SOBRE EL PROYECTO DE REFORMA CONSTITUCIONAL QUE ESTABLECE UN SISTEMA DE PENSIONES SOLIDARIAS

Fernando Atria*

Se ha solicitado mi opinión sobre el proyecto de reforma constitucional que establece un Sistema de Pensiones Solidarias.

El proyecto modifica el artículo 19 N°18 del texto constitucional, excluye a la seguridad social de las materias de iniciativa exclusiva del presidente de la república e inserta un nuevo capítulo XVI, sobre sistema de pensiones.

En lo que sigue me referiré a tres temas: el asunto de la iniciativa exclusiva, el del estatus constitucional del sistema actual de pensiones, y las dudas que se han suscitado respecto de la tramitación de este proyecto.

SOBRE LA INICIATIVA EXCLUSIVA

El proyecto propone eliminar la iniciativa exclusiva del Presidente de la república en lo que se refiere a seguridad social. La regla actual está contenida en el inciso 4° del artículo 65 N°6 del texto constitucional, que dispone que

Corresponderá, asimismo, al presidente de la República la iniciativa exclusiva para:

...

6°.- Establecer o modificar las normas sobre seguridad social o que incidan en ella, tanto del sector público como del sector privado.

El proyecto recurre a una manera extraña de eliminar la iniciativa exclusiva en materias de seguridad: añade al encabezado del inciso 4°, a continuación de “iniciativa exclusiva”, la frase “a excepción del N°6”, y luego, al N°6, inserta una frase final: “facultad que podrá ser compartida con el Congreso Nacional". Este modo de eliminar la iniciativa exclusiva no tiene sentido. El mismo efecto, y de un modo mucho más razonable y directo, se obtendría simplemente eliminando el N° 6 del inciso 4° del artículo 65.

*Facultad de derecho, Universidad de Chile

Esto debe llevar a la pregunta de si se justifica la iniciativa exclusiva, ya en materias de seguridad social, ya en el resto de las materias. Esta es una cuestión mucho menos obvia de lo que se asume. La explicación habitual es que de este modo se reconoce al presidente de la república su "función del administrador del Estado", lo que exige su capacidad de controlar las decisiones legislativas que puedan tener consecuencias para esa administración[1]. Pero esto simplemente ignora que el presidente de la república tiene cómo evitar la dictación de leyes que interfieren con su administración del Estado: puede vetar un proyecto de ley, veto que solo puede ser vencido por una insistencia del Congreso por 2/3 de votos de los miembros presentes de ambas cámaras (art. 73 del texto constitucional).

La iniciativa exclusiva no es necesaria para proteger al presidente de leyes que interfieran con sus atribuciones administrativas, entonces, porque el veto le da toda la protección que es necesaria, si se trata de poder evitar la aprobación de leyes. La diferencia entre el veto y la iniciativa exclusiva, por cierto, radica en que en el caso del veto el presidente solo puede recurrir a él después de la tramitación parlamentaria, mientras la iniciativa exclusiva impide esta tramitación. Pero de este modo aparece claramente qué es aquello del o que se está protegiendo al presidente: es de la presión pública que puede significar el hecho de que un proyecto cuente con un sólido respaldo popular. Y esto muestra lo problemático de la iniciativa exclusiva: el veto obliga al presidente a asumir responsabilidad por su negativa a un determinado proyecto de ley, porque deberá oponerse a él claramente y en su caso deberá llevar su argumento ante el pueblo. La iniciativa exclusiva le permite esconderse detrás de

[1] Véase, por ejemplo y entre muchos otros, Angela Vivanco, Curso de Derecho Constitucional, vol. iii, Aspectos Orgánicos de la Carta Fundamental de 1980 (Santiago: Ediciones de la Universidad Católica, 2014), p. 224.

tecnicismos para bloquear iniciativas sin asumir responsabilidad por ello.

Los argumentos anteriores implican que cada paso que pueda darse en la reducción de la iniciativa exclusiva del presidente de la república es un paso en la dirección de gobiernos que asuman ante el público su responsabilidad, y en este sentido es un paso de profundización democrática. Por eso, esta parte del proyecto, aun cuando no impugna la iniciativa exclusiva en general, solo en lo que se refiere a seguridad social, es a mi juicio acertada.

SOBRE EL SISTEMA DE PENSIONES EN LA CONSTITUCIÓN

Esta es una cuestión que ha sido intensamente discutida el último año. Dos cortes de apelaciones han planteado al Tribunal Constitucional dudas sobre la constitucionalidad del DL 3500, y la Corte de Talca acogió en primera instancia un recurso de protección de un afiliado que buscaba que se le permitiera usar sus ahorros previsionales, argumentando que eran de su propiedad. Estas impugnaciones no han sido exitosas en definitiva (los requerimientos de las cortes de Antofagasta y Punta Arenas fueron desestimados por el Tribunal Constitucional y la sentencia de la Corte de Talca fue revocada por la Suprema), pero muestran que hay aquí una discusión al respecto. El proyecto que ahora se discute es parte de esa discusión.

La cuestión fundamental es simple de formular: el sistema de pensiones chileno no es un sistema de seguridad social, y lo que Chile necesita es un sistema de seguridad social. Esto no es una cuestión de qué palabras usamos para describirlo: los problemas del sistema de pensiones chileno se siguen de que no sea un sistema de seguridad social.

El concepto de seguro social

El punto de partida de la reflexión sistemática sobre la seguridad social es el reporte de William Beverigde de 1942, Seguro social y servicios conexos (Social insurance and allied services). Como se

trataba de fundar un sistema nuevo que se proponía crear sobre el concepto novedoso de seguros social, en ese reporte se enfatiza cuáles son las características de esa institución.

La emergencia de los seguros sociales, explica Beveridge, buscaba diferenciarlos de los seguros privados. Estos se definen por el "principio de ajustar las primas a los riesgos"; aquellos por el principio opuesto de compartir riesgos. El seguro social, así, es

> Un nuevo tipo de institución humana, que difiere tanto de los métodos anteriores de aliviar la necesidad y del seguro voluntario. Usar el término "seguro social" para describir esta institución implica tanto que es obligatorio como que todos los hombres están juntos con sus compañeros. El término implica compartir los riesgos, excepto cuando separarlos sirve algún propósito social[2].

Como puede verse, la idea es clara: un seguro individual, por ser voluntario, necesita descansar en la correlación individual entre prima y riesgo cubierto: el riesgo cubierto es solo el riesgo por el cual el contratante asegurado ha pagado una prima. La medida de la protección es la prima pagada. Dada la voluntariedad de un seguro individual, sin esta correlación individual no habría razones para contratarlo. Un seguro social es obligatorio, y rompe esta correlación, de modo que todos los miembros de una clase (los trabajadores, por ejemplo) tienen el deber de contribuir mediante cotizaciones al financiamiento de un fondo común del cual cada uno obtiene una cobertura que no está correlacionada individualmente con su contribución, y por eso todos tienen, en principio, y salvo conveniencias ocasionales de política, el mismo derecho.

En un sistema de seguro social, entonces, no hay primas, hay cotizaciones. Las cotizaciones se diferencian de las primas en los dos sentidos que identificaba Beveridge. La primera, y más notoria, es que son obligatorias, y esa obligación tiene su fuente en la ley y no en un contrato. Pero evidentemente esta característica no es originaria sino derivativa: es decir, no es

---

[2] Beveridge, Social Insurance and Allied Services London: HMSO, 1942), § 26 U(destacado agregado).

la que explica el sentido de las cotizaciones sino consecuencia de ese sentido. Y ese sentido se encuentra en la segunda característica de las cotizaciones: son la contribución de cada uno a un sistema que beneficia a todos. Esto aparece en la definición misma de la palabra "cotización" en el diccionario de la RAE, que ha sido citada por el Tribunal Constitucional en una reciente sentencia: "Cotización" es "acción y efecto de cotizar", y "cotizar" es, "dicho de una persona: pagar la parte correspondiente de gastos colectivos, las cuotas de la seguridad social". Nótese que lo que define a la cotización es que ella es la contribución de cada uno a financiar gastos colectivos, porque define a la cotización que es parte de un sistema de seguro social.

Por cierto, el Tribunal Constitucional en su sentencia rol 7442 ignora lo que es importante en la definición que él mismo invoca. Porque pese a que en el considerando 20° el Tribunal cita esa definición de "cotización" haciéndola suya, más adelante califica como "cotizaciones" los pagos previsionales que deben hacer los trabajadores y trabajadoras en Chile, pese a que según el mismo Tribunal explica ellos no tiene la finalidad de financiar gasto colectivo alguno:

> las sumas de dinero que conforman la cotización están exclusivamente destinadas a satisfacer su pensión, pues, de acuerdo con el artículo 51 inciso primero del Decreto Ley N° 3.500..., "[l]as pensiones de vejez, invalidez y sobrevivencia establecidas en el Título II, se financiarán con el saldo de la cuenta de capitalización individual del afiliado" (c.44).

Lo que define al seguro social (y por eso a la cotización) es que éste rompe el vínculo directo e inmediato entre la contribución de cada uno y la cobertura que cada uno recibe. Por eso el seguro social produce solidaridad entre los miembros de la clase; por eso se trata no solo de un seguro, sino de un seguro social. Como se trata de un sistema definido por la solidaridad, en que se busca asegurar a una clase completa mediante la contribución de cada uno, la cotización se funda en un interés general, el interés de la clase respectiva de estar colectivamente cubierta.

Esto explica dos principios fundamentales de la seguridad social, que no pueden ser cumplidos por un sistema de seguros individuales: universalidad y suficiencia. El principio de universalidad significa que lo protegido no es uno o varios individuos, es una clase. Esa clase, por cierto, puede ser definida de modo más o menos universal (solo los trabadores, los trabajadores y sus dependientes, todas las personas en determinada edad, etc.), y mientras más se mueva a la universalidad más realizará el sistema el sentido de la seguridad social. Por otro lado, como la medida de la protección no es la prima pagada (porque la seguridad social niega el principio que define al seguro privado), el sistema como un todo podrá fijar las prestaciones con la finalidad de asegurar prestaciones suficientes manteniendo la sostenibilidad financiera del mismo.

El sistema de pensiones chileno no puede satisfacer estos principios, porque no es un sistema de seguridad social, como veremos ahora.

El régimen del DL 3500 no es un régimen de seguridad social

Si el régimen creado por el DL 3500 es un sistema de seguro social, entonces habrá que decir que lo que cada afiliado paga son cotizaciones; que la obligación de cotizar es una obligación impuesta por ley para financiar colectivamente los gastos del sistema de pensiones; y que entonces el cotizante adquiere, por sus cotizaciones, derecho a recibir las prestaciones que correspondan conforme al criterio de suficiencia que fije el sistema.

Ciertamente no es así como funciona el sistema creado por el DL 3500. No es un sistema de seguro social porque no es un sistema de seguro ni es social. Es en realidad un sistema de ahorro forzoso individual. Esto implica que la cotización en rigor no es una cotización: no está orientada a financiar un gasto colectivo. Es una forma de depósito en una cuenta de ahorro. Solo porque se trataría de un depósito puede sostenerse (y aun así es impropio: véase el art. 2221 del Código Civil) que el cotizante

(depositante) retiene su dominio sobre los recursos depositados. Como se trata de un sistema de ahorro individual, los depósitos que la ley llama "cotizaciones" tienen el solo propósito de financiar la pensión de su titular. Es decir, el sistema de capitalización individual, como por lo demás su nombre lo indica, obliga a todos los trabajadores a depositar en una cuenta privada e individual de ahorro con la finalidad de que los montos acumulados en esa cuenta individual de ahorro financien su propia pensión. El elemento central de los sistemas de seguridad social, caracterizados de ese modo desde el informe de Beveridge, de romper la relación directa entre la contribución individual y los beneficios recibidos, que explican su carácter de "social", está enteramente ausente.

Lo anterior tiene consecuencias significativas. Como no es un sistema de seguridad social, sino de ahorro individual, la pensión de cada uno queda vinculada decisivamente a la capacidad de ahorro de cada uno. Y eso, en un país en que las remuneraciones son bajas y en que es habitual para los trabajadores tener períodos de cesantía durante su vida laboral y en que las mujeres reciben remuneraciones más bajas que los hombres, tiene las consecuencias conocidas: es un sistema que discrimina a las mujeres y que paga en general pensiones bajas. Un sistema de seguridad social, al ser definido por la solidaridad entre los miembros de la clase respectiva (trabajadores y trabajadoras, etc.) permite que estos problemas sean razonablemente enfrentados: la cuestión de las cotizaciones se ha de discutir y decidir en términos de cómo se ha de distribuir el gasto colectivo que significa el sistema de seguridad social entre todos, y la cuestión de las prestaciones se discutirá en términos de qué es lo que corresponde dado, por una parte, los compromisos que puede asumir el sistema y por otra, lo que entendemos como una pensión digna. Esta discusión de las dos cosas por separadas solo es posible en la medida en que el sistema tenga la característica central que desde Beveridge define a un seguro social: la de compartir riesgos, la de desvincular primas y

riesgos, es decir la contribución de cada uno y la pensión que cada uno recibe.

El sistema propuesto en el proyecto es un sistema de seguridad social, y por eso es una clara mejora respecto del sistema de ahorro individual forzoso que existe hoy.

LA ILEGALIDAD DEL PROYECTO POR INFRACCIÓN DEL ARTÍCULO 15 DE LA LEY DEL CONGRESO

En la tramitación del proyecto se ha hecho presente la objeción de que el proyecto sería inadmisible por infringir lo dispuesto por el artículo 15 inciso final de la ley 18918, del Congreso Nacional, que dispone que

> En ningún caso se admitirá a tramitación un proyecto que proponga conjuntamente normas de ley y de reforma constitucional, o que no cumpla con los requisitos establecidos en los artículos 12, 13 y 14 de esta ley.

El argumento es que el proyecto incurriría en esta causal de inadmisibilidad, en tanto el artículo 144 (nuevo) que propone introducir al texto constitucional sería una norma de ley. Este artículo propuesto dispone que "Derogase el Decreto Ley 3.500 de 1980". La derogación de una ley, sigue el argumento, es materia de ley, por lo que en esa parte el proyecto propuesto sería materia de ley. En lo demás, sin embargo, sería un proyecto de reforma constitucional. Al proponer conjuntamente normas de ley y de reforma constitucional, incurriría en la causal de inadmisibilidad indicada en el inciso final del artículo 15 de la ley del Congreso.

El argumento es manifiestamente incorrecto, porque incurre en un error fundamental. La regla del inciso final del artículo 15 se refiere manifiestamente a las normas en términos de los procedimientos a los que se someten. Los proyectos de ley han de ser tramitados de un modo distinto que los proyectos de reforma constitucional. Lo que el artículo 15 inciso final pretende es separar la discusión y tramitación constitucional de la discusión y tramitación de reformas legales. En este sentido el proyecto no contiene normas de ley, es un proyecto de reforma constitucional

que propone insertar al texto constitucional varios artículos o disposiciones, eliminar algunas expresiones, etc.

El argumento de que una disposición jurídica que deroga una ley es por eso una norma legal es manifiestamente incorrecto. Una norma puede derogar o de algún otro modo afectar la vigencia de otra cuando (a) tiene la misma o superior jerarquía y (b) ambas potestades normativas tienen esferas de competencia concurrente. Lo primero es evidente, y se aprecia indiscutiblemente en casos de derogación tácita: una contradicción entre dos normas se soluciona en favor de la norma de mayor jerarquía, y si ambas son de la misma jerarquía se soluciona en favor de la norma más reciente. Lo que esto quiere decir es que una norma de rango legal o superior puede derogar a una ley.

La potestad legislativa y la potestad de reforma constitucional tienen el mismo ámbito de competencia, en el siguiente sentido: las materias de ley las fija la constitución, por lo que en la medida en que la Constitución se refiere a una materia que hasta entonces era materia de ley, esa materia queda en virtud de esa referencia constitucionalizada, y queda fuera de la competencia legislativa. Por consiguiente el hecho de que un proyecto de reforma constitucional se refiera a materias de ley no lo trasforma en un proyecto de ley, sino implica que en caso de ser exitoso esa materia dejará de ser materia de ley, y pasará a ser materia constitucional.

Un proyecto de reforma constitucional que se refiere a materias de ley, entonces, no deja por eso de ser un proyecto de reforma constitucional. Por consiguiente, cualquiera sea su mérito, el proyecto en actual discusión no puede ser declarado inadmisible en virtud de la regla del inciso final del artículo 15 de la ley del Congreso Nacional.