto, por cierto, no se sabe si el legislador va a dictar o no normas que lleguen a favorecer al personal en servicio activo. No en todo momento tiene, pues, un valor tangible y tasable el elemento facultativo de su contenido, pero la mera subsistencia, en el patrimonio del pensionado, de la potencialidad inserta como accesoria del derecho principal de la jubilación genera el beneficio, si ocurre la eventualidad prevista, como modalidad característica típica de tal especie de jubilación.

No es, así, lo mismo, reiteramos, el concepto de mera expectativa desde el punto de vista económico y de mera expectativa desde el punto de vista jurídico. No reviste, en consecuencia, en derecho, el carácter de mera expectativa, sino de facultad o atributo pleno del dominio el que, si ocurre la eventualidad de un mejoramiento dispuesto en favor del personal activo, de tal mejoramiento aproveche quien jubiló con anterioridad a la promulgación de la nueva ley, porque el beneficio no sólo deriva de ésta, sino de ella unida a la facultad incluida en el estatuto legal incorporado en el régimen jubilatorio.

Los argumentos que, para llegar a la conclusión sustancial de su fallo, hace valer el Tribunal Constitucional giran en

torno a dictámenes de la Contraloría General de la República y de algunas sentencias de la Corte Suprema que participan de la teoría que desarrolla, pero tales antecedentes no pueden ser determinantes en cuanto derivan de organismos que están en jerarquía jurídica inferior a la del Tribunal Constitucional y, principalmente, porque se han pronunciado bajo el imperio de ordenamientos constitucionales anteriores que no contemplaban, con el vigor y la claridad que manifiesta la Constitución de 1980, las bases del régimen de propiedad.

La sentencia transcribe el precepto constitucional que se trata de interpretar y sus antecedentes en cuanto dispone: "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 ley general o especial que autorice la expropiación . . .".

¿Podría alguien dudar que para un jubilado constituye atributo o facultad esencial de su pensión, si le ha sido otorgada con cláusula de reajuste, la certeza que le otorga de que gozará de las modificaciones favorables que se reconozcan al personal en actividad que esté desarrollando la misma tarea de servicio público, de la cual él se alejó?

La respuesta negativa brota espontánea de la misma experiencia que ha conocido el país y que ha creado el problema, si se piensa que se fue distanciando en tan alta proporción el estipendio de los cargos del servicio activo con el monto de las pensiones de quienes consagraron su vida a la misma función, que ha podido calificarse como incompatible con la justa pretensión de terminar la existencia en condiciones económicas adecuadas en relación a las que caracterizaron el desempeño público.

La omisión en la sentencia de toda reflexión sobre el sentido de las características del régimen de propiedad consagrado en la Constitución de 1980, se hace más patente si se recuerda que al constituyente no le bastó consignar la oración transcrita del número 24 del art. 19, sino que, con un feo pleonismo lingüístico, hoy "La Constitución asegura a todas las personas . . . 26. La seguridad de que los preceptos legales que por

mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que ésta establece o que las limiten en los casos en que ella lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio”.

11. El Tribunal Constitucional debe, a nuestro juicio, pronunciarse derechamente, en forma favorable o adversa, sobre todo el proyecto de ley que llega a su examen con la calificación de interpretativa de la Carta Fundamental, cualquiera que sea el contenido del proyecto y cualquiera que sea, por otra parte, el defecto que pueda apreciarse en su enunciación a la luz del ámbito y objetivo de una ley que deba considerarse como interpretativa de la Constitución. Coincidimos, así, con el punto de vista del Ministro Sr. Enrique Correa.

Si el proyecto llamado interpretativo, como sucedió en la especie, pretende interpretar normas constitucionales ya caducas, el Tribunal está obligado a rechazarlo con tal calidad. Tiene plena jurisdicción para ese objeto.

Si, por otra parte, como sucedió también en el caso, se ha querido dar carácter de interpretación constitucional al reconocimiento de validez y efecto de determinadas disposiciones de jerarquía legal, tal norma no cabe en la esfera de una ley de interpretación del sentido de una norma constitucional, porque el enfrentamiento entre preceptos legales y constitucionales, para reconocerles o negarles valor jurídico a aquéllos en cuanto conformes u opuestos a la Carta Fundamental, no involucra un problema de interpretación de una norma constitucional y está ya consagrado en la Carta el órgano que lo puede determinar y la atribución para hacerlo.

La razón de ser del establecimiento por el constituyente de 1980, del grado o escalón de la jerarquía normativa de las leyes interpretativas constitucionales, es asegurarse, en razón del alto quórum que exige su aprobación y del examen previo obligatorio del Tribunal Constitucional, que la sustancia preceptiva de una ley de esa especie se va a encuadrar certeramente en su objetivo espe-

cífico de esclarecer la letra de un precepto que está inserto en la Constitución.

El proyecto que se examinaba por el Tribunal, no ha podido entenderse comprendido en la esfera de una ley interpretativa, ya que no tiene ese objetivo ni esclarecer preceptos constitucionales ya sin vigor ni deducir consecuencias inherentes al deber de cumplimiento por el legislador de la sustancia ordenativa de la Carta Fundamental.

Que la ley interpretativa que se ha dictado está fuera de la órbita aceptable para este tipo de jerarquía normativa se afirma al constatar que la Constitución de 1980 no contiene ninguna disposición que trate específicamente de las pensiones del sistema de seguridad social, de manera que el problema de resolver la validez de las leyes que recaen en tal tópico, no incide en un asunto que haya sido elevado a rango constitucional, sino que en una materia de ley.

12. Si el fallo de mayoría del Tribunal Constitucional, en cuanto desconoce su competencia para pronunciarse sobre el proyecto que examinaba en los dos aspectos ya explicados es, en nuestra opinión, gravísimo como precedente que desnaturaliza la comprensión de la verdadera órbita de un cuerpo jurídico de ese rango, esa gravedad se hizo más profunda y trascendental al haberse mantenido y promulgado en su integridad el proyecto sometido a examen, sin variarlo de ningún modo, a pesar de que la mayoría del Tribunal le advirtió que no podía pronunciarse por falta de competencia, lo que debió entenderse como que los aspectos en que el Tribunal sostenía su falta de competencia, excedían la esfera de una ley interpretativa.

A nuestro parecer, el control entregado por la Carta de 1980, al Tribunal Constitucional sobre las leyes interpretativas de un precepto de ella misma, significa que no puede promulgarse como tal un proyecto al que ese tribunal le desconoce esa calidad específica.

Si se ha promulgado como interpretativo un proyecto mencionado con tal calidad, pero desconocido con ese carácter por el Tribunal, en los aspectos en que éste no se lo ha admitido, no es tal ley interpretativa y no podrá ella pro-

ducir los efectos jurídicos inherentes a ese rango. Los tribunales de todas las jurisdicciones y competencias podrán prescindir del contenido normativo de una interpretación constitucional que carece de la característica que se le ha atribuido al promulgarse.

Obsérvese que la función del Tribunal Constitucional en el control de las leyes interpretativas de la Carta traduce no sólo la necesidad de que en su contenido se manifieste un criterio o pauta interpretativa concordante con el contexto y el espíritu de la Ley Fundamental, sino, conjuntamente, con la necesidad de mantener la claridad del principio de la jerarquía normativa de modo que se disponga todo por el órgano, por la vía y dentro del objetivo que al respectivo grado o escalón le compete. La declaración de incompetencia es incompatible con el control obligatorio y la carencia de éste es defecto formal que priva de valor jurídico cuando justamente está exigido por norma expresa de la Carta.

13. El Ministro disidente Sr. Correa estimó fundadamente que la declaración de incompetencia del Tribunal limitaba la misma libertad que la Junta de Gobierno ha de conservar para formular, con carácter de interpretativo constitucional, todos los proyectos que crea del caso, dándoles tal rango cuando considere conveniente, porque tal facultad sólo se mantiene entera si el Tribunal, cualquiera que sea su dispositivo, está siempre obligado, por su parte, a pronunciarse sobre todo su contenido y a proclamarlo inconstitucional en cuanto a su criterio no corresponde al concepto de una ley interpretativa.

14. Es de lamentar que la ley interpretativa que se ha dictado aparezca como una forma de evitar el problema que se habría presentado a la Corte Suprema en el caso de que el sentido jurídico de sus integrantes la hubiera llevado a declarar atentatorias al derecho de propiedad las leyes que afectaren el derecho a reajustes comprendido en las pensiones perseguidoras otorgadas.

La primacía de tal criterio en la mayoría de los integrantes de la Corte Suprema podía, es cierto, razonablemente temerse, en atención a lo discutible del problema y a la formación de los magistrados, tanto más cuanto que el recurso a la ley interpretativa se origina cuando se muestra inminente la necesidad en la Corte Suprema de afrontar explícitamente la decisión del problema de un modo que no hubiera concordado con los puntos de vista del legislador.

En otras palabras, y reconociéndolo con entera franqueza, se ha usado la vía interpretativa constitucional para resolver en una cuestión comprendida en la esfera atribuida a la Corte Suprema.

15. El uso de la vía de la ley interpretativa para evitar el ejercicio de la facultad de la Corte Suprema hace reflexionar al comentarista tocante a si la conformación dada al Tribunal Constitucional es adecuada. Permite, en asuntos en que el campo de jurisdicción de dos organismos de la más alta relevancia jurídica están por su naturaleza estrecha e íntimamente vinculados, que tres de los siete miembros de uno de ellos, y en el caso concreto, tres de los seis sentenciadores entre ellos el propio presidente del otro organismo, integren en plena actividad este último.

16. Consideremos, en fin, que, desde el punto de vista de la sustancia, lo que se ha buscado y logrado es lisa y llanamente, a través de la fórmula de la ley interpretativa constitucional, introducir un cambio sustancial en la misma Carta Fundamental, reservado por su trascendencia al procedimiento indicado para la reforma de la Carta, y también es posible que, en fin, no se haya percibido el alcance que el camino escogido va a tener en cuanto a la garantía del dominio en nuestro sistema jurídico, repercusión que los acontecimientos podrán decir si ha de resultar favorable o adverso para el país.

Santiago, 22 de octubre de 1982

Alejandro Silva Bascuñán.