

MINUTA SOBRE LA CONSTITUCIONALIDAD  
DEL PROYECTO DE REFORMA CONSTITUCIONAL

Fernando Atria

TABLA DE CONTENIDOS

§ 1. Introducción, 1

SOBRE LA INCONSTITUCIONALIDAD DEL PROYECTO

El primer argumento de inconstitucionalidad:  
¿es inconstitucional la derogación tácita?, 2

§ 2. El argumento formulado, 2

§ 3. Es un argumento doblemente incorrecto.

La primera razón, 2

§ 4. La segunda razón, 3

El segundo argumento de inconstitucionalidad:  
el quórum de reforma, 4

§ 5. El segundo argumento explicado, 4

§ 6. La primera versión de este argumento, 4

§ 7. La segunda versión de este argumento, 5

LA DEMOCRACIA Y LA CONSTITUCIÓN, 7

§ 8. La Constitución, la ley y las AFPs, 7

§ 9. Su responsabilidad ante esta decisión, 8

§ 1. Introducción. Se me ha pedido mi opinión sobre la constitucionalidad de l proyecto de reforma constitucional que autoriza al retiro del 10% del ahorro previsional en atención a las condiciones creadas por la catástrofe de la pandemia actualmente en desarrollo. En esta presentación explicaré, en la primera parte, por qué los dos argumentos que se han dado para fundar esta supuesta inconstitucionalidad son manifiestamente incorrectos y luego, en la segunda, terminaré con algunas consideraciones sobre lo que está en juego en lo que a la constitucionalidad de este proyecto se refiere.

## SOBRE LA INCONSTITUCIONALIDAD DEL PROYECTO

Se ha sostenido que el proyecto enfrenta objeciones de constitucionalidad por dos razones.

El primer argumento de inconstitucionalidad: ¿es inconstitucional la derogación tácita?

La primera es porque sería un "resquicio" para eludir la exigencia del art. 65 N° 6, conforme al que las leyes sobre seguridad social son de iniciativa exclusiva del Presidente de la república.

§ 2. El argumento formulado. Este argumento descansa en un supuesto tan trivialmente falso que es algo enojoso comentarlo. En un programa de televisión el día de ayer, la ex ministra de educación Marcela Cubillos explicó cuál sería, a su juicio, la inconstitucionalidad, diciendo que:

Tendrían que haber presentado un proyecto de reforma constitucional para eliminar la iniciativa exclusiva del presidente. Pero no puedes dejar en un artículo que hay iniciativa exclusiva para las normas de seguridad social y por artículos transitorios cambiarlas. Eso es un resquicio.

§ 3. Es un argumento doblemente incorrecto. La primera razón. Es difícil reaccionar a un argumento de este tipo. Porque la respuesta es, como está dicho, algo enojosa. El argumento es doblemente incorrecto. Es incorrecto, primero, porque las normas sobre iniciativa exclusiva son aplicables solo a los proyectos de ley. El artículo 127 de la Constitución, en el capítulo sobre reformas constitucionales, dispone que

Los proyectos de reforma de la Constitución podrán ser iniciados por mensaje del Presidente de la República o por moción de cualquiera de los miembros del Congreso Nacional, con las limitaciones señaladas en el inciso primero del artículo 65.

Nótese la referencia del artículo 127 al artículo 65, cuyo inciso 4° contiene las reglas sobre iniciativa exclusiva. El artículo 65 es aplicable a los procedimientos de reforma constitucional, pero solo su inciso 1°, es decir, solo la especificación de que los proyectos de reforma constitucional no pueden ser patrocinados por más de 10 diputados o 5 senadores.

¿Tiene esto sentido, o es aprovecharse de una mala técnica jurídica, un mero formalismo? La respuesta es clara. Por cierto que tiene sentido. Las reformas constitucionales exigen un quórum muchísimo más alto que las reformas legales (3/5 o 2/3), y este quorum muy alto explica que en este caso la iniciativa exclusiva no se aplicable. Una cosa es que el Presidente de la República puede impedir que la mayoría del Congreso discuta y decida una determinada cuestión y otra es que pueda impedir una discusión cuando se trata de 3/5 de los senadores y diputados en ejercicio. Que la Constitución consagre una forma aguda de presidencialismo no quiere decir que somete enteramente el Congreso a la voluntad del Presidente.

§ 4. La segunda razón. Pero el argumento, como está dicho, es doblemente errado, porque incluso si lo anterior fuera incorrecto y hubiera una contradicción entre la reforma constitucional y el inciso 4° del artículo 65 es incorrecto decir que mientras el artículo 65 no sea modificado iniciar un proyecto de reforma constitucional sobre una materia de seguridad social es un resquicio. Las cosas son exactamente al contrario, cuando uno las mira desde el punto de vista del derecho y no del deseo político partidista. Por cierto, si el legislador (constitucional) quiere cambiar una determinada regulación legal o constitucional puede proceder del modo que es del gusto de la ex ministra: primero derogar la norma vigente, después dictar otra con un contenido distinto. Pero es evidente que no necesita actuar de ese modo, y que en muchos casos no se justifica hacerlo. Es claro que el legislador constitucional puede no modificar la norma vigente, y simplemente dictar una nueva norma que está en conflicto con ella. En ese caso la nueva norma modifica, en lo que sea incompatible, la norma antigua, que se dice quedar, para ese caso, tácitamente derogada. Como es posible que el legislador quiera dar a un caso excepcional y único una solución diferente de la norma general (como es precisamente en el caso en estudio), obligarlo en todos los casos a derogar primero la norma antigua sería absurdo.

Por cierto, la derogación tácita supone que la nueva norma es al menos del mismo rango que la norma anterior: la nueva ley puede derogar tácitamente a la antigua ley, una reforma constitucional puede derogar tácitamente una norma legal o constitucional anterior.

Lo anterior es una trivialidad que es parte indisputada de la cultura jurídica chilena desde al menos 1855, en que se promulgó el Código Civil, cuyo artículo 52 dispone precisamente que la derogación es tácita "cuando la nueva ley contiene disposiciones que no pueden conciliarse con las de la ley anterior". Nótese cómo el Código Civil reconoce la posibilidad que la ex ministra de educación negaba: el legislador puede, naturalmente, modificar una regulación por la vía de derogar primero una regla y luego dictar una distinta. Pero también puede, como lo reconoce expresamente el Código Civil, hacerlo por la vía de dictar derechamente una nueva norma contraria a la anterior, que entonces se entenderá derogada.

#### El segundo argumento de inconstitucionalidad: el quórum de reforma

§ 5. El segundo argumento explicado. Se ha recurrido a otro argumento para objetar la constitucionalidad del proyecto de reforma constitucional. En este segundo argumento, la reforma actual sería inconstitucional porque se estaría tramitando conforme al quorum regular de 3/5, cuando debería sujetarse al quórum especial de 2/3.

La regla en cuestión aquí es la del inciso 2° del artículo 127, que dispone que el quorum normal de reforma constitucional es de 3/5, pero que en el caso de ciertos capítulos especialmente designados se ha de aplicar un quorum calificado de 2/3.

Entre esos capítulos de quórum agravado de reforma se encuentra el capítulo 3, de los derechos y deberes constitucionales.

§ 6. La primera versión de este argumento. En la primera de dos posibles versiones de este argumento, el proyecto modificaría el derecho a la seguridad social, contenido en el artículo 19 N°18.

El proyecto en cuestión pretende modificar este artículo, y por consiguiente debe someterse al quórum de reforma del capítulo 3 (2/3), y dar a esta iniciativa la forma de disposición transitoria es solo un subterfugio para evitar esta conclusión.

El argumento es insostenible. Es claro que el proyecto se mueve dentro de los términos constitucionales. Es decir, en toda esta discusión nunca ha estado en cuestión que, en cuanto a su contenido, el proyecto es perfectamente constitucional. Si no fuera por las reglas sobre iniciativa exclusiva, de hecho, habría sido un proyecto de ley de quorum calificado.

¿Es un subterfugio que este proyecto introduzca una disposición transitoria? Para responder esta pregunta hay que atender al contenido del proyecto. Éste no pretende crear un derecho permanente a retirar el 10% de los ahorros previsionales, sino un derecho excepcional y temporal, lo que está reiteradamente enfatizado en el texto aprobado por la Cámara de Diputados. Se trata de una autorización para retirar una parte de los ahorros previsionales que es "excepcional", a propósito "del estado de catástrofe decretado a causa del COVID-19", "por única vez".

Siendo una autorización excepcional y única para realizar algo, es enteramente apropiado que se haga a través de una disposición transitoria que no suma ni resta al derecho a la seguridad social. En consecuencia no hay razón alguna para exigir se sujete a un quorum de 2/3.

§ 7. La segunda versión de este argumento. Otro argumento que se ha usado para sostener la inconstitucionalidad del proyecto por haber sido aprobado con un quorum de 3/5 en vez de 2/3 es que él fija un destino distinto del previsional para el fondo formado por lo que el DL 3500 llama "cotizaciones" previsionales. El argumento sería que el artículo 19 N°18 obliga a destinar las cotizaciones a fines puramente previsionales y que destinarlos a cualquier otro fin sería contrario a lo dispuesto en ese artículo. Esta segunda versión del argumento impugna lo observado más arriba, la constitucionalidad del contenido del proyecto, porque ahora la

tesis es que si fuera un proyecto de ley, aun iniciado por el presidente de la república, sería inconstitucional.

¿Por qué podría ser inconstitucional una ley que especificara para las cotizaciones previsionales un fin distinto del puramente previsional? El artículo 19 N°18 no especifica el régimen de las cotizaciones; de hecho, no dice siquiera que el sistema de pensiones ha de ser uno de capitalización individual, que se basa en el ahorro en cuentas de ahorro individual. En el concepto de cotizaciones, entonces, no hay nada que justifique la inconstitucionalidad de una regla que especifica un fin distinto del previsional para las cotizaciones, cuyo régimen puede ser enteramente fijado por la ley.

La respuesta a esta pregunta no está en el número 18 sino 24 del artículo 19, en la protección constitucional de la propiedad. Los trabajadores, se dice, son los dueños de sus ahorros previsionales, por lo que si la ley los destinara a algo que no fuera en su beneficio (por ejemplo, a un seguro social) estaría infringiendo el derecho de propiedad del titular de estos ahorros.

Esta es la razón que en su momento se esgrimió en contra del fondo solidario del AUGE: se dijo que las cotizaciones de salud eran propiedad del cotizante, y en consecuencia que ellas "ceden a favor exclusivo del beneficiario y sus familiares legalmente reconocidos". Por eso, sostuvo en su momento el profesor José Luis Cea, la idea de destinar una parte de ellas a un fondo común y solidario era constitucionalmente objetable<sup>1</sup>. Esta tesis era entonces y es ahora, a mi juicio, incorrecta, lo que parece ratificado por iniciativas anunciadas por este gobierno de introducir al sistema privado de salud formas de solidaridad para evitar discriminación por sexo y edad.

Pero supongamos que el profesor Cea estaba en lo correcto y que entonces la destinación del ahorro previsional a fines distintos de los previsionales sería inconstitucional por

---

<sup>1</sup> Cea, Derecho Constitucional Chileno. Santiago: Ediciones Universidad Católica, p 212.

infringir el derecho de propiedad. Incluso en este caso el argumento ahora analizado carece de sentido. Porque lo que ahora se discute no es cualquier destinación del ahorro previsional a fines no previsionales, sino una que consiste en permitir al dueño acceder a sus ahorros. Quienes digan que viola el derecho de propiedad que la ley autorice a los trabajadores a retirar ahorros de su propiedad, están usando como excusa el derecho de propiedad. Porque este argumento entonces es una manera de negar la propiedad. Una cosa es aceptar, como lo ha hecho recientemente el Tribunal Constitucional (en una sentencia a mi juicio errada) que la ley pueda limitar el derecho de propiedad del dueño prohibiéndole usarla y disponer de ella por décadas con la feble excusa de que se trata de un "patrimonio de afectación"; Otra, que reduce el derecho de propiedad a una burla, es decir que es inconstitucional que la ley autorice al dueño a acceder a su propiedad en casos notoriamente calificados.

No hay razón alguna por la que el proyecto deba sujetarse, en contra del texto del artículo 127, a un quórum especialmente agravado de reforma constitucional. Por consiguiente, su tramitación conforme al quórum normal de 3/5 es acorde con las exigencias constitucionales.

#### LA DEMOCRACIA Y LA CONSTITUCIÓN

Los dos argumentos anteriores son tan evidentemente insuficientes que corresponde preguntarse por el sentido de que la tramitación de un de reforma que tiene la urgencia de este deba dedicar tiempo a discutirlos. Con dos consideraciones sobre esto quiero terminar mi exposición.

§ 8. La Constitución, la ley y las AFPs. Hace pocos meses, cuando la discusión pública estaba orientada de modo cada vez más decisivo sobre el tema constituyente, a medida que la fecha del plebiscito de abril se acercaba, todos escuchamos, de parte de muchos de los que hoy alegan la inconstitucionalidad de este proyecto, que las AFPs no estaban en la Constitución. Es decir,

que la Constitución aseguraba el derecho a la seguridad social, pero que la forma en que ese derecho se organizaba no era una cuestión constitucional sino legal. Cuando la Fundación La Casa Común, que presido, junto a la coordinadora No+AFP, inició la campaña #DecidoYo, con la finalidad de obtener el reconocimiento judicial de la genuina propiedad sobre los fondos previsionales de los trabajadores, se nos objetó que eso era desviar del foro donde esa cuestión debía regularmente producirse, el foro legislativo, hacia otros foros, en ese caso el foro judicial.

Muchos de los que protestaban con vehemencia que era un error decir que la Constitución protegía a las AFP hoy aparecen diciendo que este proyecto de reforma constitucional sería inconstitucional; los mismos que entonces nos acusaban de negar la deliberación política por la vía de recurrir de protección aparecen hoy diciendo que la deliberación política no puede hacerse cargo de este problema, pese a que se ha logrado un consenso extraordinaria de 3/5 de los diputados y parece que se va a obtener al menos ese mismo quórum en el Senado.

Todas las apelaciones a la deliberación democrática son vacías si resulta que cualquier subterfugio es suficiente para evitar esa deliberación. A mi juicio, alegar que la derogación tácita es un resquicio o que para este proyecto es necesario un quórum excepcional de 2/3 es apelar a cualquier subterfugio con la finalidad de evitar la decisión que se trata. Es una manera mucho más brutal que interponer recursos de protección de impedir la deliberación democrática, porque estos subterfugios, de ser exitosos, estarían mostrando que las AFPs son más constitucionales que la propia constitución. Que si se trata de defender las AFPs, vale redefinir la idea de derogación tácita o extender del modo más indiscriminado posible las reglas que limitan la deliberación democrática. Sería una manera de decir que las AFPs son más importantes que el propio principio democrático.

§ 9. Su responsabilidad ante esta decisión. Es importante que los senadores tengan presente lo que está en juego en esta discusión.



Con independencia de la posición que cada uno asume en el debate previsional, con independencia del juicio que a cada uno merezcan las AFPs, supongo que no digo algo controvertido cuando observo que durante los últimos 10 años o algo así se ha ido generalizando en la ciudadanía un rechazo considerable a las AFPs. Como decía antes, uno podrá pensar que se trata de un rechazo justificado o injustificado, pero no puede negarse esta creciente deslegitimación de esas instituciones, que ha llegado al punto de manifestarse en multitudinarias marchas en varias ciudades del país.

Y frente a esta creciente indignación ciudadana, ¿qué es lo que los ciudadanos han observado a la política institucional hacer? ¿Cómo la política institucional ha mostrado su capacidad para conducir, en un sentido u otro, esa creciente protesta ciudadana? A mi juicio la respuesta es indudable: la política institucional ha sido incapaz de enfrentar los intereses de las AFPs, lo que desde el punto de vista ciudadano ha sido tomado, a mi juicio, como un reconocimiento de que la política institucional, esa "deliberación democrática" en cuyo nombre nos llamaban a no recurrir a los tribunales de justicia, en realidad no está atenta a las necesidades ciudadanas, porque los intereses de las AFPs son para ella mucho más relevantes. Esto ha hecho una contribución a mi juicio principal e innegable a la deslegitimación de la política institucional, que es lo que hoy está en juego. Esta es la acusación bajo la cual ustedes tienen que decidir esta cuestión, esta es la responsabilidad que la historia les cobrará. En este contexto, derrotar este proyecto con argucias constitucionales en vez de enfrentar derechamente la pretensión que él contiene y pronunciarse sobre ella, por cierto desde el punto de vista que cada uno de ustedes considere justificado, será una manera en que ustedes estarán diciendo a los ciudadanos que las instituciones democráticas son para las AFPs, no para los ciudadanos.