



## Minuta: Análisis jurídico de la normativa de retiro obligatorio a los 75 años en el caso de Académicas y Académicos.

### Cesación en el empleo por edad – ley 21.724

Elaborado por Eduardo Álvarez, abogado Asesor ACAUCH

---

1. El Mensaje con el proyecto de ley que devino en la ley 21.724, contenía la misma norma publicada en dicha ley de reajuste, a la que sólo se agregó la especificación de los servicios públicos según el tipo de asignaciones en base a las que se agruparon. Su artículo 90 se aprobó sin votación separada o específica y en lo pertinente su texto es el siguiente:

Artículo 90. A contar del 1 de enero de 2027, los funcionarios y funcionarias de las instituciones afectas a las leyes N°s. 20.919, 20.921, 20.948, 19.882, 20.964, 20.976, 20.996, 21.003, 21.135, 21.043 y al artículo 9 de la ley N°20.374 cesarán en sus funciones al cumplir 75 años de edad.

Los funcionarios y funcionarias antes señalados que al 1 de enero de 2027 tengan más de 75 años de edad cesarán en sus funciones a contar de dicha fecha.

Quienes cesen en sus funciones por la causal señalada en este artículo tendrán derecho a gozar de una indemnización equivalente al total de las remuneraciones, por cada año de servicio en la institución, con un máximo de seis, de cargo de la respectiva institución empleadora.

Para efectos de la indemnización, sólo se computará el tiempo, tanto continuo como discontinuo, servido en calidad de planta, contrata y Código del Trabajo en la entidad empleadora.

La remuneración que servirá de base para el cálculo de la indemnización será el promedio de la remuneración mensual de los últimos doce meses anteriores al cese en el cargo, actualizadas según el Índice de Precios al Consumidor, determinado por el Instituto Nacional de Estadísticas. Con todo, para los efectos de esta indemnización, la remuneración promedio no podrá exceder de noventa unidades de fomento, a la fecha del cese de funciones.

La indemnización que establece este artículo no será imponible, ni tributable y se pagará al momento del cese de funciones.

La indemnización establecida en este artículo será incompatible con cualquier otro beneficio de naturaleza homologable y cualquier otro beneficio por retiro voluntario que hubiere percibido el funcionario o funcionaria con anterioridad. Del mismo modo, los beneficiarios de este artículo no podrán contabilizar los mismos años de servicio que hubieren sido considerados para percibir otros beneficios asociados al retiro voluntario.

2. La norma no fue objeto de control de constitucionalidad preventivo, es decir, habiéndose remitido el proyecto de ley para su control de constitucionalidad antes de su promulgación el Tribunal Constitucional se pronunció sobre otras normas por las que fue requerido, y tampoco ejerció de oficio sus atribuciones sobre el artículo 90, como fuera sólo para afirmar la constitucionalidad de la norma.
3. La norma llama a un escrutinio acabado porque puede ser *cuestionada* por infringir dos normas:
  - a. El artículo 19 numeral 26 de la Constitución Política, CP, que protege la esencia de los derechos fundamentales:

Artículo 19.- La Constitución asegura a todas las personas:

26º.- 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.**

Esta garantía constitucional gravita sobre lo que normas legales establezcan en relación con las garantías que la misma CP regula en su artículo 19, entre las cuales se encuentra, las garantías que establecen el principio de igualdad ante la ley, la no discriminación, la libertad de trabajo, el derecho a la seguridad social y el derecho de propiedad, todas las cuales se ven afectadas por el artículo 90 de la ley 21.724. La intensidad de esa afectación y si efectivamente llega a incidir en la esencia de los derechos fundamentales mencionadas requiere de un análisis pormenorizado.

- b. El artículo 90 contradice varias normas de la *“Convención Interamericana Sobre la protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores”*, aprobada por Decreto 162, de 01 de septiembre de 2017, del Ministerio de Hacienda, publicada en el Diario Oficial de 07 de octubre de 2017, *“la Convención”*.

El artículo 90 entra en contradicción con al menos las siguientes normas de la Convención, porque dicho artículo puede calificar como un acto – del Estado legislador – de *discriminación por edad* en la vejez<sup>1</sup>:

- i. Artículo 1. Ámbito de aplicación y objeto. Inciso primero:

El objeto de la Convención es **promover, proteger y asegurar el reconocimiento y el pleno goce y ejercicio, en condiciones de igualdad, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales de la persona mayor**, a fin de contribuir a su **plena inclusión, integración y participación en la sociedad**. Lo dispuesto en la presente Convención no se interpretará como una limitación a derechos o beneficios más amplios o adicionales que reconozcan el derecho internacional o las legislaciones internas de los Estados Parte, a favor de la persona mayor.

- ii. Artículo 2. Definiciones. A los efectos de la presente Convención se entiende por:

**“Discriminación”**: Cualquier distinción, exclusión, restricción que tenga como objetivo o efecto anular o restringir el reconocimiento, goce o ejercicio en igualdad de condiciones de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la esfera política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública y privada.

**“Discriminación por edad en la vejez”**: Cualquier distinción, exclusión o restricción basada en la edad que tenga como objetivo o efecto anular o restringir el reconocimiento, goce o ejercicio en igualdad de condiciones de los derechos humanos y libertades fundamentales en la esfera política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública y privada.

- iii. Artículo 3. Son **principios generales** aplicables a la Convención:

---

<sup>1</sup> Las palabras y expresiones destacadas en las citas de la Convención son agregadas y ponen de manifiesto todos los elementos que requiere o permiten un análisis jurídico específico para demostrar por qué el artículo 90 vulnera la Convención, incluso siendo posible reconocer que ese artículo se avendría con una de sus reglas especiales sobre la posibilidad que la Convención reconoce a la ley para subordinar el uso y goce del derecho a la propiedad al interés social.

- b) La **valorización** de la persona mayor, su **papel en la sociedad** y **contribución** al desarrollo
- d) La **igualdad** y **no discriminación**
- e) La **participación, integración** e **inclusión plena y efectiva** en la sociedad
- f) El **bienestar** y cuidado

iv. Artículo 4

Los Estados Parte se comprometen a salvaguardar los derechos humanos y libertades fundamentales de la persona mayor enunciados en la presente Convención, sin discriminación de ningún tipo, y a tal fin:

- c) Adoptarán y **fortalecerán todas las medidas legislativas**, administrativas, judiciales, presupuestarias y de cualquier otra índole, incluido un adecuado acceso a la justicia a fin garantizar a la persona mayor un trato diferenciado y preferencial en todos los ámbitos.

v. Artículo 8. Derecho a la **participación** e integración comunitaria

La persona mayor tiene derecho a la **participación activa, productiva, plena y efectiva** dentro de la familia, la **comunidad** y la **sociedad** para su **integración** en todas ellas.

Los Estados Parte adoptarán medidas para que la persona mayor tenga la **oportunidad de participar activa y productivamente en la comunidad**, y pueda **desarrollar sus capacidades y potencialidades**. A tal fin:

- a) Crearán y fortalecerán mecanismos de participación e **inclusión social de la persona mayor en un ambiente de igualdad** que permita erradicar los prejuicios y estereotipos que obstaculicen el pleno disfrute de estos derechos.
- b) Promoverán la **participación de la persona mayor en actividades intergeneracionales para fortalecer la solidaridad y el apoyo mutuo** como **elementos claves del desarrollo social**.
- c) Asegurarán que las instalaciones y los servicios comunitarios para la población en general estén a disposición, en igualdad de condiciones, de la persona mayor y tengan en cuenta sus necesidades

vi. Artículo 18. **Derecho al trabajo.**

La persona mayor tiene **derecho al trabajo digno y decente** y a la **igualdad de oportunidades y de trato** respecto de los otros trabajadores, sea cual fuere su edad.

Los Estados Parte adoptarán **medidas para impedir la discriminación laboral de la persona mayor**. Queda prohibida cualquier distinción que no se base en las exigencias propias de la naturaleza del cargo, de conformidad con la legislación nacional y en forma apropiada a las condiciones locales.

El empleo o la ocupación debe contar con las **mismas garantías**, beneficios, derechos laborales y sindicales, y ser remunerado por el mismo salario aplicable a todos los trabajadores frente a iguales tareas y responsabilidades.

Los Estados Parte adoptarán las **medidas legislativas**, administrativas o de otra índole para **promover el empleo formal de la persona mayor** y regular las distintas formas de autoempleo y el empleo doméstico, con miras a prevenir abusos y garantizar una adecuada cobertura social y el reconocimiento del trabajo no remunerado.

Los Estados Parte promoverán programas y medidas que faciliten una **transición gradual a la jubilación**, para lo cual podrán contar con la participación de las organizaciones representativas de empleadores y trabajadores y de otros organismos interesados.

Los Estados Parte **promoverán políticas laborales** dirigidas a propiciar que las condiciones, el ambiente de trabajo, horarios y la organización de las tareas sean adecuadas a las necesidades y características de la persona mayor.

Los Estados Parte **alentarán** el diseño de programas para la capacitación y certificación de conocimiento y saberes para promover el acceso de la persona mayor a mercados laborales más inclusivos.

vii. Artículo 23. **Derecho a la propiedad** <sup>2</sup>

---

<sup>2</sup> No confundir el derecho de propiedad (artículo 19, N°24, CP) centrado en la cosa sobre la que el derecho recae, con el derecho a la propiedad (artículo 19, N°23, CP), que es el que la Convención protege mismo que la pérdida de trabajo anula o castiga severamente, y que el artículo 90 dismantela irremediabilmente para quienes como los adultos mayores con actividad académica aún están en condiciones de ejercer y gozar.

Toda persona mayor tiene **derecho al uso y goce de sus bienes y a no ser privada de estos por motivos de edad**. La ley puede subordinar tal uso y goce al **interés social**.

Ninguna persona mayor puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley.

Los Estados Parte adoptarán **todas las medidas necesarias para garantizarle a la persona mayor el ejercicio del derecho a la propiedad, incluida la libre disposición de sus bienes**, y para prevenir el abuso y la enajenación ilegal de su propiedad.

Los Estados Parte se comprometen a adoptar **medidas para eliminar toda práctica administrativa** o financiera que discrimine a la persona mayor, principalmente a las mujeres mayores y a los grupos en situación de vulnerabilidad respecto del ejercicio de su derecho a la propiedad.

4. También se deben tener presente elementos que pueden obrar *a favor* del artículo 90, que también requieren un análisis detenido:

- a. El ordenamiento jurídico no desconoce la cesación en el empleo por razón de la edad, pero lo establece la misma CP, en los artículos 80, 84, 92 y 98, respecto de los jueces, fiscales del Ministerio Público, ministros del Tribunal Constitucional y Contralor General de la República, respetivamente, quienes cesarán en sus cargos al cumplir la edad de 75 años.
- b. La CP y la LOC de Bases de la Administración del Estado encargan a la ley la regulación de la carrera funcionaria y en general de los aspectos del empleo público, de modo que la ley es la que configura requisitos y condiciones de ingreso, progreso y egreso en el sistema de empleo público. Esto implica que las causales de cesación de funciones las establece la ley, como así ocurre con la norma aplicable en la Universidad de Chile, del Estatuto Administrativo:

Artículo 146.- El funcionario cesará en el cargo por las siguientes causales:

- a) Aceptación de renuncia;
- b) **Obtención de jubilación, pensión o renta vitalicia en un régimen previsional**, en relación al respectivo cargo público;
- c) Declaración de vacancia;
- d) Destitución;
- e) Supresión del empleo;
- f) Término del período legal por el cual se es designado, y
- g) Fallecimiento.

La aplicación de esa norma es de derecho estricto, es decir, no puede aplicarse por analogía a casos no regulados por el Estatuto Administrativo ni tampoco pueden sus causales extender a casos no comprendidos específicamente en la descripción de cada causal de cesación de funciones. En el caso de la letra b) no existe obligación de jubilación o acogimiento a renta vitalicia, para quienes cumplan los requisitos para ello. Esto no impide que la ley establezca otros medios de salida del empleo público, que operen como causales o mecanismos de cesación, siempre que lo haga dentro del marco de la CP.

- c. La misma Convención establece en su artículo 23 inciso segundo sobre el derecho a la propiedad la posibilidad de privación del empleo mediante **pago de indemnización justa**. Esta regla es la que permite conciliar el artículo 90 con la Convención y con la CP:

Artículo 23. Derecho a la propiedad

Ninguna persona mayor puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley.

La indemnización que regula el artículo 90 se puede considerar, *formalmente*, justa; porque se corresponde con los montos establecidos en leyes anteriores ya agotadas en su aplicación o aún en aplicación para el sector público, como también con las reglas de indemnización por años de servicio establecidas en el Código del Trabajo. Es decir, la indemnización que se gatilla de pleno derecho al producirse, también de pleno derecho, la cesión de funciones es equivalente a aquellas que el ordenamiento legal establece calcular.

La conciliación normativa para esta contraposición de derechos la da la propia Convención, en la regla según la cual *“La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social”*. Con esta regla, el legislador de la Convención es deferente con el legislador nacional de cada Estado, a fin de que en el seno de cada nación se discuta y pondere soberanamente lo que *el interés social* imponga o permita decidir legislativamente. En el derecho de los tratados y convenciones del Derecho Internacional este tipo de reglas son frecuentes y la función que cumplen es permitir agregar la mayor cantidad de adhesión al instrumento internacional, de modo que se produzca un balance, en la especie, entre los mandatos éticos y jurídicos de la Convención y las posibilidades de cada país de llevarlo a la práctica.

En el caso de Chile, al menos en el ámbito de sus académicos y académicas en universidades públicas, el artículo 90 va en contra de lo que es posible considerar como el *interés social* de acuerdo con el estado de la situación en la materia, esto es, que personas que han pasado los 75 años mantienen plenamente en vigor su capacidad de trabajo y, por ende, su plena autonomía y su aportación a la sociedad.

En esto, importa considerar que la Convención no genera cohortes de sujetos beneficiarios o protegidos que no sea por su condición de personas mayores, pero contempla expresiones normativas que se deberían traducir en resguardos para personas mayores que pueden estar en situaciones desmedradas en comparación con la que, en Chile, un académico o académica, puede alcanzar. Así, las personas mayores que pertenecen al mundo académico en universidades públicas, podrían ser consideradas en un nivel de vida *por sobre* el que la Convención persigue asegurar a las personas mayores. Frente a esto, en el artículo 90 no hay ninguna consideración específica respecto de la cohorte de personas mayores como los académicos y académicas que a contar de enero de 2027 sean mayores de 75 años, de manera que al imponerles la cesación de funciones por discriminación de edad por vejez, lo que ese artículo hace es *empobrecer* el estado de situación alcanzado por personas mayores en el segmento del ámbito académico. Una especie de *nivelación para abajo* con pérdidas personales y sociales importantes.

LA mención de la Convención al *interés social* para permitir que la ley subordine el derecho a la propiedad que tienen personas mayores, no es la facultad en sí de poder afectar en derecho, sino la indicación del espacio o razón jurídica en virtud de la cual ese derecho puede ser afectado. Por ende, esa mención – al interés social – no opera en principio como sólo una autorización, sino que también puede ser motivo de *impedimento* para no afectar el derecho a la propiedad, pues se requiere una ponderación sobre qué es lo *que está en juego y para qué categoría de sujetos en particular* en términos del interés social general; y de esa ponderación pudo resultar que el artículo 90 no debía ser aplicado a las personas adultas mayores en el ámbito académico o, al menos, no en la forma en que fue legislado.

Eduardo Álvarez Reyes