Para : Comisión de Derechos Fundamentales de la Convención
De : Alejandro Charme Chávez
Fecha : 10 de enero de 2022

PROPUESTA PARA CONSAGRAR EN LA NUEVA CONSTITUCIÓN EL DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL: DERECHOS PREVISIONALES (SISTEMA DE PENSIONES)

I.- ANTECEDENTES DEL DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL

El reconocimiento del derecho de la seguridad social tiene como antecedentes diversos instrumentos internacionales que lo han establecido expresamente como un derecho humano que debe ser respetado por la comunidad internacional, los países, los gobiernos y la sociedad en general. Así tenemos:

1. **Declaración Universal de Derechos Humanos de Naciones Unidas**, de 1948, en sus artículos 22 y 25[1]:

2. **Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales**, adoptado por Naciones Unidas en 1966, en su artículo 9[2]:

3. **Organización Internacional de Trabajo** define la Seguridad Social, en un sentido amplio como *"la protección que la sociedad proporciona a sus miembros, mediante una serie de medidas públicas, contra las privaciones económicas y sociales que, de no ser así, ocasionarían la desaparición o una fuerte reducción de los ingresos por causa de enfermedad, maternidad, accidente del trabajo o enfermedad laboral, desempleo, invalidez, vejez y muerte; y también la protección en forma de asistencia médica y de ayuda a las familias con hijos."*

II.- DIMENSIONES DE LA SEGURIDAD SOCIAL

1. **Principales dimensiones de la seguridad social:**

   a. **Proveer ingresos frente a determinadas contingencias**, tales como vejez, enfermedad, desempleo, invalidez, muerte de la persona que sustenta la familia; y

   b. **Entregar asistencia médica**.

2. **Derecho fundamental:**

   El derecho a la seguridad social, como derecho fundamental, forma parte de los denominados **"derechos sociales, económicos y culturales"** o también llamados de **"segunda generación"**.[3]

---

[1] *"**Artículo 22:** Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad." "**Artículo 25: 1.** Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo, derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad. **2.** La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidado y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social."*

[2] *"**Artículo 9:** Los Estados Parte en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la seguridad social, incluso al seguro social"*

[3] Los de ***primera generación*** se denominan derechos civiles y políticos y los de ***tercera generación*** son aquellos que persiguen protección para la humanidad considerada globalmente.

III.- PRINCIPIOS Y BASES PARA EL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL EN MATERIA PREVISIONAL O DE PENSIONES

1. PRINCIPIOS

Los Sistemas de Pensiones están basados en ciertos principios que los rigen, siendo los principales los siguientes:

a. **Solidaridad:** es el esfuerzo de la comunidad para garantizar prestaciones mínimas y complementar aquellas contributivas que no alcanzan un cierto mínimo.
b. **Universalidad:** entregar protección a todos sin distinción.
c. **Sustentabilidad:** se debe garantizar la permanencia del derecho o garantía constitucional, su financiamiento en el largo plazo.
d. **Suficiencia:** las prestaciones garanticen al menos una vida digna.
e. **Integralidad:** cubrir todas las contingencias que una persona experimenta en materia de seguridad social.

A su vez, los sistema de pensiones se estructuran bajo un **Modelo Multipilar**, en su origen, podemos distinguir tres pilares:

a. **Pilar Solidario o no Contributivo** financiado vía impuestos generales.
b. **Pilar Contributivo Obligatorio** financiado principalmente vía cotizaciones previsionales destinadas a ahorro (individual o colectivo) y al pago directo de prestaciones (sistema de reparto antiguo y que está perdiendo uso) y, en algunos países, vía recaudación de ciertos impuestos, como el impuesto al consumo.
c. **Pilar Contributivo Voluntario** financiado vía aportes del trabajador y del empleador destinados al ahorro individual y del Estado mediante franquicias tributarias o entrega de bonificaciones fiscales.

El Banco Mundial reconoce dos pilares adicionales que son:

a. **Pilar 0 o Básico:** Provee una subsistencia mínima por parte del Estado
b. **Cuarto Pilar:** Principalmente ayudas intrafamiliares como hogar y prestaciones financieras y no financieras

El Modelo Multipilar permite distinguir claramente el cumplimiento de los principios de la seguridad social en un sistema de pensiones:

a. <u>Solidaridad</u>:
   - Establecimiento de una **pensión básica universal** (**PBU)** (pilar solidario o no contributivo);
   - **Solidaridad intra e intergeneracional** mediante cotizaciones (pilar contributivo obligatorio); y
   - **Bonificaciones fiscales** (pilar contributivo obligatorio y voluntario).

   Atendida la cobertura del sistema de pensiones chileno y las características de su mercado laboral, en donde los trabajadores rotan permanentemente del mercado formal al informal y viceversa, y cambian su calidad de trabajador dependiente a independiente sin obligación de cotizar, y viceversa, la solidaridad mediante mecanismos financiados con **rentas generales de la nación** resulta ser la que mejor cumple el principio de la seguridad social, dado que cuenta con la contribución de la sociedad toda y no solo de un grupo específico que cuenta con contrato de trabajo en un período determinado.[4]

b. <u>Universalidad</u>:
   - Establecimiento de una **PBU**, preferentemente no focalizada que abarque el 100% de la población (pilar solidario o no contributivo); y
   - **Amplia cobertura del sistema**, esto es, dependientes y toda clase de independientes obligados a cotizar (pilar contributivo obligatorio).

[4] En Chile la tasa de informalidad en el empleo es de 28,2% según la Encuesta Nacional de Empleo del INE.

c. **Sustentabilidad:**
   - Establecimiento de una PBU, en carácter de permanente, con **recursos fiscales disponibles** (pilar solidario o no contributivo) y/o creación de un **Fondo Soberano del Estado** o con recursos fiscales que constituyan una reserva para el pago de las obligaciones futuras[5].
   - Establecimiento de cotizaciones previsionales destinadas a **ahorro individual** incentivando el esfuerzo personal y financiamiento de la propia pensión (pilar contributivo obligatorio)[6].
   - Establecimiento de ciertos **parámetros o requisitos** de acuerdo con el mercado laboral chileno y su nivel salarial, tales como tasa de cotización adecuada, edad de jubilación conforme a expectativa de vida de la población, etc.

d. **Suficiencia:**
   - Establecimiento de una PBU que garantice un **mínimo de subsistencia**, pero que no desincentive la cotización en el sistema de pensiones;
   - Establecimiento de **parámetros o requisitos** de acuerdo con la realidad del mercado laboral chileno, ejemplo: tasa de cotización adecuada para la tasa de reemplazo que se persigue.

e. **Integralidad:**
   - En materia de pensiones, otorgamiento de prestaciones, al menos, de las contingencias básicas de un sistema de pensiones, esto es, **vejez** (pensión de vejez), **menoscabo en la capacidad de trabajo** (Pensión de invalidez total o parcial), **muerte** del sustento del grupo familiar (pensiones de sobrevivencia), **desempleo** (pago de cotizaciones previsionales para evitar lagunas) y **gastos de funeral** del trabajador o pensionado (cuota mortuoria).

2. BASES:

Los sistemas de pensiones requieren una cierta base institucional que da la Constitución Política y que permite el establecimiento de un sistema flexible cuya regulación esté entregada a la ley, preferentemente con un quórum superior al de una ley común para dar certeza y estabilidad en el tiempo. Los temas más importantes para considerar son:

a. **Rol del Estado:** El rol primordial y esencial del Estado en esta materia es de ser **"garante del derecho a la seguridad social"**. Para tales efectos, debe cumplir un **rol educador**, **fiscalizador** y **regulador** del sistema pudiendo, pero no necesariamente ser uno de los prestadores de este;

b. **Delegación legal (ley común o quórum especiales):** La regulación del sistema de pensiones debe estar entregada al legislador preferentemente con una **ley de quórum especial** y con **reserva de iniciativa al Poder Ejecutivo** -históricamente ha sido así- dando una estabilidad, certeza y permanencia jurídica;

c. **Prestadores del sistema:** La seguridad social en Chile, desde sus orígenes, ha permitido la participación no solo del Estado sino también de los cuerpos intermedios en la administración y otorgamiento de las prestaciones, esto es, la existencia de prestadores públicos y privados en esta materia[7];

d. **Ahorro de los recursos previsionales:** Los sistemas de pensiones modernos han reconocido la importancia del ahorro para su financiamiento, quedando atrás los modelos tradicionales de reparto.

---

[5] Irlanda, Noruega, Canadá, Chile, entre otros países, tienen fondos soberanos o estatales para garantizar el pago de las pensiones no contributivas.

[6] Países como Chile que tienen un pilar contributivo basado en la capitalización individual, en donde el trabajador es propietario de sus fondos, tiene la garantía de que el pensionado siempre gozará de una pensión y no está sujeto a requisitos especiales, por ejemplo, años de cotización, para acceder a un beneficio previsional.

[7] Los sistemas sueco, canadiense, australiano, entre otros, tienen administradores privados que gestionan los recursos financieros del pilar contributivo obligatorio.

La inversión de las cotizaciones previsionales en instrumentos financieros permite que los Fondos de Pensiones se vean incrementados considerablemente en el largo plazo[8].

Cabe destacar la importancia del **ahorro individual** en los pilares contributivos obligatorios por:

i. **Financiamiento de la pensión:** Los sistemas que contemplan ahorro bajo capitalización individual, como uno de los componentes del pilar contributivo obligatorio, financian gran parte de la pensión por esta vía[9] ;
ii. **Sentido de pertenencia al sistema:** Se refleja el esfuerzo personal, por un lado y, por el otro, es un instrumento eficiente para lograr una mayor cobertura del grupo de trabajadores independientes e incentivar la participación del sector informal; y
iii. **Uso excepcional de los recursos para fines específicos:** Permite dar mayor tangibilidad al ahorro sí, bajo determinados requisitos, se puede utilizar para fines particulares, como por ejemplo la adquisición de una primera vivienda.

La utilización de **cuentas nocionales** parece ser un mecanismo transitorio para aliviar la carga fiscal en el financiamiento de las pensiones, dado que la ganancia que genera para los trabajadores es menor a aquella que se obtendría en el mercado de capitales local o extranjero[10];

e. **Propiedad de los recursos previsionales y herencia:** Los sistemas de pensiones deben establecerse no solo mirando la realidad económica y del mercado laboral del país, sino también su realidad sociocultural. En Chile, la **propiedad de los fondos previsionales** y su calidad de **heredables**, a falta de beneficiarios de pensiones de sobrevivencia, es un atributo arraigado en la población que incentiva la participación en el sistema y, por ende, favorece la formalidad en el empleo y el cumplimiento de la obligación de cotizar[11]; y

f. **Libertad de elección:** La seguridad social en Chile frente a la existencia de prestadores públicos y privados, desde siempre ha permitido elegir entre unos y otros, ejemplos de ello son salud (Fonasa versus Isapres) y en accidentes del trabajo y enfermedades profesionales (Instituto de Seguridad Laboral (ISL) versus mutualidades).[12]

IV.- TÉCNICA LEGISLATIVA EN LA CONSAGRACIÓN DE LOS DERECHOS SOCIALES, ECONÓMICOS Y CULTURALES: DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL, DERECHOS PREVISIONALES

La Constitución de un país es la norma de más alta jerarquía del ordenamiento jurídico que establece las bases sobre las cuales se relacionará el Estado, a través de sus poderes, y las personas que viven en ese Estado. Por consiguiente, no es un instrumento para establecer o dictar políticas públicas, sino que es el marco que fija las bases, en este caso, para garantizar el acceso a prestaciones en materia de pensiones.

[8] En el pilar contributivo obligatorio del sistema de pensiones chileno, administrado por las AFP, los trabajadores que han cotizado 35 años o más casi el 80% de sus fondos de pensiones corresponde a rentabilidad o ganancia y solo un 20% a las cotizaciones previsionales.

[9] El sistema sueco tiene una tasa de cotización de 2,5% de la remuneración a una cuenta individual, 16% de la remuneración a una cuenta nocional, esto es, 18,5%, de los cuales el 2,5% contribuye en 1/3 del financiamiento de la pensión final, lo que muestra la relevancia del ahorro individual en la construcción de la pensión.

[10] La rentabilidad del sistema nocional sueco en el período comprendido entre 1995 y 2020 fue de 3,1%, mientras que la rentabilidad del sistema de capitalización individual sueco que se cotiza con el 2,5% de la remuneración, en el mismo período de 1995 a 2020, fue de 7,1%.

[11] Encuesta Criteria, octubre 2021, el 93% de los encuestados está a favor de la heredabilidad de los Fondos de Pensiones versus un 4% en desacuerdo y un 3% no sabe o no contesta. Según la misma encuesta, un 86% quiere que las cotizaciones sean de su propiedad y vayan a una cuenta individual, versus un 11% que no lo quiere y un 3% que no sabe o no contesta.

[12] Siguiendo el mismo ejemplo del sistema de pensiones sueco, los trabajadores pueden elegir que los recursos de su capitalización individual (2,5% de su remuneración) sea administrado por un ente público o por un entre privado, lo que implica un involucramiento del trabajador en la construcción de su pensión.

De esta forma, el derecho a la seguridad social se puede reconocer como:

1. **Declaración de principios**: en un texto breve o detalladamente, consagrando los principios o características que no pueden omitirse en su regulación legal; y
2. **Asegurándolo como un derecho justiciable**: otorgando una protección al derecho mediante acciones judiciales que permitan recurrir a los tribunales de justicia para exigir su cumplimiento. Tal protección la dará el Estado según su capacidad fiscal.

V.- PROPUESTA DE ARTICULADO PARA EL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL Y DE LOS DERECHOS PREVISIONALES

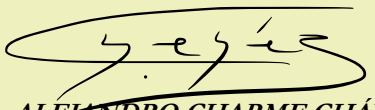
El derecho a la seguridad social como derecho humano debe ser reconocido constitucionalmente **en forma amplia y sin restricciones que impidan su ejercicio**. Los sistemas de pensiones pueden estructurarse bajo un Modelo Multipilar de contribución definida y/o de beneficio definido, por lo que el texto que consagre su reconocimiento no debe limitar al legislador en su establecimiento. Por consiguiente, su aseguramiento, garantía, protección o tutela por parte del Estado debe ser **breve y genérica**.

PROPUESTA GENERAL: Considera el derecho a la seguridad social como un todo, sin distinción de contingencias:

"El Estado asegura y garantiza a toda persona el derecho a la seguridad social. El legislador por ley de quórum calificado regulará las distintas contingencias de la seguridad social mediante el otorgamiento de prestaciones uniformes que podrán otorgarse por prestadores públicos o privados, permitiendo la libertad de elección, cuyo financiamiento podrá establecerse a través de cotizaciones obligatorias, destinación de tributos, establecimiento de exenciones y franquicias tributarias e ingresos generales de la nación, tutelando la sustentabilidad de los distintos sistemas de la seguridad social."

PROPUESTA COMPLEMENTARIA: Complementa la propuesta general con ciertos atributos o características especiales para el sistema previsional o de pensiones:

"En materia previsional el Estado asegura y garantiza una pensión básica universal que permita una subsistencia mínima, de cargo fiscal, cuyo monto se fijará respetando la responsabilidad financiera del Estado. Las cotizaciones obligatorias serán de cargo del trabajador y del empleador, pudiendo existir bonificaciones y subsidios fiscales. El financiamiento del sistema debe considerar el ahorro como fuente principal de su sustentabilidad y sus recursos se destinarán exclusivamente a fines previsionales. El ahorro individual será de propiedad del trabajador."



ALEJANDRO CHARME CHÁVEZ

Breve biografía del autor: Licenciado en Derecho (Pontificia Universidad Católica de Chile), Abogado, Master of Laws & Certificate in Business Administration (Northwestern University Pritzker School of Law & Kellogg School of Management), Diplomado en Derecho y Política de la Competencia (Derecho, Universidad de Chile) y Diplomado en Tributación (FEN, Universidad de Chile), ex Fiscal de la Superintendencia de AFP y de Pensiones, ex Jefe de Asesores del Ministerio del Trabajo y Previsión Social, Director Ejecutivo del Observatorio de Pensiones y Mercado Laboral Perspectivas y experto en temas de seguridad social y corporativos.