

# EL DERECHO DE LA SEGURIDAD SOCIAL COMO HERRAMIENTA DE INCLUSIÓN SOCIAL DEL ESTADO DEMOCRÁTICO CONSTITUCIONAL

## THE RIGHT TO SOCIAL SECURITY AS A TOOL FOR SOCIAL INCLUSION OF THE CONSTITUTIONAL DEMOCRATIC STATE

PATRICIA FUENZALIDA MARTÍNEZ\*

Abogada

### 1. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo tiene por objeto efectuar un análisis acerca del rol de la Seguridad Social, desde una perspectiva como aquella propuesta por Luhmann<sup>1</sup> en su *Teoría de Sistemas*, lo que importará estudiar su comportamiento en tanto elemento integrante de un sistema social en particular, esto es, el sistema jurídico de toda organización política que pretenda erigirse como un Estado Constitucional Democrático, de modo de intentar determinar qué características debiera cumplir un sistema de Seguridad Social compatible con ese tipo de organización política.

Lo anterior, en los términos propuestos, supondrá definir qué rol cumple y cómo se relaciona el subsistema Seguridad Social con este sistema mayor, al cual debiera ser funcional a fin de justificar su necesidad y, de este modo, su existencia. Para ello, deberemos establecer cuáles son las principales características del sistema jurídico de que debe dotarse todo Estado Constitucional Democrático, de acuerdo a los fines que este pretende cumplir, y entonces, analizar el rol que en ese escenario le cabe a la Seguridad Social y cómo aporta a la persecución de esos fines, considerando que al ser esta un subsistema del sistema jurídico, necesariamente deberá ser funcional a aquel para poder reproducirse y sobrevivir.

---

\* Abogada. Profesora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Juez Titular Segundo Juzgado del Trabajo de Santiago. Contacto: patita.fm@gmail.com

<sup>1</sup> Para un análisis sobre la obra de Luhmann, ver, entre otros: FUCITO (2008) pp. 89; URTEAGA (2010) pp. 301-317.

## 2. EL SISTEMA JURÍDICO COMO BASE DEL ESTADO DEMOCRÁTICO CONSTITUCIONAL

Según lo expuesto, la primera pregunta a contestar es qué características comparten las sociedades occidentales contemporáneas y, para ello, debemos considerar que si intentásemos encontrar un elemento común que nos permitiera caracterizar a los sistemas jurídicos de todas estas sociedades occidentales, al menos, durante el periodo que va desde la segunda mitad del siglo XX en adelante, bien podríamos destacar la pretensión de todos ellos de servir de base al establecimiento de un Estado Democrático Constitucional, de acuerdo a la nomenclatura propuesta por el profesor Ferrajoli<sup>2</sup>, o más simplemente, Estado de Derecho. Ambos entendidos como organizaciones políticas en que todos los sujetos a los Poderes del Estado sirvan y estén sujetos al imperativo de la paz, la justicia y los derechos fundamentales<sup>3</sup>, de modo que el Estado se legitime mediante la procreación y respeto del ambiente necesario para la realización de los derechos fundamentales<sup>4</sup>.

En efecto, tras las tragedias que enfrentó el mundo durante la primera mitad del siglo XX, las sociedades occidentales han profundizado su compromiso con la democracia y la paz, buscando regular sus actuaciones por procedimientos y mecanismos que fomenten el dialogo interno e internacional, a fin de evitar la repetición de hechos como aquellos ya vividos. Es así que se han realizado numerosos esfuerzos por avanzar desde democracias procedimentales hacia democracias materiales, en que la igualdad y la inclusión sean una realidad para todos sus habitantes.

Supuesto entonces, como propone Luhmann, a partir de los estudios del biólogo chileno Humberto Maturana<sup>5</sup>, que el sistema jurídico se auto reproduce, creándose y auto conservándose mediante la producción de sus propios elementos<sup>6</sup>, lo cierto es que para poder crecer y desarrollarse, conforme con la definición que de sí mismo que se ha dado, éste debe producir normas que sean eficaces en cuanto a modificar la realidad social del Estado en que se sitúa, de modo que esta realidad sea acorde con la auto imagen o auto definición del propio sistema jurídico.

En concreto, un sistema jurídico que pretenda ser la base y sostén de un Estado Democrático Constitucional, debe ser capaz de producir normas e instituciones idóneas y eficaces para lograr incorporar a la vida política y jurídica del país a la mayor cantidad posible de sus habitantes, además de brindarles las condiciones necesarias para poder participar de manera igualitaria. Y,

<sup>2</sup> FERRAJOLI (2010), pp. 25-32, sostiene que en los Estados Democráticos Constitucionales, la validez de ley no se sustentará en ser expresión de la mayoría o haberse adoptado conforme a cierto procedimiento, sino que se determinará en función de su contenido sustantivo, el que debe ajustarse a la constitución, esto es, a los principios de justicia que derivan de los derechos fundamentales, mínimos indisponibles y límite último de la soberanía.

<sup>3</sup> FERRAJOLI (2010) pp. 25-32.

<sup>4</sup> FERREYRA (2015) p. 47.

<sup>5</sup> URTEAGA (2010) p. 305.

<sup>6</sup> "Como autopoieticos nosotros queremos designar aquel tipo de unidades que producen y reproducen los elementos de los que están constituidos, a partir de los elementos de los que están constituidos. Todo lo que estos elementos utilizan como unidad (ya se trate de elementos, de procesos, de estructuras, de sí mismos) deben ser producidos mediante esas mismas unidades. O dicho de otro modo: no existe ninguna unidad que se desempeñe como input para el sistema; ni ningún output que sirva de unidad que no provenga del sistema. Esto no quiere decir que no haya ninguna relación con el entorno, pero estas relaciones se sitúan en un nivel de realidad distinto al de la autopoiesis (Luhmann, 1995, p. 56)". Citado en RODRÍGUEZ Y TORRES (2003) pp. 106-140.

por cierto que resulta del todo relevante saber qué es lo que el sistema pretende ser, ya que ello será determinante al elaborar e interpretar las normas jurídicas<sup>7</sup>.

Este tránsito desde las democracias procedimentales hacia las democracias sustantivas, resulta especialmente evidente a partir del proceso de constitucionalización de los Derechos Sociales iniciado en 1917. Los sistemas jurídicos que han participado de este proceso, han avanzado desde el reconocimiento y la protección de los tradicionales derechos civiles y políticos, que garantizaban la participación desde un punto de vista más bien formal o procedimental, imponiendo al Estado, principalmente, deberes de abstención, hacia la creación de mecanismos e instituciones tendientes a mejorar la calidad de dicha participación, imponiendo al Estado la obligación de adoptar acciones concretas, a fin de garantizar el acceso de todos los miembros de la sociedad a determinados bienes y servicios, que se estiman necesarios como condición previa de una participación democrática efectiva.

En orden a lograr la inclusión y participación de todos los miembros de la sociedad, como el Estado de Derecho se ha auto impuesto, y dar eficacia a las normas que el mismo se ha otorgado, el sistema jurídico debe, entre otras cosas, arbitrar los medios para minimizar los efectos de los riesgos sociales que afectan a los ciudadanos, dado el potencial que estos eventos poseen de aislar o excluir a los grupos o individuos que los experimentan. Resulta bastante evidente que aquellas personas o grupos afectados por alguno de los “cinco gigantes” que, según William Beveridge, debía combatir la Seguridad Social<sup>8</sup>, tendrán menores posibilidades de participación democrática que el resto de la población o que, al menos, tendrán mayores dificultades para ejercer una participación informada y libre.

Es por ello que, dentro del conjunto de normas que los sistemas jurídicos que pretenden ser democráticos deben otorgarse a fin de mejorar y ampliar la base de ciudadanos que participan de la vida política nacional, el Derecho del Trabajo y el Derecho de la Seguridad Social, cumplen un rol importantísimo en tanto herramientas de inclusión social, al permitir la incorporación al sistema de personas que quizás no logren participar activamente de la vida política, económica o cultural del país, por carecer de los recursos (económicos, educacionales u otro) necesarios para ello, pero, que sí logran ser parte de la sociedad, al constituirse en trabajadores y, más aún, en sujetos de protección social, campo este último de bastante mayor amplitud.

### 3. LA SEGURIDAD SOCIAL COMO HERRAMIENTA DE INCLUSIÓN SOCIAL

Para poder evaluar correctamente el rol de la Seguridad Social en tanto herramienta de inclusión social y política, es necesario recordar en qué consiste aquella.

A este respecto, tenemos que la Organización Internacional del Trabajo (OIT) ha dicho que la Seguridad Social es “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 de 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” (Cifuentes *et al.* 2013 p. 41). En tanto que, en nuestro medio, el profesor Alfredo Bowen, la ha definido como “El

<sup>7</sup> Luhmann sostiene que la meta de la Sociología no es describir el contexto y los efectos sociales del Derecho, sino que proponer un marco conceptual que incluso influya en la elaboración e interpretación de las normas jurídicas. Citado en: HERSANT (2014) p. 161.

<sup>8</sup> Estos gigantes eran la miseria, la enfermedad, la ociosidad, la ignorancia y la necesidad. Citado por: NOVOA (1977) p. 30.

conjunto de principios que reconocen a todo ser humano el derecho a los bienes indispensables para prevenir sus contingencias sociales y cubrir sus efectos y que regulan las condiciones requeridas para ello” (en: Cifuentes *et al.* 2013 p. 40).

Ambas definiciones, con mayor o menor detalle, destacan que la principal preocupación de la Seguridad Social es el mantener una continuidad de ingresos tal, que permita a las personas acceder a determinados bienes y servicios considerados indispensables, no obstante la circunstancia de verse afectadas por un riesgo o contingencia social. Cuestión no menor, si consideramos las dificultades que tendrá, quién no tiene resueltas estas cuestiones básicas, para ocuparse de otras cuestiones relativas a la vida política nacional o, al menos, las dificultades que tendrá para ocuparse de tales asuntos del mismo modo y en la misma medida que quienes tienen su supervivencia inmediata garantizada. Ello, supuesto, además, que la inseguridad, el riesgo o la contingencia, son situaciones connaturales al hombre, con las que siempre ha debido coexistir<sup>9</sup>.

Pues bien, el sociólogo Robert Castel<sup>10</sup>, se pregunta, precisamente, si es posible que la Seguridad Social actual, construida sobre el concepto de trabajo dependiente, pueda erigirse en un mecanismo de inclusión social. Desde ya, podemos adelantar que si la respuesta a dicha pregunta es que la Seguridad Social, diseñada sobre el concepto de trabajo dependiente, no resulta funcional a la vocación democrática del Estado, por no lograr cumplir con la finalidad de incluir a toda la población bajo su ámbito de protección, entonces, deberíamos concluir que ello supondría un fracaso o, al menos, una contradicción de aquel sistema jurídico que, pretendiéndose democrático, se da a sí mismo normas que no son capaces de incluir a toda la población, ni garantizarle condiciones de vida mínimamente aceptables, que hagan posible su participación en la vida política del país.

A fin de contextualizar este cuestionamiento, Castel explica cómo en las sociedades “premodernas”, la protección frente a los estados de necesidad se encontraba en los grupos de proximidad, principalmente, familia y cuerpos de oficios. Luego, el Estado Liberal la sitúa en la propiedad privada, sin embargo, uno de los problemas que ello plantea –siempre según Castel– es que no sirve a quienes no tienen propiedad, traduciéndose en la exclusión de importantes sectores de la sociedad. En tanto que el Estado de Derecho, pretende corregir la exclusión, trasladando el fundamento de la integración social, desde la calidad de propietario a la calidad de sujeto de derecho, construyendo una serie de protecciones fuertes al trabajo, junto a un nuevo tipo de propiedad, la propiedad social, con lo cual se asegura la rehabilitación a los no propietarios.

En el marco del Estado Social, y por cierto, dentro del camino hacia la democracia sustancial, inclusiva y participativa, es que el sistema jurídico asume para sí la carga de reducir los riesgos, surgiendo el concepto de “sociedad salarial”<sup>11</sup>, que se organiza después de la Segunda Guerra Mundial en la Europa Occidental, en que todos (o casi todos) los individuos están cubiertos por sistemas de protección social construidos a partir del trabajo, de modo que la inmensa mayoría de

<sup>9</sup> La Organización Internacional del Trabajo destacaba el año 2006, que: “Una gran mayoría (aproximadamente el 80 por ciento) de la población mundial vive en condiciones de inseguridad social, es decir, que carece de acceso a la seguridad social formal, más allá de la remota posibilidad de apoyarse en sus familias, parientes o comunidades para asegurarse un nivel de vida. De este 80 por ciento, el 20 por ciento vive en la extrema pobreza, la forma más cruel de inseguridad. Mientras que el índice global de la pobreza puede mejorar lentamente, la pobreza y la inseguridad siguen ascendiendo de manera galopante y están enquistadas en muchos lugares del mundo, muy especialmente en África. Los progresos orientados a la consecución del Objetivo 1 de los Objetivos de Desarrollo del Milenio (ODM) (“reducir la pobreza a la mitad en 2015”) son demasiado lentos y el logro oportuno de ese objetivo está en duda”. ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (2006).

<sup>10</sup> CASTEL (2003) pp. 17 y ss.

<sup>11</sup> CASTEL (2003) p. 42.

la población asciende a la ciudadanía social, pasando a formar parte efectiva del Estado, cuestión que se logra con la consolidación del estatuto del trabajo, que permite a la mayor parte de la población acceder a la propiedad social, que representa un homólogo a la propiedad privada.

Ahora bien, si aceptamos como cierto lo dicho por este autor, en cuanto a que la propiedad social se ha erigido en instrumento de inclusión, sumando ingentes masas a la vida de estos sistemas sociales denominados Estado Democráticos Constitucionales o Estados de Derecho, en tanto que la propiedad privada sería más bien un elemento de exclusión, por cuanto impide a quienes no pueden acceder a ella participar de la vida política del país, como ocurriría por ejemplo en un sistema basado en formulas tales como el voto censitario. Entonces, resulta pertinente y necesario, preguntarnos si el sustentar la Seguridad Social en el trabajo dependiente podría importar una contradicción del sistema jurídico, al construir este subsistema de protección social, que debiese incluir a toda la población, sobre la base de un nuevo medio de exclusión, como sería el acceso al trabajo dependiente.

Volviendo al razonamiento de Castel, éste sostiene que una sociedad no puede fundarse exclusivamente en un conjunto de relaciones contractuales entre individuos libres e iguales (como de algún modo lo suponen las tradicionales libertades civiles y políticas), pues excluye a todos aquellos cuyas condiciones de existencia no pueden asegurar la independencia social necesaria para entrar en paridad en un orden contractual<sup>12</sup>.

De acuerdo a tales argumentos y a la pregunta antes enunciada, acerca de si el trabajo dependiente es un adecuado fundamento de la Seguridad Social, podemos precisar algunos problemas que ello presenta. En concreto, ¿cómo puede el trabajo erigirse en el elemento de inclusión social en sociedades que no logran garantizar el acceso al empleo formal para todos sus miembros? O, dicho de otro modo, ¿no ocurre entonces que el trabajo formal puede ser un elemento tan excluyente como lo era antes la propiedad privada?

Nuestra respuesta a dichas interrogantes es que sí, el trabajo en las actuales condiciones sociales y económicas, puede cumplir el rol de exclusión que la propiedad privada desempeñó en el Estado Liberal, y es por eso que la Seguridad Social, si realmente quiere ser tal, si efectivamente pretende ajustarse a aquello que sus principios le ordenan cumplir y ser, además, funcional a los fines del Estado Democrático Constitucional, debe ir más allá de la condición de trabajador y construirse a partir del concepto de ciudadanía, de modo de prestar una protección suficiente y digna a todas las personas, sólo por el hecho de tales, independiente de su situación laboral.

Es así que la seguridad Social debe incorporar, no sólo a quienes logran acceder a una relación laboral de manera formal, sino a todos los miembros de la sociedad, en el entendido que de un modo u otro, sea como trabajador dependiente, independiente, dueña de casa, u otro, todos los ciudadanos realizan un aporte a la sociedad, y que, además, la promesa de inclusión y participación formulada por el Estado de Derecho va dirigida a todos ellos por igual.

En efecto, el Estado Democrático Constitucional, pretende integrar a la sociedad a todos o, al menos, a la mayor parte posible de sus miembros, y para ello es fundamental asegurarles a todos una vida digna, compatible con su calidad de persona humana, siendo ese, precisamente, el rol que debe cumplir la Seguridad Social. Para ello, debe enfocarse en asegurar o proteger especialmente a aquellos a quienes que carecen de propiedad o trabajo, ya que son precisamente ellos quienes enfrentan las mayores dificultades para auto sustentarse, ellos son quienes deben soportar una serie de circunstancias que, de no mediar el amparo que el sistema jurídico les otorga mediante la Seguridad Social, les pueden hacer imposible la vida digna.

<sup>12</sup> CASTEL (2003) p. 53.

#### 4. ¿DE QUÉ TIPO DE SEGURIDAD SOCIAL HABLAMOS?

Como hemos dicho previamente, aún construida sobre el concepto de empleo dependiente y formal, la Seguridad Social puede seguir cumpliendo con su rol en tanto mecanismo de inclusión, en particular de aquellos sectores más desprotegidos por el resto del sistema jurídico, en la medida que el trabajo dependiente no sea su único fundamento, sino que se construya de manera más amplia, proveyendo los medios para proteger de modo digno y suficiente a todas las personas, aún cuando, estas no hayan logrado establecer una relación laboral de tipo formal de manera estable durante su vida activa, incluyendo por ejemplo, a trabajadores independientes, dueñas de casas, y demás personas que han aportado al crecimiento nacional en calidades distintas a las de trabajador dependiente.

Para sostener lo anterior, consideramos, como primera cuestión, que la propia evolución de la Seguridad Social apunta en esa dirección, en efecto, las Leyes Bismarck de fines del siglo XIX (que caracterizan a la Seguridad Social tradicional), otorgaban protección únicamente a los trabajadores y, entre ellos, particularmente a los más desprotegidos, esto es, a los obreros. Mientras que a partir del informe Beveridge<sup>13</sup> (que inaugura la Seguridad Social moderna, como conocemos hoy a esta segunda etapa), se pone el acento en la extensión de la Seguridad Social a todos los residentes, desde el nacimiento y hasta la muerte, incluyendo a dueñas de casa, empresarios o independientes, adultos sin ingresos, niños etc.<sup>14</sup>.

Esta evolución es recogida por los conceptos que de Seguridad Social formulados por distintos autores, los cuales, en su acepción amplia, destacan, justamente, la protección a todas las personas, destacando dentro de los principios que le deben servir de guía a la universalidad subjetiva. El propio Beveridge, sostiene que “la Seguridad Social tiene por objeto abolir el estado de necesidad, asegurando a cada ciudadano en todo tiempo, una entrada suficiente para hacer frente a sus responsabilidades” (Citado en Novoa 1977 p. 45), misma línea que a nivel nacional sigue el Informe Prat<sup>15</sup>, que la define como “la rama de la política socio-económica de un país por la cual la comunidad protege a sus miembros asegurándoles condiciones de vida, salud y trabajo, socialmente suficientes, a fin de lograr mejor productividad, mayor progreso y más bienestar común” (Citado en Lanata 2001 p. 10).

De este modo, la doctrina reconoce que la Seguridad Social debe proteger a todas las personas (principio de universalidad subjetiva), y por lo tanto, no resulta legítimo ligarla directamente (o únicamente) a la calidad de trabajador (formal o con contrato) que sólo detenta parte de la población.

En segundo término, la Seguridad Social pretender ser un derecho fundamental, calidad que le es reconocida a nivel internacional, entre otros instrumentos, por la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948<sup>16</sup>, en tanto que en nuestro ordenamiento le es reconocida por el

<sup>13</sup> Informe Beveridge es el nombre con que se conoce el producto de aquella Comisión Interministerial a la cual, durante el año 1941, el Gobierno Británico le encomendó realizar un estudio tendiente a formular recomendaciones para una reforma del sistema de pensiones. Informe que no sólo se transformaría en profundas modificaciones en el sistema Inglés, sino en la Seguridad Social mundial, dando origen a sus principios y a las principales características con que la conocemos hoy. En: NOVOA (1977) p.29.

<sup>14</sup> NOVOA (1977) pp. 21-31.

<sup>15</sup> Durante el año 1959, el gobierno del Presidente Jorge Alessandri, designó a una comisión cuya misión sería examinar y analizar el sistema de seguridad social nacional, comisión presidida por don Jorge Prat Echaurren, la que elaboró trece informes, conocidos en su conjunto como “Informe Prat”. LANATA (2001) p. 10.

<sup>16</sup> Su artículo 22 dispone: “*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*

artículo 19 N° 18<sup>17</sup> de la Constitución Política de la República. Ahora bien, para poder ser efectivamente tal, es necesario que su manto protector se extienda a todas las personas, como consecuencia directa de la dignidad humana que todas poseen, y no sólo a ciertos sectores de ella, de conformidad a lo mandatado por el inciso primero del artículo 19 de la Constitución, que establece que aquella “asegura a todas las personas”, los derechos que a continuación indica.

En tercer lugar, no sólo la doctrina apoya la idea de que la Seguridad Social debe avanzar por el camino de la separación con el mundo del trabajo y la inclusión de aquellos sectores no trabajadores, sino que ello también ha sido recogido por la legislación. En este punto, no obstante que podríamos citar diversas normas nacionales, analizaremos a modo de ejemplo lo ocurrido con el sistema previsional actualmente en vigencia, inicialmente regulado por el Decreto Ley 3.500 de 13 de noviembre de 1980, y modificado, entre otras, por la ley 20.255 de 17 de marzo de 2008, que establece la reforma previsional.

Hasta antes de dicha norma, en materia previsional, regía el D.L. 3.500 del año 1980, que establece un sistema previsional basado en el ahorro que cada trabajador e imponente voluntario hace en un sistema administrado por privados, el que mediante la capitalización de dicho ahorro, acumula, de manera individual, fondos con pretensión de suficiencia, para financiar una pensión de vejez, cuyo monto y duración en el tiempo, dependía directamente del total de dineros ahorrados, la rentabilidad que se había obtenido mediante la inversión de dichos fondos, y la expectativa de vida de cada individuo.

En tal escenario normativo, aquellas personas que no contaban con ahorro suficiente, por no haber podido acceder al mercado formal del trabajo, ser dueñas de casa o cesantes, y que tampoco contaban con recursos para cotizar en calidad de voluntarios, quedaban excluidos del sistema y sólo podían acceder a una pensión asistencial, financiada y administrada por el Estado, bastante restringida en su otorgamiento y cuyos montos estaban lejos de asegurar una vida digna.

Como es fácil de advertir, un sistema con las características descritas estaba lejos de cumplir con los fines y principios de la Seguridad Social, y por el contrario, vulneraba gravemente algunos principios sobre los cuales esta se asienta, en particular, los principios de solidaridad, universalidad y suficiencia. Es por ello que el sistema fue modificado, a través de la citada ley 20.255, que en este punto y sin perjuicio de otras modificaciones relevantes, reemplaza a las pensiones asistenciales por un sistema de pensiones básicas solidarias y pensiones con aporte solidario, además de hacer obligatoria la cotización de los trabajadores independientes.

Una consecuencia inmediata de dicha modificación legal es el ampliar la base de personas beneficiadas y los montos de las prestaciones, con lo que se pretende cumplir de mejor modo con cada uno de los principios mencionados, garantizando una vida digna a más personas, incluso a quienes no han podido acceder a un trabajo formal o lo han hecho sólo de manera esporádica o discontinua.

Por cierto que también existen opiniones contrarias a la idea de separar la calidad de beneficiario de la Seguridad Social de la calidad de trabajador. A éste respecto, se ha dicho que la Seguridad Social no debe ser sinónimo de política social del Estado y que no tiene por fin eliminar la pobreza, sino sólo aquellos riesgos o contingencias definidos como propios, lo que supone que

---

*de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad.”*

<sup>17</sup> Su artículo 19, señala: “La Constitución asegura a todas las personas:...

18°.- El derecho a la seguridad social.

*Las leyes que regulen el ejercicio de este derecho serán de quórum calificado.*

*La acción del Estado estará dirigida a garantizar el acceso de todos los habitantes al goce de prestaciones básicas uniformes, sea que se otorguen a través de instituciones públicas o privadas. La ley podrá establecer cotizaciones obligatorias.*

*El Estado supervigilará el adecuado ejercicio del derecho a la seguridad social.”*

el acceso a los beneficios se pueda focalizar de manera preferente en los trabajadores, en tanto que quienes quedan fuera del mercado del trabajo formal, puedan acceder a la asistencialidad pública.

Aquellos autores que defienden conceptos restringidos de la Seguridad Social, como Gascón y Marín, Pérez Botija y otros<sup>18</sup>, destacan la necesidad de diferenciarla de la política social del Estado, por cuanto ambas tienen distintos fines y mecanismos de acción, siendo esta última de una amplitud mucho mayor, con distintos sustentos doctrinarios y filosóficos, sin que los principios de la Seguridad Social sean aplicables a la política social del Estado. No obstante de tratarse de una discusión no resuelta, los seguidores de Beveridge, todavía plantean, con buenos motivos, que la Seguridad Social debe abolir todo estado de necesidad, y que, en sentido amplio, es una política de bienestar, generadora de paz social<sup>19</sup>, incluyendo así entre sus ramas, cuestiones tales como medicina social, políticas habitacionales y de pleno empleo, entre otras. Inclusión que no es de extrañar, si pensamos que dichas ramas tienen directa incidencia en la disminución de ciertos riesgos que sí son reconocidos indiscutiblemente como propios de la Seguridad Social, tales como las enfermedades, cesantía, etc., que por regla general, benefician precisamente a aquellos sectores más vulnerables y excluidos.

En segundo lugar, diversos autores sostienen que es razonable que la justicia conmutativa tenga alguna cabida en la Seguridad Social (tradicionalmente enmarcada dentro de la justicia distributiva), ya que al exigir el otorgamiento de la prestación de una afiliación y cotización previa, de cargo del trabajador e imponente voluntario (vinculando así a la Seguridad Social con el desarrollo de una actividad remunerada formal), se favorecen la participación y responsabilidad del afiliado, quien ve a la prestación como algo propio y no como un mero beneficio o gracia estatal, destacando así su naturaleza de derecho patrimonial, permitiéndole exigir prestaciones de mejor calidad, acordes con un estilo de vida similar al que tenía durante su época activa y no una apenas digna<sup>20</sup>.

Sin ir más lejos, lejos nuestro sistema previsional descansa sobre el aporte del trabajador, actualmente dependiente e independiente, y del imponente voluntario<sup>21</sup>, aporte que de este modo sirve de fundamento del derecho a la pensión, además de ser un elemento que incidirá en la determinación de su monto, lo que describe un sistema que no resulta ajeno a la noción de justicia conmutativa, en particular, en su forma previa a la Ley 20.255. Escenario que es modificado por dicha ley, la que al establecer los pilares solidarios antes referidos, permite que una serie de personas, quienes cumplan los requisitos previstos en la norma, obtengan pensiones superiores a las que correspondería de acuerdo a su ahorro individual; que puedan obtener pensiones superiores a los ingresos que percibían mientras estaban en actividad, ello si consideramos que el monto actual de la pensión máxima con aporte solidario es superior al sueldo mínimo; o que, incluso, puedan acceder a pensiones sin haber efectuado ahorro o aportes previos, esto último, en el caso de las pensiones básicas solidarias.

Por otra parte, debemos considerar que si bien aún hay buenos argumentos para sostener la necesidad de mantener ciertos correlatos entre el monto de la remuneración que perciben las personas durante su vida laboral con algunas prestaciones de aquellas que otorga la Seguridad Social, como ocurre por ejemplo con aquellos subsidios que pretenden reemplazar la remuneración en caso de suspensión temporal de la capacidad de trabajo, lo cierto es que aquellas tesis que veían a la prestación como una remuneración diferida se encuentran superadas, justamente porque el

<sup>18</sup> NOVOA (1977) pp. 47-48.

<sup>19</sup> NOVOA (1977) p. 45.

<sup>20</sup> NOVOA (1977) pp. 192-193.

<sup>21</sup> LANATA (2001) p. 44.



aporte del imponente no descansa en una obligación de tipo conmutativa, no se cotiza para luego poder exigir la prestación, sino que la cotización es una carga social impuesta en razón de bien común, sin que por lo demás, todos los beneficiarios del sistema tengan la obligación de cotizar.

En efecto, el sistema de Seguridad Social debe establecer mecanismos que permitan otorgar prestaciones aún a aquellos que no han cotizado, cuestión que en nuestro sistema se logra de manera bastante más digna a partir de la Ley 20.255, puesto que ello es una exigencia inmediata de los principios de solidaridad y universalidad, y una exigencia mediata del bien común y la paz social. En tanto que la ausencia de mecanismos que permitan asegurar prestaciones a quienes se han visto impedidos de cotizar, transformaría a la Seguridad Social en un sistema de aseguramiento privado, sin ningún tipo de base o sustento filosófico y sin principios inspiradores, como ocurría con los seguros sociales que le sirven de antecedente.

Finalmente, en un argumento relacionado con el anterior, aunque tomado esta vez desde el ángulo del financiamiento de la Seguridad Social, se sostiene que esta debe contemplar un sistema contributivo, incluyendo el aporte de los propios trabajadores asegurados. Atendido que la satisfacción de los estados de necesidad de los ciudadanos requiere disponer de una cantidad importantes de recursos económicos, se ha discutido extensamente acerca de cual debe ser el origen de tales recursos, existiendo voces que han propugnado tanto sistemas financiados en base a aportes del empleador, del trabajador, del Estado, o de combinaciones de los anteriores<sup>22</sup>.

Considerando las distintas fórmulas de financiamiento propuestas, es claro que aquellas que abogan por aportes únicos de trabajadores o empleadores, acentúan el vínculo entre la Seguridad Social y el Derecho del Trabajo, y que las que mejor se avienen con los principios y fines de la Seguridad Social son las de tipo mixtas, con participación del Estado, empleadores y trabajadores, modalidad que ha sido recomendada por la Organización Internacional del Trabajo, a fin de evitar que la Seguridad Social se transforme en una carga muy pesada, especialmente para las personas de recursos más modestos<sup>23</sup>. La OIT en su XXVI Reunión de Filadelfia de 1944 y en instrumentos posteriores, como el Convenio 102 de 1952, ha señalado que la Seguridad Social debe construirse en base a aportes tripartitos, destacando el rol del Estado.

Lo anterior, por cuanto se estima que es este tipo de financiamiento el que permite a la Seguridad Social cumplir de mejor modo sus fines, contando con recursos suficientes para atender a aquellos que no pueden aportar, a quienes, el bien común, exige se le aseguren sus riesgos del mismo modo y con la misma calidad o suficiencia que respecto de quienes sí cotizan, y que dichos riesgos sean cubiertos con aportes de todos sus conciudadanos, cumpliendo así con el principio de solidaridad que inspira a la Seguridad Social, logrando además aquella redistribución de la renta, que si bien no es un fin propio de la Seguridad Social, disminuye la situación de desprotección de amplios sectores<sup>24</sup>.

<sup>22</sup> NOVOA (1977) pp.191-194.

<sup>23</sup> El artículo 71 del Convenio 102 OIT, C102 - Convenio relativo a la norma mínima de la seguridad social, adoptado en Ginebra, 35ª reunión CIT (28 junio 1952), dispone que:

*1. El costo de las prestaciones concedidas en aplicación del presente Convenio y los gastos de administración de estas prestaciones deberán ser financiados colectivamente por medio de cotizaciones o de impuestos, o por ambos medios a la vez, en forma que evite que las personas de recursos económicos modestos tengan que soportar una carga demasiado onerosa y que tenga en cuenta la situación económica del Miembro y la de las categorías de personas protegidas.*

*2. El total de cotizaciones de seguro a cargo de los asalariados protegidos no deberá exceder del 50 por ciento del total de recursos destinados a la protección de los asalariados y de los cónyuges y de los hijos de éstos. Para determinar si se cumple esta condición, todas las prestaciones suministradas por el Miembro, en aplicación del presente Convenio, podrán ser consideradas en conjunto, a excepción de las prestaciones familiares y en caso de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales, si estas últimas dependen de una rama especial."*

<sup>24</sup> NOVOA (1977) pp. 194-196.

## 5. CONCLUSIONES: HACIA UNA SEGURIDAD SOCIAL INCLUSIVA

Tras todo lo expuesto, huelga decir que en el mundo actual, que bien describe José Luis Rey<sup>25</sup>, en que el trabajo se vuelve cada vez más inestable y precario, se hace aún más urgente que la Seguridad Social vuelva su cara a aquellos que no han podido acceder a un empleo formal, dotándolos de aquella seguridad que no se pueden proveer por sí mismos, lo que supone, entre otras cosas, profundizar la separación entre la obligación de cotizar y el derecho a la prestación, única forma de garantizar efectivamente a toda persona en cada tiempo y lugar una prestación digna y suficiente, además, por cierto, de adoptar mecanismos, como pensiones mínimas y otros, que permitan mejorar la situación de quienes han cotizado en base a ingresos muy bajos. Tendencias, ambas, que han sido recogidos por las últimas reformas a nuestro sistema de Seguridad Social y que se encuentran, asimismo, entre las consideraciones que se plantean respecto de las reformas por venir<sup>26</sup>.

Lo anterior, supone que un sistema jurídico que pretende constituir el sustento normativo de un Estado Democrático Constitucional, debe desarrollar estructuras adecuadas, que le permitan no sólo asegurar la producción de sus elementos, sino hacerlo de manera acorde a lo que el propio sistema pretende<sup>27</sup>.

En el caso en análisis, esto es, el conjunto de normas, principios e instituciones que forman la Seguridad Social, ello importa que el sistema debe estar atento al efecto que producen las distintas normas, favoreciendo aquellas que mejor se avienen con los fines de igualdad e inclusión, necesarios para una democracia efectiva, y eliminando o, al menos, modificando aquellas que se traducen en mayor exclusión.

Como advertíamos, nuestro sistema jurídico, especialmente durante los últimos años, ha venido recogiendo aquella idea, y así se refleja en el Mensaje con que el Ejecutivo da inicio a la tramitación del proyecto que concluiría en la Ley 20.255, que indica: “La reforma reconoce que todos los trabajadores contribuyen al desarrollo de nuestro país, tanto los dependientes como los independientes, permanentes, ocasionales o temporales, mujeres y hombres. Todos ellos merecen contar con un ingreso que les permita gozar de una vida digna en la vejez”<sup>28</sup>; agregando luego que “Una mayor seguridad para las personas no sólo contribuye a la equidad, sino también al crecimiento. Cuando las personas se sienten más seguras, se atreven, emprenden, innovan, llevan sus mejores ideas a la práctica y crean riqueza y prosperidad”<sup>29</sup>.

Es así que la inevitable conclusión de todo el análisis previo es que un sistema de seguridad social que quiera ser tal, en el contexto de un Estado Constitucional Democrático, debe necesariamente buscar el desarrollo de mecanismos que le permitan incluir a todas las personas, en lugar de considerar sólo a aquellas que han desarrollado labores de manera dependiente y estable, debiendo extender su campo protector, traducido en prestaciones dignas y suficientes, a todas las personas que forman parte de la Nación y que, de uno u otro modo, han contribuido a su desarrollo.

<sup>25</sup> REY (2003).

<sup>26</sup> A este respecto, es posible considerar las evaluaciones y propuestas contenidas en los informes emanados de la Comisión de Usuarios del Sistema de Pensiones, disponibles en: <http://www.comisionusuarios.cl>; así como el trabajo realizado por la Comisión Asesora Presidencial sobre el Sistema de Pensiones, cuyo trabajo está disponible en: <http://www.comisionpensiones.cl>

<sup>27</sup> Estructura entendida en tanto selección de posibilidades restringidas de puesta en relación de elementos, de modo que la incertidumbre inducida por el futuro se encuentre reducida, permitiendo de este modo al sistema asegurar y regular la reproducción de sus elementos. URTEAGA (2010) p. 314.

<sup>28</sup> Historia de la Ley N° 20.255, de 2008.

<sup>29</sup> Historia de la Ley N° 20.255, de 2008.

Lo anterior se justifica porque los principales beneficiados con dicha inclusión no son sólo aquellas personas y familias favorecidas por pensiones de mayor calidad, sino que la sociedad completa y su sistema político. Una Seguridad Social inclusiva beneficia a toda la sociedad y al Estado, al ampliar la base de personas en condiciones de participar activamente en la vida política, económica y social del país, aportando a su desarrollo, beneficiando tanto el crecimiento del país, la profundidad de su democracia, y sentando las bases para la pervivencia de la organización política.

## BIBLIOGRAFÍA

- CASTEL, Robert (2003): *La inSeguridad Social, ¿qué es estar protegido?*. (Ed. Manantial, Buenos Aires, 2003).
- CIFUENTES, Hugo; ARELLANO, Pablo; WALKER, Francisco (2013); *Seguridad Social: parte general y pensiones*. (Ed. Librotecnia, Santiago).
- FERRAJOLI, Luigi (2010): *Democracia y garantismo*. (Ed. Trotta, España, segunda edición).
- FERREYRA, Raúl. (2015): *Fundamentos constitucionales*. (Ed. Ediar, Buenos Aires).
- FUCITO, Felipe (2008), "La teoría del derecho de Niklas Luhmman: una crítica sociológica", *Anuario de filosofía jurídica y social*, Nº 28.
- HERSANT, Jeanne (2014): "Una sociología de los funcionarios del poder judicial chileno en el contexto de la reforma procesal penal", en: MILLALEO, Salvador; OYANEDEL, Juan Carlos; PALACIOS, Daniel; y ROJAS, Hugo (editores), *Sociología del derecho en Chile: Libro homenaje a Edmundo Fuenzalida* (Ediciones Universidad Alberto Hurtado y Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Santiago).
- Historia de la Ley Nº 20.255, de 2008.
- LANATA, Gabriela (2001): *Manual de legislación previsional*. (Ed. Lexis Nexis, Santiago).
- NOVOA, Patricio (1977): *Derecho de Seguridad Social*. (Ed. Jurídica de Chile, primera Edición, Santiago).
- REY, José Luis (2003): *El derecho al trabajo, ¿forma de exclusión social? Las rentas Mínimas de integración y la propuesta del ingreso básico*. (Universidad Pontificia Comillas de Madrid, Madrid).
- RODRÍGUEZ, Darío; TORRES, Javier (2003): "Autopoiesis, la unidad de una diferencia: Luhmann y Maturana" disponible en: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1517-45222003000100005&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1517-45222003000100005&lng=en&nrm=iso)>
- URTEAGA, Eguzki, (2010): "La teoría de sistemas de Niklas Luhmann", disponible en: <<http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3283017>>

## NORMAS CITADAS

- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Convenio Nº 102, de 28 de junio de 1952, relativo a la norma mínima de la seguridad social.
- Constitución Política de la República.