

EL DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL EN LAS CONSTITUCIONES POLÍTICAS DE CHILE: UNA VISIÓN PANÓPTICA (1833-2012)

HÉCTOR HUMERES NOGUER*

Universidad de Chile

RESUMEN: En este trabajo el autor presenta una completa descripción de la evolución constitucional del derecho a la seguridad social. Repasa las distintas posturas que el ordenamiento constitucional ha dado a este derecho y el papel que ha otorgado al Estado y a los privados en su promoción, financiamiento, control. Culmina su análisis con el estado actual del derecho a la seguridad social, en la Constitución de 1980, el rol subsidiario que se asignó al Estado, y la reciente Reforma Previsional (Ley 20.255) que introdujo un mayor espacio de solidaridad al sistema de capitalización individual.

Palabras clave: *Seguridad social, Constitución chilena, Reforma Previsional, capitalización individual, subsidiariedad, solidaridad.*

ABSTRACT: In this paper the author presents a complete description of the constitutional evolution of the right to social security. He reviews the different positions that the constitutional system has given to this right and the role it has given to the State and the individuals in its promotion, financing, and control. He concludes his analysis with the current state of the right to social security, Constitution of 1980, the subsidiary role that was assigned to the State, and the recent Pension Reform (Law number 20255) which introduced a greater space of solidarity to the individual capitalization system.

Key words: *Lablor law history, 1931 Labor Code, Chilean social laws, labor plan, labor doctrine, Department of Labor.*

1. INTRODUCCIÓN

La Seguridad Social, como tal, ha gozado de un reconocimiento universal desde que fuere conceptualizada en la Declaración Universal de Derechos Humanos, del año 1948, la que en su artículo 22 señala:

“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”.

De allí que diversas cartas fundamentales hayan tendido, en mayor o menor grado, a recepcionar en sus textos, una necesaria referencia a ella, estimándola como una garantía fundamental básica, en el acápite de las denominadas “garantías sociales”¹.

* Abogado, Universidad de Chile. Magíster en Derecho Laboral, Universidad de Chile. Profesor y Director del Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Facultad de Derecho, Universidad de Chile.

¹ PEREIRA MENAUT, Antonio Carlos. *Rule of Law o Estado de Derecho*. Madrid, España: Editorial Marcial Pons, 2003, pp. 76-89.

Como es sabido, la expresión de la voluntad soberana nacional, manifestada en la Constitución Política de un país tiene la más alta importancia, ya que representa el sentir de la sociedad en relación a los objetivos que ella ha estimado como esenciales. La materialización en ella de las citadas garantías sociales alcanza una gravitación relevante; en relación a ellas, los aspectos vinculados a la Seguridad Social han ido cobrando una creciente importancia.

La regulación jurídica de ella a nivel constitucional así lo refleja, lo que si bien no fue lo habitual en el siglo XIX (en el que se privilegiaron las normas vinculadas a los derechos individuales y a la organización de la Nación), en pleno siglo XX se afincó definitivamente en el espíritu de los constituyentes de los diversos países, comenzando por la Constitución alemana de Weimar (1919) y otras que le siguieron; su figuración en los textos posteriores no ha hecho sino reconocer su rango, siendo imposible hoy en día concebir su exclusión.

La Seguridad Social, como disciplina, reconoce su génesis formal a fines del siglo XIX, debido a la genialidad política del canciller Otto von Bismarck, alcanzando un alto grado de desarrollo con la profunda y prolífica actividad desarrollada por Lord William Beveridge, a mediados del siglo siguiente. A contar de aquella época, su evolución ha sido incesante y muy vinculada a los fenómenos socioeconómicos, encontrándose hoy en día sometida a profundas revisiones en relación con su eficiencia y eficacia.

2. EL CONCEPTO DE LA SEGURIDAD SOCIAL Y SU DEBIDA CONCRECIÓN

La Organización Internacional del Trabajo entiende 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 otra manera derivarían de la desaparición o de la fuerte reducción de sus ingresos como consecuencia de enfermedad, maternidad, accidente del trabajo o enfermedad profesional, desempleo, invalidez, vejez y muerte; y también la protección en forma de asistencia médica y de ayuda a las familias con hijos”.

Cada país, en consonancia con las corrientes doctrinarias, ha establecido, según la evolución que ha tenido su sociedad, conceptos que le son propios y que obedecen a la visión que se han formado sobre la materia. En el caso de Chile, la Carta Fundamental nunca ha recogido un concepto específico de Seguridad Social. En este sentido, los órganos administradores y la jurisprudencia administrativa y judicial, operan con diversas concepciones de la misma, siguiendo a determinados tratadistas y corrientes doctrinarias en boga.

La tradición jurídica del país ha determinado que el contenido de la Carta Fundamental sea más bien críptico, con reglas de carácter general, sin entrar a regulaciones específicas, cuyo desarrollo se ha dejado preferentemente en manos del legislador. Ello tiene ventajas y defectos; al efecto se argumenta que ha creado un marco flexible, adecuado a los cambios que impone el avance de la sociedad, pero también es efectivo que ha generado una sensación de incertidumbre en materias fundamentales, lo que, dado el carácter que tiene la Constitución Política, en determinadas ocasiones ha tenido poca relevancia.

Por ello, a nosotros siempre nos ha parecido del caso destacar una concepción originada en la “Comisión de Reforma de la Seguridad Social Chilena”, de la década de los 60, la que la conceptualizó como “La rama de la política socioeconómica 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, más progreso y mayor bienestar comunes”.

Dicho planteamiento, que nos parece muy lúcido y de plena vigencia, denota, como lo afirma la citada Comisión, que “en el estado actual de su evolución, la Seguridad Social constituye un imperativo de la sociedad moderna”.

3. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA SEGURIDAD SOCIAL EN LAS CARTAS FUNDAMENTALES CHILENAS

Resulta de interés efectuar una breve reseña histórica de los preceptos constitucionales que sobre la materia han regido en el país; el apreciar su trayectoria permite adentrarse y comprender cabalmente su evolución, y sostener a su respecto un juicio crítico de valor.

Las Cartas Fundamentales que rigieron en Chile en el siglo XIX se caracterizaron por contener descripciones bastante básicas de los elementos y derechos que forman parte de la Seguridad Social, sin perder de vista que en aquella época, esta rama del derecho no conocía un desarrollo relevante. Así, las Constituciones Políticas de los años 1823, 1828 y 1833 solo contuvieron fundamentalmente normas relativas al cuidado de la salud, encomendándoles todas ellas a las municipalidades la tuición sobre la policía de salubridad, el cuidado de los hospitales y hospicios y otros institutos de beneficencia, de socorro y misericordia.

Ya en el siglo XX, dicha situación tuvo un giro importante al promulgarse la Constitución del año 1925, la cual estatuyó en el capítulo dedicado a las Garantías Constitucionales, en su artículo 10 Nº 14, que se aseguraba a todos los habitantes de la República:

“La protección al trabajo, a la industria y a las obras de previsión social, especialmente en cuanto se refieren a la habitación sana y a las condiciones económicas de la vida, en forma de proporcionar a cada habitante un mínimo de bienestar, adecuado a la satisfacción de sus necesidades personales y a las de su familia. La ley regulará esta organización”.

Asimismo “Es deber del Estado velar por la salud pública y el bienestar higiénico del país. Deberá destinarse cada año una cantidad de dinero suficiente para mantener un servicio nacional de salubridad”.

La Constitución de 1925 se enmarca en un contexto histórico particular. Las masas comienzan a reclamar al poder una mayor participación en la vida cívica y, en el caso chileno, existe una honda crítica a las condiciones socioeconómicas de los más desposeídos, quienes viven en la miseria. Es la llamada *cuestión social*. En tal perspectiva, no resulta extraño que, a juicio de Ruiz Tagle, “La Constitución de 1925 reconoce la doctrina de los derechos sociales y económicos y enfatiza la protección al trabajo, a la industria y a las obras de pro-

tección social”². No obstante ello y en el plano de la técnica constitucional, el derecho a la Seguridad Social fue de un incipiente desarrollo, lo que se advierte en su escueto tratamiento en la Constitución ya mencionada.

De los textos antes transcritos se puede colegir que el constituyente estableció algunas bases fundamentales para la Seguridad Social en la época citada³, las que prácticamente son coincidentes con la dictación de las primeras leyes orgánicas en materia laboral en Chile (1924).

Ellas serían las siguientes, en nuestra opinión:

- a) La protección genérica de las obras de previsión social (muy incipientes en aquella época), con un destacable propósito para el caso de la salud pública y el bienestar higiénico del país.
- b) La asignación de un rol preponderante y exclusivo del Estado, visión muy concordante con el ideario sociopolítico predominante en aquella época; esta idea armonizaba con el concepto de Estado bienestar que se imponía sin contrapeso en aquella época y, por ende, no se consideraba la opción privada como gestor del Sistema.
- c) El aseguramiento de un nivel de suficiencia de los ingresos de los trabajadores.
- d) La regulación de su contenido mediante leyes que desarrollarían sus fundamentos, posición que ha sido mantenida en el eje del tiempo. Los preceptos fundamentales de aquella época rigieron sin mayores variaciones por 45 años, marcando fuertemente la evolución legislativa del caso; solo el año 1970, con la entrada en vigencia del denominado “Estatuto de Garantías Democráticas” (Ley N° 17.398, de 9 de enero de 1971), se introdujeron diversas modificaciones a sus premisas básicas, algunas de ellas de mucha consideración; ellas fueron acordadas entre los partidos políticos de la época, lo que cristalizó en una reforma a la Constitución de 1925. En tal enmienda se incluyó, entre otros, el derecho a la Seguridad Social, como una garantía autónoma e independiente, con un lugar propio en la Carta Fundamental⁴.

Las disposiciones consagradas en dicho Pacto y que fueron objeto de una modificación introducida a la Constitución de 1925, significó que las Garantías Constitucionales establecidas para todos los habitantes de la República en el citado artículo 10, ahora en su N° 16, fuera de allí en adelante el aseguramiento de “El derecho a la Seguridad Social”.

Bajo esta significativa premisa –que muchos han calificado de “meramente programática”–, el Estado se comprometía a adoptar todas las medidas tendientes a la satisfacción de

² CRISTI, Renato y RUIZ-TAGLE, Pablo. *La República en Chile. Teoría y práctica del constitucionalismo Republicano*. Santiago, Chile: LOM Ediciones, 2006, pp. 116. En el mismo sentido, CARRASCO DELGADO, Sergio. *Génesis y vigencia de los textos constitucionales chilenos* –3ª edición–. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2002, p. 158.

³ NOVOA FUENZALIDA, Patricio. *Derecho de Seguridad Social*. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1978, p. 130. HUMERES MAGNAN, Héctor; HUMERES NOGUERA, Héctor. *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1994, pp. 494-495.

⁴ EVANS DE LA CUADRA, Enrique. *Los Derechos constitucionales*. Tomo III –3ª edición–. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2004, p. 55

los derechos sociales, económicos y culturales necesarios para el libre desenvolvimiento de la personalidad y dignidad humanas, para la protección integral de la colectividad y propender a una equitativa redistribución de la renta nacional.

La ley debía cubrir, especialmente, los riesgos de pérdida, suspensión o disminución involuntaria de la capacidad de trabajo individual, muerte del jefe de familia, o de cesantía involuntaria, así como el derecho a la atención médica, preventiva, curativa, y de rehabilitación en caso de accidente, enfermedad y maternidad y el derecho a prestaciones familiares a los jefes de hogares.

El Estado mantendría un Seguro Social de Accidentes para asegurar el riesgo profesional de los trabajadores.

A la luz de las disposiciones precedentemente transcritas, a contar de la reforma citada, las bases de la Seguridad Social en el país se podían caracterizar de la siguiente manera:

- a) Consagración, por primera vez a nivel constitucional, de “el derecho a la Seguridad Social”, otorgándole así un sello prioritario y relevante.
- b) Reforzamiento del rol preponderante del Estado, como el gran gestor de la política de Seguridad Social; asimismo, se le otorgaba a este una amplia responsabilidad en el campo de los riesgos profesionales.
- c) Concepción de la Seguridad Social dotada de una notable amplitud de sus objetivos (socioeconómicos y culturales, vinculados a la personalidad y dignidad humanas).
- d) Establecimiento de la idea de protección integral de la colectividad, y no tan solo del individuo en particular.
- e) Instauración, como idea fuerza de la Seguridad Social, del objetivo de redistribuir la renta nacional, optando así claramente por una definida posición social, política y económica respecto al sistema.
- f) Mantención de la política del texto anterior, en cuanto a reenviar a la ley para plasmar la cobertura a una serie de riesgos especificados con un grado de detalle amplísimo, tal es el caso de pensiones, prestaciones médicas y desempleo.

Como es dable apreciar de su sola lectura, el texto modificatorio que se ha comentado amplió notablemente el marco de acción del sistema consagrado inicialmente el año 1925.

El advenimiento del Gobierno Militar, el año 1973, significó que, tres años más tarde, el texto constitucional cuyo análisis antecede, fuera derogado y reemplazado por el contenido de uno de los instrumentos de aquella época, conocidos bajo la denominación de “Actas Constitucionales”, emitidas por la Junta de Gobierno.

Al efecto se dictaron diversas “Actas Constitucionales”, una de las cuales, la Nº 3, vigente a contar del 18 de septiembre de 1976, derogó el modificado artículo 10 (16) de la Constitución de 1925, sustituyéndolo por un articulado nuevo, asegurando en su Nº 21: “El derecho a la Seguridad Social”.

Esta nueva concepción señaló que –manteniendo el pensamiento que venía de la Constitución de 1925 y que había acentuado el Pacto de Garantías del año 1970– que correspondía al Estado formular la política nacional de Seguridad Social, controlar el funcionamiento del sistema y asegurar el derecho preferente de los afiliados a efectuar su operación.

Asimismo, mantuvo la línea anterior, en cuanto a que la ley establecería un sistema de Seguridad Social que satisficiera de modo *uniforme, solidario y suficiente* los estados de necesidad individuales y familiares producidos por cualquier contingencia y, especialmente, los de maternidad, vejez, muerte, accidente, enfermedad, invalidez, cargas familiares y desempleo, mediante las correspondientes prestaciones, preventivas, reparadoras y recuperadoras.

En el mismo orden de ideas establecía igualmente en el numeral 19° que se reconocía el derecho a la salud, al señalar que el Estado asumía la responsabilidad de garantizar el libre e igualitario acceso a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y de rehabilitación del individuo, correspondiéndole asimismo la coordinación y control de las acciones integradas de salud, y que era deber preferente del Estado la ejecución de acciones de salud, sin perjuicio de la libre iniciativa particular en la forma y condiciones que determine la ley.

Lo precedentemente expuesto implicó introducir un cambio relevante en el marco conceptual del Sistema de Seguridad Social, ya que por vez primera se establece la posibilidad de que el sector privado pudiese tener iniciativas en el Sistema de Seguridad Social; por lo demás, ello significaba el reconocimiento de instituciones de carácter privado legalmente establecidas, que accionaban en el Sistema, como es el caso de las Mutualidades de Empleadores (accidentes del trabajo) y las Cajas de Compensación de Asignación Familiar (CCAF, en el ámbito de las prestaciones familiares).

Los aspectos más sobresalientes del Acta en comentario fueron los siguientes:

- a) Mantención del concepto de la Seguridad Social como un derecho de rango constitucional.
- b) Asignación al Estado de funciones diversas a las que había señalado la Constitución de 1925, ya que en lugar de concebirlo como *ejecutor* responsable de la política, lo conceptualizó como *formulador* de dicha política nacional, *fiscalizador* de la misma y *garante* de los afiliados para operarla.
Es indudable que dicha concepción implica una diversa concepción del rol del Estado respecto al sistema; se podrá observar más adelante cómo este sello se acentúa en la Constitución Política de 1980.
- c) Persistencia en la idea de establecer en manos del legislador la determinación del alcance del sistema, caracterizándolo sí como *uniforme, solidario y suficiente*. Tales rasgos, como se verá posteriormente, no fueron traspasados en su integridad a la Constitución Política de 1980.
- d) Indicación expresa de los riesgos que debían cubrirse especialmente, tanto en el ámbito de las pensiones, como de salud y desempleo.
- e) Una cobertura amplia de las aludidas contingencias, la que debía comprender desde la prevención, hasta la curación y rehabilitación.
- f) Consagración específica del *derecho a la salud*, otorgándole un sello único y relevante y, a nuestro juicio, fundamentalmente programático.
- g) Establecimiento, como deber preferente del Estado, de la ejecución de acciones de *salud*, pero abriendo la posibilidad de que por vez primera se estableciera a nivel consti-

tucional, la opción para la *participación de privados* en el sistema. Esta característica se convertirá, más adelante, en una de las vigas maestras del nuevo sistema, establecido en conformidad al siguiente texto constitucional.

Es indudable la influencia que la dictación de esta Acta tuvo en el país, ya que implicó innovaciones de envergadura –como la participación de los privados– pero manteniendo la base de la ideología que había inspirado a los textos constitucionales anteriores.

3.1. ANÁLISIS DEL DERECHO DE LA SEGURIDAD SOCIAL ESTABLECIDO EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1980, REFORMADA EL AÑO 2005

La Constitución Política de 1980, actualmente vigente, dispone en el Capítulo III, que trata de los Derechos y Deberes Constitucionales, artículo 19 N° 18, que se asegura a todas las personas:

“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 supervisará el adecuado ejercicio del derecho a la Seguridad Social”.

Este numeral ha de entenderse complementado por el numeral 9 del mismo artículo 19, el que garantiza:

“El derecho a la protección de la salud.

El Estado protege el libre e igualitario acceso a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y de rehabilitación del individuo.

Le corresponderá, asimismo, la coordinación y control de las acciones relacionadas con la salud.

Es deber preferente del Estado garantizar la ejecución de las acciones de salud, sea que se presten a través de instituciones públicas o privadas, en la forma y condiciones que determine la ley, la que podrá establecer cotizaciones obligatorias.

Cada persona tendrá el derecho a elegir el sistema de salud al que desee acogerse, sea este estatal o privado”.

Finalmente, se debe señalar que el ya citado artículo 19, en su numeral 7, letra h), establece que “No podrá aplicarse como sanción la pérdida de derechos previsionales”.

El texto comentado consagra así las siguientes bases esenciales:

- a) Reafirmación de la existencia de un denominado “*derecho a la Seguridad Social*”, manteniendo así la línea de pensamiento que ya venía desde la reforma de 1970. Siendo este aspecto sumamente destacable, nos parece que habría sido conveniente determinar con algún grado de precisión su contenido, ya que, como es sabido, la va-

riedad y profusión de definiciones acerca de lo que debe entenderse por este derecho, coloca la citada acepción en un punto de amplia discusión.

Podría el constituyente haber adoptado un camino similar al seguido por la Carta Fundamental anterior, en lo que se refiere a enumerar –no taxativamente, sino a título meramente ejemplar– los componentes básicos del sistema, a fin de evitar cualquier eventual interpretación restrictiva del mismo; creemos que ello habría servido de matriz orientadora para hacer perceptible con mayor certeza el pensamiento del constituyente.

Esto cobra especial relevancia al tomar en consideración que el artículo 62 de la Constitución Política –al establecer que ciertas leyes solo las podrá originar el Presidente de la República– considera entre esas materias justamente a las que puedan “establecer o modificar las normas sobre Seguridad Social o que incidan en ella, tanto del sector público como del sector privado”.

- b) Especificación de que las leyes que regulen esta materia habrán de ser aprobadas con “*quórum calificado*”. Dicha mención obliga a remitirse al inciso final del artículo 63 de la misma Constitución, el que establece que “las normas legales de quórum calificado se establecerán, modificarán o derogarán por la mayoría absoluta de los diputados y senadores en ejercicio”.

Consecuencia de ello, toda norma relativa a este respecto deberá ser aprobada sujetándose a dicho quórum. No obstante, debe tenerse presente que un sector de la doctrina constitucional ha estimado que dicha circunstancia no es tan clara, ante el tenor del Nº 4 del artículo 60 de la Constitución Política, el cual, al enumerar las materias que son objeto de ley común, menciona, entre otras, a “las materias básicas relativas al régimen jurídico laboral, sindical, previsional y de Seguridad Social”.

Hasta la fecha, tanto el Poder Legislativo como el Tribunal Constitucional han entendido que se trata de leyes de quórum calificado, dando aplicación así a la tesis amplia, la que compartimos, por cuanto estimamos que dada la trascendencia e impacto de esta materia, amerita que se produzca a su respecto un claro acuerdo de mayoría. Ello resguarda debidamente el contenido del derecho a la Seguridad Social, sin exponerlo a una eventual contingencia derivada de una mayoría simple circunstancial.

- c) Readecuación del rol del Estado; en esta materia se produce un cambio de envergadura, por cuanto el constituyente focaliza en forma principal su acción en *servir de garante del acceso al goce de prestaciones básicas uniformes, para todos los habitantes del país*.

En relación a ello, debe tenerse presente que se trata de *prestaciones básicas*, lo que deberá ser necesariamente explicitado en las leyes que regulen específicamente cada componente del derecho en comentario; de igual manera, debe tomarse en consideración que se trata de *prestaciones uniformes*, buscando, por esta vía, establecer una regulación similar para todos los beneficiarios.

Asimismo, cabe tener presente que la garantía señalada ha sido establecida a favor de todos los habitantes del país, sin efectuar distinción alguna entre nacionales o extran-

jeros, cualquiera sea su tiempo de permanencia en el país o condición de ella. Naturalmente que el acceso a las prestaciones requiere el cumplimiento de otros requisitos regulados en las leyes respectivas.

- d) Establecimiento, por primera vez en el país, de la opción de que las prestaciones sean *otorgadas tanto a través de instituciones públicas como privadas*. Esta disposición implicó el cambio más relevante en la materia respecto de las cartas fundamentales anteriores, ya que se abrió la posibilidad de que las prestaciones las pudieran otorgar entidades de carácter privado, sin distinguir entre entidades con o sin fines de lucro, abriendo así un campo absolutamente novedoso y pionero en esta materia. La existencia de esta norma ha significado un vuelco sustancial en la operatoria de los diversos componentes del sistema de Seguridad Social chileno, cambiando radicalmente su composición y alcances; hoy día, treinta años después, es posible apreciar en su debida magnitud la trascendencia de este fundamental cambio de política socioeconómica.
- e) Establecimiento de la opción de *generar por ley cotizaciones previsionales*, dando así margen a que exista una base impositiva de carácter imperativo para el financiamiento de las prestaciones, las que podrán ser complementadas por otras de carácter netamente voluntario, estableciendo así otra característica básica, cual es la de incentivar a los afiliados a fin de propender a una mejoría de sus prestaciones a base del esfuerzo individual.
- f) Reserva para el *Estado la supervisión y control* del derecho a la Seguridad Social, posición doctrinaria que el país ha seguido escrupulosamente desde antaño y que el constituyente recogió plenamente. Esta especial característica ha sido plasmada en la creación de órganos de control muy modernos, tecnificados y eficientes –las Superintendencias–, que le han permitido al Estado cumplir de manera muy prolija la función encomendada por el constituyente.
- g) Asegura a todas las personas el derecho *a la protección de la salud*, estableciendo la responsabilidad del Estado de garantizar el libre e igualitario acceso a las acciones de salud, pero relevándolo de su rol ejecutor exclusivo.
- h) Contempla como *deber preferente del Estado el garantizar la ejecución de acciones de salud*, pero destacando que ello es sin perjuicio de la libre iniciativa privada. Dicha situación ha implicado un cambio relevante en esta materia, generando una gran innovación en el área y una readecuación del rol del Estado en la materia.
- i) Reconocimiento, de un modo irredargüible, *del derecho de las personas para elegir el sistema de salud por el cual desean atenderse*, ya sea carácter estatal o privado. Es de hacer notar que se ha otorgado así una prioridad *a la decisión personal* por sobre una acción del Estado de carácter general.

j) Establecimiento de la facultad de *imponer cotizaciones obligatorias* para el financiamiento de todas las prestaciones del sistema; con ello se margina el constituyente de la opción de establecerlas en carácter de únicas y da paso así a la opción de que existan cotizaciones de carácter voluntario, con la finalidad de obtener mejores beneficios.

k) *Imposibilidad de imponer como sanción la pérdida de los derechos previsionales*, lo que nos parece acorde con la naturaleza de esta clase de derechos y un resguardo adecuado a las importantes prestaciones que se consagran en el ámbito del sistema de Seguridad Social.

3.2. SEGURIDAD SOCIAL Y ORDEN INTERNACIONAL

Chile ha suscrito varios tratados y ha adoptado una serie de Convenios emanados de la Organización Internacional del Trabajo que guardan relación, directa e indirectamente, con el derecho a la Seguridad Social.

En el caso de los tratados internacionales, revisten una notoria importancia, puesto que al versar sobre derechos humanos, deben ser cumplidos y respetados por el Estado. En efecto, el artículo 5 inciso 2° de la Constitución Política no deja dudas al respecto, al indicar que:

“El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”.

Lo anterior se ve reafirmado, además, por lo dispuesto en los artículos 1 inciso 4⁵ y 5⁶ y el 19 N° 26⁷. De este modo, los derechos humanos garantizados en los tratados internacionales y, en el caso particular de la Seguridad Social, “complementa, fortalece, o aumenta su nivel de garantías”⁸ respecto de aquellos ya desarrollados en la propia Constitución, lo que demuestra la intrínseca relación entre el ordenamiento constitucional y la normativa internacional, sobre todo a la hora de entender y abordar los derechos humanos⁹ y su exigencia, lo cual se hace aplicable a la Seguridad Social. Conforme a lo expresado por José Luis Cea Egaña:

⁵ “El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece”.

⁶ “Es deber del Estado resguardar la seguridad nacional, dar protección a la población y a la familia, propender al fortalecimiento de esta, promover la integración armónica de todos los sectores de la Nación y asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional”.

⁷ “La seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que esta establece o que las limiten en los casos en que ella lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio”.

⁸ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. “Reforma constitucional de 2005 y control de constitucionalidad de tratados internacionales”, en: *Estudios Constitucionales*, Año 5 N° 1. Talca, Chile: Universidad de Talca, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, p. 73.

⁹ *Ibid.*, p. 75.

“En virtud del artículo 5° inciso 2°, modificado en 1989, la Constitución hace parte formal y sustantiva de su texto los derechos, deberes, acciones y recursos contemplados en los tratados internacionales ratificados por Chile y vigentes en nuestro país que versen sobre los atributos esenciales de la persona humana.

Existe complementación, y no oposición, por ende, entre el Estatuto de la Persona en el derecho interno y en el derecho supranacional. Consecuentemente también, se ha vigorizado aquel estatuto por la conjugación o armonía de ambos sistemas jurídicos. Trátese de una evidencia más acerca de la nueva concepción de la soberanía, limitada y limitable por el respeto que debe al ejercicio de aquellos derechos”¹⁰.

De ahí que los instrumentos internacionales no sean una mera declaración efusiva y caprichosa de las autoridades internacionales y gobiernos de turno, sino que al contrario, adquieren plena vigencia, validez y eficacia jurídica.

– *Declaraciones y tratados internacionales*

En esta materia, la Declaración Universal de Derechos Humanos, acordada por la Organización de las Naciones Unidas (1948), establece en su artículo 12 que “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”, así como en su artículo 16 donde se explicita la finalidad de la Seguridad Social, en el sentido que “toda persona tiene derecho a la Seguridad Social que la proteja contra las consecuencias de la desocupación, de la vejez y de la incapacidad que, proveniente de cualquiera otra causa ajena a su voluntad, la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios de subsistencia”.

En la misma dirección se pronuncia la Declaración sobre el Progreso y el Desarrollo en lo Social, emitida en la ONU (1969), al señalar en su artículo 11 que debe proveerse a “sistemas amplios de Seguridad Social y los servicios de asistencia social y el establecimiento y la mejora de sistemas de servicios y seguros sociales para todas aquellas personas que por enfermedad o invalidez no pueden ganarse la vida, temporal o permanentemente, teniendo en cuenta la necesidad de garantizar el debido nivel de vida a estas personas, a sus familias y a quienes estén a su cargo”.

Finalmente, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966), en su artículo 9 dispone “Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la Seguridad Social, incluso al seguro social”.

– *La Organización Internacional del Trabajo*

La OIT ha desarrollado una serie de convenios que persiguen establecer pautas mínimas en materia de Seguridad Social. Los ratificados por Chile son¹¹:

¹⁰ CEA EGAÑA, José Luis. *Derecho constitucional chileno*. Tomo I. Santiago, Chile: Ediciones Universidad Católica de Chile, 2002, p. 113.

¹¹ Un panorama general de los principales Convenios en materia de Seguridad Social puede verse en MONTT BALMACEDA, Manuel. *Principios de Derecho Internacional del Trabajo*. La O.I.T. –2ª edición–. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile,

- Convenio N° 12 sobre la indemnización por accidentes del trabajo (agricultura) (1921), ratificado el 15 de septiembre de 1925.
- Convenio N° 19 sobre la igualdad de tratos (accidentes del trabajo) (1925), ratificado el 8 de octubre de 1931.
- Convenio N° 24 sobre el seguro de enfermedad (industrial) (1927), ratificado el 8 de octubre de 1931.
- Convenio N° 25 sobre el seguro de enfermedad (agricultura) (1927), ratificado el 8 de octubre de 1931.
- Convenio N° 35 sobre el seguro de vejez (industrial) (1933), ratificado el 18 de octubre de 1935.
- Convenio N° 36 sobre el seguro de vejez (agricultura) (1933), ratificado el 18 de octubre de 1935.
- Convenio N° 37 sobre el seguro de invalidez (1933), ratificado el 18 de octubre de 1935.
- Convenio N° 38 sobre el seguro de invalidez (agricultura), ratificado el 18 de octubre de 1935.
- Convenio N° 121 sobre las prestaciones en caso de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales, (1964), ratificado el 30 de septiembre de 1999¹².

Huelga señalar que la gran mayoría de estos convenios fue ratificado por Chile con anterioridad al actual sistema de capitalización individual (DFL N° 3500), lo que ha generado una serie de contradicciones en la implementación de los convenios referidos. Sin embargo a juicio de Arrellano y Cifuentes, específicamente para el caso del Convenio N° 35, a la luz de la reciente reforma previsional (ley N° 20.255), que incluyó un pilar solidario, se vislumbra la factibilidad y adecuación de la normativa chilena al convenio en asunto¹³.

3.3. ALCANCES RELEVANTES VINCULADOS AL TEXTO CONSTITUCIONAL VIGENTE

Nos ha parecido pertinente el analizar en este acápite ciertas materias que, a nuestro juicio, ameritan un comentario más depurado, por constituir la base de la estructura regulatoria establecida en la Carta Fundamental de 1980.

a) *Rol del Estado*

Este aspecto es uno de los más relevantes y controversiales de la nueva normativa, ya que por más de cuarenta y cinco años los textos constitucionales mantuvieron una línea de pensamiento que sustentó firmemente el rol prevalente del Estado, no solamente como regulador y fiscalizador del sistema, sino que, muy preponderantemente, como el gran y único operador del sistema.

1998, pp. 273-279. Asimismo, sobre el convenio N° 102, no ratificado por Chile, y otros aspectos en NOVOA FUENZALIDA, Patricio, *op. cit.* (n. 4), pp. 479-500.

¹² Disponibles en www.oitchile.cl [sitio Web consultado el 7 de enero de 2012].

¹³ ARELLANO ORTIZ, Pablo y CIFUENTES LILLO, Hugo. "Legislación Chilena de Pensiones e Indicaciones de la Comisión de Expertos de la OIT", en: *Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, vol. 1, N° 1, pp. 123-130. Santiago, Chile: Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 2010.

Dicha premisa fue arduamente debatida a nivel de la Comisión Constituyente de la Carta Fundamental de 1980, como consta en las Actas Oficiales de las sesiones en que dicha materia se analizó. En efecto, en el seno de dicha Comisión se discutieron las disposiciones relativas al Orden Público Económico, dentro de las cuales se estimaban insertas aquellas vinculadas a la regulación de la Seguridad Social.

Sobre el particular, cabe señalar que un primer debate se produjo en torno a la idea de mantener al Estado en el rol que habitualmente desempeñó hasta la Carta Fundamental de 1925; dicha tesis fue descartada por una amplia mayoría, por no ajustarse al planteamiento básico que se tenía en torno al Proyecto y que se basaba en lo ya previsto en el Acta Constitucional Nº 3, vigente en ese momento. Por el contrario, primó la tesis de considerar al Estado en un rol *subsidiario*, estableciendo que el aseguramiento del sistema podría estar en manos tanto del Estado como de entes privados¹⁴. En las actas respectivas quedó constancia de que esto obedecía fundamentalmente a una decisión de carácter doctrinario político, ya que técnicamente ambas posibilidades eran factibles.

De igual modo, se concordó en que el Estado mantendría tres atribuciones estimadas esenciales en materia de Seguridad Social, a saber:

- a) Formular la política general de Seguridad Social;
- b) Ejercer la tuición del sistema; y
- c) Garantizar el adecuado funcionamiento del sistema.

Las premisas señaladas alcanzaron un alto grado de consenso en la comisión y en varios de sus miembros gravitó la circunstancia de querer otorgar a las personas el mayor grado de libertad posible, sobre todo en lo relativo a la generación del mecanismo de prestaciones de beneficios.

En dicho sentido cabe precisar que se trató de delimitar el rango para el otorgamiento de las prestaciones por parte del Estado, el cual estaría obligado a asegurar la satisfacción de los diversos estados de necesidad.

Sobre el particular, se concluyó que a este solo le correspondía garantizar el otorgamiento de las denominadas “prestaciones básicas”, permaneciendo las otras en el amplio campo en que ya estaban radicadas, en el que podrían actuar tanto el Estado como los privados, o ambos a la vez.

No obstante ello, cabe precisar que algunos miembros estimaron que podría darse un cierto grado de estatismo al respecto; ello, en la medida que la operación del sistema estuviere encargada exclusivamente al Estado o bien que este se reservare el derecho a otorgarlo como una concesión graciosa a determinadas corporaciones privadas autónomas, cuando le pareciere conveniente hacerlo. En realidad, ese fue el extremo que se deseó evitar.

También se analizó cuál sería el ámbito de acción del Estado. Estaba bastante claro para la Comisión que este debería, necesariamente, abarcar el espectro de las prestaciones básicas; en cambio no lo estaba respecto *del contenido esencial de estas*. Se analizó así la po-

¹⁴ BRAVO LIRA, Bernardino. *Por la razón o la fuerza: El Estado de derecho en la Historia de Chile*. Santiago, Chile: Ediciones de la Pontificia Universidad Católica de Chile, 1996. pp. 279 y ss. SILVA BASCUÑÁN, Alejandro. *Tratado de Derecho Constitucional*. Tomo XIII. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2010. pp. 374-375.

sibilidad de dejar establecido que abarcaría las acciones preventivas, recuperadoras y rehabilitadoras, tesis que fue descartada, dejándose dichos conceptos resguardados tan solo *en la protección a su acceso* por parte del Estado en lo que se refiere a la salud; dicha decisión se adoptó en razón del carácter elemental, y muchas veces impostergable de sus prestaciones.

Se desprende de lo anteriormente expuesto que el Estado adoptó una nueva posición respecto de su rol en la Constitución de 1980, que lo llevó a tener las funciones de diseñador de la política de Seguridad Social, controlador de su operación y garante del otorgamiento de sus prestaciones básicas.

b) *La subsidiariedad*

En concordancia con lo expuesto, se encuentra la aplicación de este principio estimado como básico por los constituyentes de 1980, ya que sirve de sustento no tan solo a las disposiciones relativas a la Seguridad Social, sino también al resto de la normativa constitucional. Según fue entendido este principio en el seno de la Comisión, no implica una exclusión *per se* y *a priori* de la acción del Estado; por el contrario, si se dan las condiciones necesarias, la acción del Estado se torna ineludible.

Dicha premisa se explica del siguiente modo: si bien los privados tienen un amplio campo de acción, puede producirse el evento de que, por falta de interés de estos o por no darse las condiciones favorables para su intervención o por su incapacidad, se produzca una renuencia de su actuación.

En esa situación, el Estado podrá comenzar a ejecutar las acciones correspondientes, pero si dicha renuencia deja de existir y el interés de los particulares comienza a aparecer, el Estado tiene el deber, en conformidad a este principio, de retraer su campo de acción con la finalidad de permitir el accionar de los particulares.

Se sostiene por ello que el principio de la subsidiariedad *no le fija al Estado un límite cuantitativo, sino cualitativo*, para que este pueda, en un momento dado, ejercer la mayoría y hasta la eventual totalidad de la función de que se trata, si se dan las condiciones exigidas por la subsidiariedad.

De esta manera, si en un instante dado, por falta de interés de los privados, el Estado tiene en sus manos la totalidad de la Seguridad Social, no quiere decir que el sistema no siga siendo subsidiario. Lo realmente importante es que exista *la posibilidad de que los privados puedan tomar el rol y de que no se imponga el Estado como el único posible prestador*.

Este principio constitucional fue ampliamente recogido en el acápite relativo a la Seguridad Social, como es fácilmente observable al examinar su texto y ha sido aplicado en casi todos los campos de ella, mediante regulaciones legales generadas por el Poder Ejecutivo y que han sido llevadas a la práctica por los privados. Se generó así un ámbito de acción privada desconocido hasta esa fecha, la que solo se había aplicado en iniciativas sin reconocimiento constitucional.

Ello dio paso a una frondosa legislación que recogió este principio, y lo hizo aplicable a las prestaciones básicas de *pensiones* –la que ha dado origen a las Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP)–; de *salud* –la que generó la creación de las Instituciones de Salud Previsional (ISAPRES), y de *seguro de desempleo* (AFC)–. Asimismo, ello significó el reconocimiento a nivel de Carta Fundamental de instituciones que ya se encontraban ope-

rando legalmente, tanto en el campo de *las prestaciones familiares* –como son las Cajas de Compensación de Asignación Familiar (CCAF)–, y en el de la *salud ocupacional* (como son las MUTUALIDADES DE EMPLEADORES). También es del caso mencionar a las COMPAÑÍAS DE SEGUROS DE VIDA, por su íntima vinculación con varias de las prestaciones mencionadas anteriormente (pensiones y salud), habiéndoseles reconocido un carácter de entidades de previsión social para esos solos efectos.

De esta manera el interés privado cobró un fuerte desarrollo en el área de la Seguridad Social, debiendo tenerse presente que si bien la Carta Fundamental no contiene norma alguna al respecto, en el sistema se encuentran interactuando entidades con y sin fines de lucro, perteneciendo las AFP, ISAPRES, AFC, Y COMPAÑÍAS DE SEGUROS DE VIDA al primer grupo, y las CCAF y las MUTUALIDADES DE EMPLEADORES al segundo.

El principio ya comentado ha significado una profunda transformación del sistema de Seguridad Social chileno, y ha generado un profundo debate en relación a su oportunidad y eficacia, el que ha traspasado las fronteras nacionales.

c) *La solidaridad*

Este principio, considerado rector del sistema de Seguridad Social existente en el siglo XX y que lideró las concepciones doctrinarias en la materia por largos años, fue excluido del texto constitucional en comentario, pese a que, como ya se tuvo la oportunidad de señalarlo, figuró en el Acta Constitucional N° 3, la que sirvió de antecedente necesario para la Carta Fundamental de 1980¹⁵.

Las razones de ello hay que encontrarlas tanto en principios de orden político como económico, como también en otros de orden práctico. En efecto, la Constitución de 1980 se funda en claros principios sustentadores de la economía de libre mercado, los que si bien no son totalmente antagónicos con la solidaridad, sí son suficientemente lejanos de ella como para impedir su concreción a este nivel.

Se privilegió así una armonización con el principio de la más plena e irrestricta iniciativa individual, propiciando el que las personas se vieran *motivadas* a esforzarse al máximo en procura de alcanzar mejores y mayores beneficios. Dicho lineamiento guarda una estrecha relación de *esfuerzo-resultado*, estimándose que ello se condice fuertemente con la íntima naturaleza del ser humano.

Es indudable que abonó la adopción de dicha tesis la experiencia tenida en el país, ya que si bien en tiempos pretéritos grupos de personas se vieron favorecidas con la redistribución de la renta nacional, no es menos cierto que en la realidad se pudo constatar la consagración de graves inequidades sociales, que desvirtuaron fuertemente el citado principio, desprestigiándolo y corroyendo su fundamento.

Un ejemplo señero sobre el particular lo constituye el antiguo sistema de pensiones, que denota una clara desvirtuación de algunas de sus bases, cuyos resultados prácticos, en lugar de favorecer a los más desposeídos, facilitaron la consumación de injusticias que

¹⁵ MENGOD GIMENO, Rosa María. *Derecho de la Seguridad Social (parte doctrinaria)*. Santiago, Chile: Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 2008, pp. 39 y ss.

favorecieron a los grupos que tenían mayor poder político o económico para alcanzar mejores beneficios; o un sistema de Salud ampliamente ineficiente y burocrático, que se traducía en que muchos afiliados no tenían opción de acceder con oportunidad a sus prestaciones.

Ello produjo como consecuencia que el texto constitucional prefriese omitir toda consideración al respecto y dejase en manos del legislador la posibilidad de introducir alguna variable al consagrar la operatoria de los diversos sistemas.

En dicho sentido existen puntos de inflexión –como el sistema de pensiones– el que fue objeto de una gran Reforma en el curso del año 2008 (Ley N° 20.255), introduciéndole diversos conceptos solidarios (como es el caso de las *pensiones básicas solidarias* o el *aporte previsional solidario*), o el sistema de *seguro de desempleo* que tiene un fondo solidario, o el *sistema de salud* que implementó el llamado Plan Auge, también con fundamentos en la solidaridad. Asimismo, existen otros institutos normativos que han mantenido una solidaridad básica, como es el caso del Sistema de *Accidentes del Trabajo y Enfermedades Profesionales*, y el Sistema de *Prestaciones Familiares*.

Sobre el particular, cabe destacar que se ha producido un centro de gravedad paulatina, pero incesante, hacia una mayor importancia de la solidaridad, como eje del Sistema de Seguridad Social chileno, con lo cual se puede observar que se está produciendo un regreso –en el orden constitucional– a aquellos parámetros que estuvieron tan presentes en el Estatuto de Garantías de 1970 como del Acta Constitucional N° 3 de 1976.

d) *La acción privada*

Cabe destacar que la opción de participar del sector privado, a nivel constitucional, había estado prácticamente marginada, en lo que a intervención de la Seguridad Social se refiere. Solo el esfuerzo mancomunado de grupos de empresarios con alto sentido social, había logrado vencer dicha resistencia, primero en los hechos y luego con respaldo legal, pero sin respaldo a nivel constitucional. En este sentido, con las solas excepciones de las MUTUALIDADES DE EMPLEADORES y de las CCAF, el sector privado se había encontrado claramente excluido de este ámbito de acción. Más aún, lo habían estado las entidades de este carácter que persiguiesen fines de lucro, lo que se estimaba absolutamente incompatible con un sistema de esta naturaleza.

De consiguiente, el constituyente chileno de 1980, a plena conciencia –según se desprende al examinar las actas oficiales–, asumió este paso trascendental y bastante singular. No obstante ello, y en un rasgo de prudencia y coherencia con lo argumentado en lo relativo a la subsidiariedad, mantuvo la opción estatal, lo que ha dado lugar a la existencia de dos sistemas en paralelo, a los cuales pueden adscribirse libremente las personas, según lo estimen conveniente.

Una excepción connotada al respecto lo constituye el sistema de pensiones, ya que todos los trabajadores que se incorporen a la fuerza de trabajo a contar del 1 de enero de 1983 se han encontrado en la obligación de adscribirse a él.

Lo señalado anteriormente nos plantea el siguiente esquema de administración hoy en día en el sistema de Seguridad Social chileno:

PRESTACIONES	S. PRIVADO	S. PÚBLICO
Pensiones:	AFP	IPS
Salud:	ISAPRES	FONASA
Acc. Trabajo:	MUTUALIDAD	IPS/SSALUD
Prestac. Familia:	CCAF	IPS
Desempleo	A F C	

De lo anteriormente expuesto se desprende que hoy día en Chile existe, derivado directamente del texto Constitucional, un esquema que permite el accionar tanto del Estado como del sector privado; este último se ha mostrado particularmente activo, ya que existen en el país siete AFP, más de una docena de ISAPRES, tres MUTUALIDADES, cinco CCAF y una treintena de COMPAÑÍAS DE SEGUROS DE VIDA.

Se ha consolidado así un sector importante para el país, muy dinámico, el que hasta la fecha ha demostrado poder obtener buenos resultados, tanto para sus afiliados como para sus dueños.

Ello no implica que hayan estado exentas de críticas —que las han tenido— ni de reformas a sus leyes orgánicas, las que han sido necesarias para ir adaptándolas a la cambiante realidad del sistema, sobre todo en lo que hace relación con el sistema de pensiones y de la salud, dada su innegable importancia para una gran parte de la población del país y su intrínseca vinculación con el sistema económico.

El Estado, por su parte, ha reunificado algunas de sus antiguas entidades, como es el caso de las antiguas Cajas de Previsión, las que fusionó en el denominado *Instituto de Previsión Social*, el cual ha tenido importantes avances en los últimos años, prestando una mejor atención a sus afiliados.

Sobre el particular, podría decirse que la aparición del sector privado ha constituido un fuerte acicate en dicho sentido, obligando por la fuerza de la comparación a un verdadero *aggiornamento* de parte del sector público.

En otros sectores, como en la salud, se han efectuado ingentes esfuerzos por alcanzar mejores y más altas metas en cobertura y atención integral, lo que, al parecer, se estaría, paso a paso, logrando.

En síntesis, y fuera del discutible aspecto del fin de lucro que tiene la actividad privada —con el que algunos sectores pueden no concordar—, es innegable que, a la fecha, el sistema privado ha logrado eficiencia y eficacia a favor de los afiliados y sus beneficios.

e) *El financiamiento*

La Constitución Política consideró en esta materia una amplia libertad, dejando sentada la premisa de que solo por ley se podrían establecer cotizaciones obligatorias; ello, a la vez, dejó un amplio campo al legislador para que este adoptase la opción de cotizaciones de carácter voluntario, con la finalidad de ampliar o mejorar la cantidad o calidad de las prestaciones.

Esta concepción significó, en todo caso, una innovación fundamental en relación a lo establecido en las cartas fundamentales que la precedieron, ya que ellas omitieron cualquier

pronunciamiento al respecto. Claro está que, en cierta medida, dicha aclaración no era imprescindible, puesto que se daba por sentado que el Estado asumiría parte importante de ese costo, al asumir su rol de gran operador del sistema.

En este aspecto, como en otros, la Constitución de 1980 buscó un camino diverso al conocido hasta entonces en la materia, creando una estructura apoyada fundamentalmente en la circunstancia de que las cotizaciones debían ser *de cargo de los trabajadores*, con una excepción connotada (la necesaria para financiar el seguro de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales) y otra que quedó a cargo del Estado (la necesaria para financiar las prestaciones familiares y ciertos subsidios).

De ello se sigue que la estructura de cotizaciones del nuevo sistema quedó de la siguiente forma:

Sistemas de cotizaciones en Chile

PRESTACIONES	MONTO	DE CARGO DE
PENSIONES	12.3%	Trabajador
SALUD	7.0% (+ aportes)	Trabajador
ACC. TRABAJO	0,90% + (...3,4%)	Empleador
PRESTAC. FAM.	Aporte anual	Estado
SEG. DES,	2.4%	Empleador
	0.6%	Trabajador
	Aporte anual	Estado

El trabajador que permanece *adscrito al antiguo sistema de pensiones* se encuentra sujeto a que el porcentaje total de cotización va a ser mayor (sobre un 22% hacia arriba, según la ex Caja a que pertenecía) y va a ser soportado mayoritariamente por el empleador, y en menor proporción por el Estado y el trabajador respectivo; y en materia de *salud*, solo va a cotizar un monto equivalente al 7% de su renta imponible.

El constituyente pretendió dar una señal con la medida de establecer que el trabajador soportare la carga de la cotización, a fin de que el trabajador se sintiese propietario de sus cotizaciones, pudiendo *solo él* disponer de ellas, debiendo transformarse a su vez en un acucioso fiscalizador del debido destino de la mismas; para estos efectos, el empleador es el retenedor de ellas y recae sobre él la responsabilidad de su oportuno íntegro en la entidad previsional correspondiente

A la fecha, esta situación se encuentra internalizada ya por la fuerza activa de trabajo del país, la que al instante de contratar lo hace por la suma neta a percibir como remuneración, dando por descontado que a ella debe agregarse la cantidad necesaria para solventar el pago de las cotizaciones e impuestos únicos a la renta.

f) *El control*

Este es un aspecto en el que el constituyente de 1980 también innovó fuertemente, al consagrar a nivel de Carta Fundamental la supervisión, por parte del Estado, del adecuado ejercicio del derecho a la Seguridad Social. Puede que ello se estime innecesario y redundan-

te; en Chile solo se le contempló a este nivel a partir del Acta Constitucional Nº 3 y se le ratificó en el texto actualmente vigente.

Se ha estimado que *el control* es una de las funciones irrenunciables por parte del Estado, existiendo en el país una arraigada cultura fiscalizadora, lo que se tradujo en que las entidades del Estado que tenían a su cargo dicha función antes de la Constitución Política de 1980, estuviesen dotadas de importantes atribuciones; ellas eran la Contraloría General de la República y la Superintendencia de Seguridad Social.

La etapa postreforma ha traído consigo una nueva visión, la que se ha caracterizado por un fuerte sello de especialización de parte de los organismos fiscalizadores, habiéndose creado dos nuevas entidades con control único del sector: la Superintendencia de Pensiones y la Superintendencia de Salud.

Dichas entidades son dirigidas por personeros de la exclusiva confianza del Presidente de la República, y dependen técnicamente del Ministerio del Trabajo y Previsión Social y del de Salud, respectivamente; se ha situado así, al más alto nivel de responsabilidad, la muy relevante misión de velar por la corrección y desarrollo del Sistema Previsional.

La experiencia tenida a la fecha ha demostrado que ello ha sido acertado, ya que, de una parte, la creación de diversas entidades privadas, y de otra, la complejidad de la nueva normativa, hacían imprescindible contar con instituciones fiscalizadoras de alta especialización y agilidad administrativa, de manera tal que pudiesen ejercer un adecuado y eficaz grado de control. Ello habría sido imposible a base de la estructura de fiscalización que existía con anterioridad, la que ya se encontraba absolutamente sobrepasada en su operatividad.

3.4. IDEAS MÁS RELEVANTES EN TORNO A LA CONSTITUCIÓN DE 1980

- a) La Constitución Política de 1980 innovó fuertemente el contenido del derecho a la Seguridad Social, contemplando *nuevas* estructuras, muy *diversas* de aquellas prescritas en las Cartas Fundamentales anteriores.
- b) Los mayores cambios *estuvieron* focalizados en:
 1. El rol del Estado, el cual se estableció como regulador general, garante de prestaciones básicas y fiscalizadoras del sistema.
 2. La intervención de entidades privadas en la operación del sistema.
 3. La consagración del principio de subsidiariedad.
 4. La disminución relativa del principio de solidaridad, característica que se está re-vertiendo.
 5. La estructuración de un *nuevo* sistema de financiamiento.

Lo acertado de la estructura ideada por los constituyentes de 1980 se apreciará en el largo plazo, pero la experiencia tenida hasta ahora hace apreciar su futuro en forma alentadora.

4. COLOFÓN: VIGENCIA Y EFICACIA DEL DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL

La vigencia del derecho a la Seguridad Social en Chile es indiscutida. Según hemos visto, la Constitución de 1980, reformada en 2005, la consagra explícitamente. Asimismo, ha sido vigorizada por los tratados internacionales vigentes y ratificados por el país. El tema en el cual no es posible dar un juicio rotundo es en el de su ejercicio. En efecto, los derechos económicos, sociales y culturales no pueden ser ejecutados sin una forma de organización sociopolítica capaz de cubrir los estados de necesidad a través de las prestaciones sociales, encauzadas a través de las instituciones y políticas públicas necesarias para su ejecución¹⁶. Entrar en dicho detalle es ampliar infinitamente esta ponencia, pues entramos en orden legal del derecho a la seguridad social, cuestión que escapa a estas líneas. Empero, podemos decir que la institucionalidad chilena ha avanzado notablemente en el afán de asegurar un piso mínimo de condiciones sociales a los sectores más desposeídos de la población. Un botón de muestra puede ser ilustrativo.

Tal como dijimos, el caso del sistema de pensiones, a través de la ley N° 20.255, incorporó un *pilar solidario* que otorga *pensiones solidarias* a la población que se encuentra dentro de los tres quintiles más pobres, lo que junto a otros programas en materia de salud (AUGE), desempleo (Seguro de Cesantía) y de inserción social (Chile Solidario) configuran lo que hoy por hoy se denomina *piso de protección social*, el que puede ser entendido “como un conjunto integrado de políticas sociales diseñado para garantizar a toda persona la seguridad de los ingresos y el acceso a los servicios sociales esenciales, prestando especial atención a los grupos vulnerables y protegiendo y empoderando a las personas a lo largo del ciclo de vida”¹⁷.

Íntimamente vinculado a lo anterior es el tema de su exigibilidad. Creemos y compartimos el juicio que indica que la exigibilidad de los derechos sociales queda fuertemente comprometida a las condiciones económicas del Estado, en la medida que solo si posee la capacidad económica suficiente se encontrará en condiciones de otorgar las prestaciones prescritas y garantizadas en la Constitución, los tratados internacionales y las leyes que desarrollan tales derechos¹⁸.

Para terminar, no es menor lo que la judicatura ha señalado sobre este derecho a la hora de resolver conflictos jurídicos:

“2º) Que para precisar el sentido y alcance de tales expresiones, conviene recordar que ellas están necesariamente insertas en la llamada Previsión Social, conceptualizada como el conjunto de acciones e instituciones destinadas a organizar la seguridad contra los riesgos que amenazan a los asalariados, los que transformados en

¹⁶ PRIETO SANCHÍS, Luis. “Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial”, en: *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, vol. 22, septiembre-diciembre 1995, pp. 9-57.

¹⁷ OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO, *Piso de protección social. Para una globalización equitativa e inclusiva*. Informe del grupo consultivo presidido por Michelle Bachelet. Ginebra, Suiza: Oficina Internacional del Trabajo, 2011, p. XXV.

¹⁸ PISARELLO, Gerardo. *Los derechos sociales y su garantía: elementos para su reconstrucción*. Madrid, España: Editorial Trotta, 2007, *passim*.

siniestros, privan al trabajador de percibir las remuneraciones para la subsistencia propia y familiar (Humeres Magnan, Héctor, Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, pág. 10).

En tal sentido, tratándose de prevención y reparación de riesgos, más modernamente se habla de Seguridad Social, entendida como la protección preventiva de los ciudadanos y particularmente de los trabajadores, en cuanto a asegurarles condiciones de vida, salud y trabajo socialmente suficientes¹⁹.

Mal que mal y de acuerdo con lo señalado por Álvaro D'Ors, "el derecho es aquello que aprueban los jueces".

BIBLIOGRAFÍA

- ARELLANO ORTIZ, Pablo y CIFUENTES LILLO, Hugo. "Legislación Chilena de Pensiones e Indicaciones de la Comisión de Expertos de la OIT", en: *Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, vol. 1 N° 1, pp. 123-130. Santiago, Chile: Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 2010.
- BRAVO LIRA, Bernardino. *Por la razón o la fuerza: El Estado de derecho en la Historia de Chile*. Santiago, Chile: Ediciones de la Pontificia Universidad Católica de Chile, 1996.
- CARRASCO DELGADO, Sergio. *Génesis y vigencia de los textos constitucionales chilenos* -3ª edición-. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2002.
- CEA EGAÑA, José Luis. *Derecho constitucional chileno*. Tomo I. Santiago, Chile: Ediciones Universidad Católica de Chile, 2002.
- CRISTI, Renato y RUIZ-TAGLE, Pablo. *La República en Chile. Teoría y práctica del constitucionalismo Republicano*. Santiago, Chile: LOM Ediciones, 2006.
- EVANS DE LA CUADRA, Enrique. *Los Derechos constitucionales*. Tomo III -3ª edición-. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2004.
- HUMERES MAGNAN, Héctor; HUMERES NOGUERA, Héctor. *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1994.
- MENGOD GIMENO, Rosa María. *Derecho de la Seguridad Social (parte doctrinaria)*. Santiago, Chile: Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 2008.
- MONTT BALMACEDA, Manuel. *Principios de Derecho Internacional del Trabajo. La O.I.T* -2ª edición-. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1998.
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. "Reforma constitucional de 2005 y control de constitucionalidad de tratados internacionales", en: *Estudios Constitucionales*, Año 5 N° 1. Talca, Chile: Universidad de Talca, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales.
- NOVOA FUENZALIDA, Patricio. *Derecho de Seguridad Social*. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1978.
- OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO, *Piso de protección social. Para una globalización equitativa e inclusiva*. Informe del grupo consultivo presidido por Michelle Bachelet. Ginebra, Suiza: Oficina Internacional del Trabajo, 2011.
- PEREIRA MENAUT, Antonio Carlos. *Rule of Law o Estado de Derecho*. Madrid, España: Editorial Marcial Pons, 2003.
- PISARELLO, Gerardo. *Los derechos sociales y su garantía: elementos para su reconstrucción*. Madrid, España: Editorial Trotta, 2007.

¹⁹ Corte de Apelaciones de Santiago, 23 de noviembre de 2010. Causa Rol: 2096-2010.

PRIETO SANCHÍS, Luis. “Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial”, *en*: *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, vol. 22, septiembre-diciembre 1995, pp. 9-57.

SILVA BASCUÑÁN, Alejandro. *Tratado de Derecho Constitucional*. Tomo XIII. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2010.