

La seguridad social en la Constitución Política chilena

Héctor Humeres Nogueira

Profesor de Derecho Laboral y de la Seguridad Social

Director Departamento de Derecho de la Empresa

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

Introducción

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 estima esenciales.

Por lo anterior, la materialización de las garantías sociales alcanza una gravitación relevante y, dentro de ellas, los aspectos vinculados a la seguridad social han ido cobrando una creciente importancia.

En efecto, esta rama del derecho tiene su génesis formal a fines del siglo XIX, en la era bismarckiana, y alcanza su plenitud con William Beveridge, a mediados de la centuria siguiente. Su evolución fue explosiva y muy vinculada a los fenómenos socioeconómicos propios del siglo XX; hoy en día, en los albores del siglo XXI, se encuentra sometida a profundas revisiones en relación con su eficiencia y eficacia.

Quizás lo más notable desde este último punto de vista, es observar como en la Carta Fundamental que hoy nos rige se percibe esta profunda mutación, cuyos efectos y resultados aún no son apreciables en su real dimensión.

La revisión de la gestación y desarrollo de una institución será útil para verificar los verdaderos alcances perseguidos con su instauración y vislumbrar su devenir; es lo que pretendemos desarrollar en el presente trabajo.

El concepto de la seguridad social y su debida concreción

La Comisión de Reforma de la Seguridad Social Chilena,¹ de la década de los 60, la conceptualizó así: **“Es 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 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”, afirmación que se tornó visible en el siglo pasado y que nos parece plenamente vigente en el presente; aun más, nos parece que dicho aserto se ha tornado imperativo y acuciante.

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.

Los textos modernos contienen los llamados “derechos sociales”, y en vinculación a ellos se contemplan normas de orden económico-social; de modo muy relevante entre ellas, las regulaciones de la seguridad social.

La evolución que ella ha seguido en las diversas Cartas Fundamentales denota claramente el sentir social de una época determinada, y la forma en que ella se ha plasmado reconoce un grado de diversidad importante, tanto en los países de este continente como de otros.

En el caso nacional, es de hacer notar, además, que 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; a su favor se puede argumentar que ha creado un marco flexible, adecuado a los cambios que impone el avance de la sociedad, pero también es efectivo que en otras ha generado una sensación de incertidumbre en materias fundamentales, lo que, dado el carácter

¹ Informe N° 1 de marzo de 1969. Tomo I, pág. 9. Editorial Jurídica de Chile.

de ley fundamental que tiene la Constitución Política, ha tenido mucha relevancia.

En el caso de Chile, esta característica ha sido remarcable, por lo que pareciera de interés el efectuar una breve reseña histórica de los preceptos constitucionales que, en 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.

Creemos que ello debe generar una reflexión acerca de lo que ha sido el tratamiento constitucional de esta rama del derecho y motivar una aproximación de lo que ella hoy en día representa o debería representar.

Evolución histórica de la seguridad social en la Carta Fundamental chilena

Las Cartas Fundamentales que rigieron en Chile en el siglo XIX se caracterizaron por contener descripciones bastante rudimentarias de los derechos que forman parte de la seguridad social; en su descargo, hay que dejar constancia que en aquella época, esta rama del derecho no tenía aún suficientemente decantado su contenido.

En efecto, las Constituciones Políticas de 1823, 1828 y 1833 sólo contienen alcances relativos 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”**.²

Ya en el siglo XX, dicha situación tuvo un giro importante al promulgarse la Constitución del año 1925, la cual estatuyó en el Capítulo III, dedicado a las Garantías Constitucionales, en su artículo 10 N°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”**.

Establecía asimismo que **“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”**.

² Patricio Novoa Fuenzalida. *Derecho de la Seguridad Social*. Ed. Jurídica de Chile, pág. 33.

Del texto antes transcrito podemos colegir que el constituyente estableció algunas bases fundamentales para la seguridad social en la época citada, las que prácticamente coinciden con la dictación de las primeras leyes orgánicas en materia laboral (1924). Ellas son las siguientes, en nuestra opinión:

1º La protección genérica de las obras de previsión social (muy incipientes en aquella época), con una primacía destacable en el caso de la salud, ya fuere en lo que hace relación con el individuo como tal, pero con especial énfasis en lo tocante a la salud pública y al bienestar higiénico del país. Ello es muy coincidente con el desarrollo del esquema legal chileno, el cual, en aquella época, hizo centro de gravedad en esta materia.

2º La asignación de un rol prioritario y preponderante del Estado, concordante con la visión socio-política predominante en aquella época; la opción privada se encontraba fuera de la concepción del constituyente.

3º El aseguramiento de un nivel de suficiencia de los ingresos de los trabajadores, de modo tal de asegurarles a ellos y sus familiares un bienestar mínimo, que les permita la satisfacción de sus necesidades básicas; esta premisa armonizaba con claridad meridiana el concepto de Estado-bienestar que se imponía sin contrapeso en aquella época.

4º La regulación de su contenido mediante leyes que desarrollarían sus fundamentos, posición que ha sido mantenida en el eje del tiempo.

Esos preceptos fundamentales rigieron sin mayores variaciones por 45 años, marcando fuertemente la evolución legislativa que la complementaba; sólo el año 1970, marcado por la entrada en vigencia del denominado **"Pacto de Garantías"** (Ley N° 17.398, de 9 de enero de 1971), se introdujeron diversas modificaciones a su texto, algunas de ellas de mucha consideración y envergadura.

Las nuevas disposiciones significaron que las garantías constitucionales establecidas para todos los habitantes de la República en el citado artículo 10, ahora en su N° 16, fueran de allí en adelante las siguientes:

"El derecho a la seguridad social.

El Estado adoptará todas las medidas que tiendan a la satisfacción de 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 deberá 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 mantendrá un seguro social de accidentes para asegurar el riesgo profesional de los trabajadores”.

A la luz de las disposiciones precedentemente transcritas, se tiene que a contar de la reforma citada, la situación de las bases de la seguridad social en el país se pueden caracterizar de la siguiente manera:

1º Consagración, por primera vez a nivel constitucional, de “el derecho a la seguridad social”, otorgándole así un sello prioritario y relevante; se dió así un paso trascendente, que permitió, a nuestro juicio, asentar a futuro esta garantía y su desarrollo.

2º Acentuación del rol preponderante del Estado, como el gran ejecutor de la política de seguridad social; asimismo, se le otorga a éste una amplia responsabilidad en el campo de los riesgos profesionales.

3º Concepción de la seguridad social en un marco amplísimo, el que dada la amplitud de sus objetivos (socioeconómicos y culturales, vinculados a la personalidad y dignidad humanas) se revela como una estructura de carácter más bien programático.

4º Propiciamiento de la protección integral de la colectividad, no tan solo del individuo en particular.

5º Establecimiento, como objetivo básico de la seguridad social, de la redistribución de la renta nacional, optando así por una definida posición político-económica respecto al sistema.

6º Reenvío a la ley para que provea la cobertura a una serie de riesgos especificados con un grado de detalle amplísimo, como es el caso de pensiones, prestaciones médicas y desempleo.

La modificación en comentario amplió considerablemente así el marco de acción del sistema consagrado inicialmente el año 1925, pero debe consignarse que la misma amplitud anotada implicó que gran parte de su contenido adquiriese un rol esencialmente programático, por la casi nula aplicación en el tiempo que la afectó.

Lo anteriormente anotado explica, al menos en parte –fuera de las condiciones políticas y socioeconómicas imperantes al momento de su promulgación–, la circunstancia de que la Carta Fundamental que la siguió recogiese de un modo bastante diverso el contenido relativo a la seguridad social.

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 otras normas.

En efecto, la Junta de Gobierno de la época dictó diversos decretos leyes con el carácter de **“Actas Constitucionales”**, una de las cuales, la N° 3, vigente a contar del 18 de septiembre de 1976, derogó el artículo 10 de la Constitución de 1925, sustituyéndolo por un articulado nuevo.

Así, el artículo 1º de la citada Acta estableció las garantías para todas las personas del país, asegurando entre ellas, en su N° 21: **“El derecho a la seguridad social.**

Corresponde 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.

La ley establecerá un sistema de seguridad social que satisfaga 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”.

Dicho numeral ha de entenderse complementado por el 19, que a su vez establece: **“El derecho a la salud.**

El Estado asume 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. Le corresponderá asimismo, la coordinación y control de las acciones integradas de salud.

Es 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”.

El texto en comentario significó introducir un cambio relevante en lo conceptual del sistema de seguridad social, aunque mantuvo varias de aque-

llas premisas contenidas en la reforma anteriormente comentada y sirvió de ideario para la Constitución de 1980, que se aprobaría posteriormente; en efecto, un examen de su contenido denota cómo ya se esbozan algunos lineamientos que luego se verían reflejados en dicha Carta Fundamental.

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

1º Mantención de la conceptualización de la seguridad social como un derecho de rango constitucional, reafirmando así su compromiso con dicha tesis.

2º 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 nueva y muy diversa concepción del rol del Estado respecto al sistema; se podrá observar más adelante como este sello se acentúa en la Constitución Política de 1980.

3º Mantención en manos del legislador de la determinación del alcance del sistema, caracterizándolo sí como *uniforme, solidario y suficiente*. Cabe hacer notar que estos rasgos, como se verá, no fueron traspasados en su integridad a la Constitución Política de 1980.

4º Especificación de los riesgos que debían cubrirse especialmente, tanto en el ámbito de las pensiones, como de salud y desempleo.

5º Indicación de una cobertura amplia de las citadas contingencias, que comprendiese desde la prevención, hasta la curación y rehabilitación.

6º Consagración específica del *derecho a la salud*, otorgándole un sello único y relevante y, a nuestro juicio, fundamentalmente programático.

7º Establecimiento, como deber preferente del Estado, de la ejecución de acciones de salud. En este aspecto, cabe consignar que, por vez primera, se abre a nivel constitucional la opción para la *participación de privados* en el sistema, los que, en todo caso, deberán sujetar su accionar a lo que, en definitiva, determine el legislador. Esta característica –enunciada por vez primera– se convertirá más adelante en una de las vigas maestras del sistema.

Es indudable la influencia que la dictación de esta Acta tuvo en el país, ya que dio paso a un concepto radicalmente distinto al que había estado en vigor durante más de 45 años; sus principios y estructura darían lugar, con ciertas modificaciones –algunas de envergadura– a la Constitución Política de 1980.

Análisis del derecho de la seguridad social establecido en la Constitución Política de 1980

La Constitución Política de 1980, actualmente vigente, que fue aprobada mediante un plebiscito llevado a efecto el 11 de septiembre de 1980, entró en vigencia seis meses más tarde, y siguió en la parte estructural lo establecido por su predecesora.

En efecto, el artículo 19 (correspondiente al Capítulo III, que trata acerca de los Derechos y Deberes Constitucionales) en su N° 18 establece 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 supervigilará 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 éste estatal o privado”.

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

El texto en comentario consagra así las siguientes bases esenciales:

1º 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 la Constitución de 1925.

Siendo este aspecto sumamente destacable, habría sido deseable el determinar con algún grado de precisión su contenido, ya que, como es sabido, la variedad 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 importancia al tomar en consideración que el artículo 62 de la Constitución Política, al establecer que ciertas leyes sólo 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”. Como es fácil advertir, la definición señalada puede ser relevante en una instancia determinada y producirse discrepancias graves.

En todo caso debe señalarse que hasta la fecha no se han presentado inconvenientes graves sobre el particular, habiendo existido un consenso generalizado acerca de su contenido básico, el cual se explicitará más adelante.

2º 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". En consecuencia, toda norma relativa a este respecto deberá ser aprobada sujetándose a dicho quórum.³

No obstante ello, debemos dejar constancia que un sector de la doctrina constitucional ha estimado que dicha circunstancia no es tan clara, ante el tenor del **N° 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"**.⁴

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; ello 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.

En este mismo orden de ideas, es de interés dejar constancia que el artículo 62 de la Constitución, al referirse al origen de las leyes, establece que corresponderá a la iniciativa del Presidente de la República, en forma exclusiva, el **"establecer o modificar las normas sobre seguridad social o que incidan en ella, tanto del sector público como del sector privado"**.

La existencia de esta norma significa, como ya se señaló, que se extrae del ámbito común que se conoce a esta clase de normas, las cuales, dada su trascendencia, sólo podrán ser establecidas o modificadas a partir de un Mensaje del Poder Ejecutivo, sustrayéndolas de la iniciativa de los parlamentarios. Dicha limitación ha significado que cuando uno o varios diputados o senadores desean patrocinar algún cambio en la materia, están en la obligación de obtener el patrocinio del Presidente de la República, quien asume en definitiva la responsabilidad de generar o no un cambio en la materia.

Indiscutiblemente ello implica una cortapisa de consideración a la iniciativa legislativa, pudiendo encontrarse su fundamento en la circunstancia de que el derecho resguardado no sea perjudicado por los avatares de even-

³ El artículo 63 de la Constitución Política establece que "las normas legales de quórum calificado se establecerán, modificarán o derogarán por la mayoría absoluta de los diputados y senadores en ejercicio. La misma norma preceptúa que "las demás normas legales requerirán la mayoría de los miembros presentes de cada Cámara".

⁴ Dicha posición doctrinaria ha señalado que "para superar esta inconsistencia de normas de rango constitucional, la doctrina ha señalado que se debe dar aplicación restrictiva a las leyes de quórum especial, **prefiriendo de esta forma la regulación por la vía de ley ordinaria para materias referentes a la seguridad social**". Profesora Luz Bulnes Aldunate, *El Derecho a la Seguridad Social en la Constitución de 1980*, Separata Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 1992, pág. 4.

tuales intereses político-partidistas, que las desvirtúen; de allí la idea de haber radicado en la más alta autoridad de la nación la citada responsabilidad, estimándose que ella es la más calificada como para proceder teniendo sólo en consideración los intereses del país.

3º Readecuación del rol del Estado; en esta materia se produce un cambio de envergadura, por cuanto el constituyente focaliza 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, ha de tenerse presente que la garantía en comentario ha sido establecida a favor de todos los habitantes del país, sin efectuar distinción alguna entre nacionales o extranjeros, 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, pero es de destacar el hecho de que no se hayan establecido discriminaciones al respecto; dicho aspecto ha sido refrendado con posterioridad por la línea argumental recogida en diversas Constituciones de otras naciones.

4º Establecimiento, por vez primera en el país, de la alternativa de que las prestaciones sean *otorgadas tanto a través de instituciones públicas como privadas.* Esta disposición implicó quizá el cambio más relevante en la materia, ya que se abrió el espectro de las prestaciones a las entidades de carácter privado; del mismo modo, es de hacer notar que al estatuir esta resaltante característica, lo hizo 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, veinte años después, es posible apreciar en su debida magnitud la trascendencia de este fundamental cambio de política socioeconómica, el que ha implicado importantes consecuencias no sólo sociales, sino también de desarrollo económico para el país.

5º 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; ellas podrán ser complementadas por otras de carácter netamente voluntario, estableciendo así otra característica básica, cual es la de incentivar a los afiliados a los diversos sistemas de propender a una mejoría de sus prestaciones a base del esfuerzo individual. Este rasgo también ha demostrado ser un anticipo de los tiempos venideros, ya que muchos sistemas de seguridad social –sobre todo de naciones de este continente– se han estructurado a base de esta orientación.

6º Reserva para el Estado de 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.

7º 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.

8º 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; con ello ha dado origen a todo un nuevo sector en Chile, el cual antes se encontraba marginado de esta posibilidad.

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.

9º Reconocimiento, de un modo irredargüible y absolutamente novedoso, del derecho de las personas para elegir el sistema de salud por el cual desean atenderse, ya sea éste de 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. Esta es una opción remarcable del constituyente, el cual ha hecho centro de gravedad en las decisiones personales del ciudadano en esta materia.

10º Establecimiento de la facultad de imponer cotizaciones obligatorias para el financiamiento de todas las prestaciones del sistema; con ello se

marginando 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.

11^º 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.

Alcances relevantes

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

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.

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.⁵

En efecto, en el seno de la comisión se discutieron las disposiciones relativas al Orden Público Económico, dentro de las cuales se estimaba insertas a aquellas vinculadas a la regulación de la seguridad social.

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 dispuesto en el Acta Constitucional N° 3, vigente en ese momento.

⁵ Actas Oficiales de las Sesiones N°s 82 (28/10/1974); 205 (28/04/1976); 206 (29/04/1976); 240 (03/08/1976); 393 (03/07/1978); y 403 (18/07/1978), de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución Política de la República.

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 privados, pero otorgándose a estos últimos un papel prioritario. 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 éste sólo le correspondía el 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 éste se reservare el derecho a otorgarlo como una concesión graciosa a determinadas corporaciones privadas autónomas, cuando le pareciere conveniente hacerlo. En realidad, ése fue el extremo que se se-
seó evitar.

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

Se analizó así la posibilidad 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. En lo genérico, en concordancia con las ideas matrices inspiradoras en la materia, se prefirió optar por una concepción amplia, a fin de evitar inflexibilidades indeseadas.

Se desprende de lo anteriormente expuesto que el Estado adoptó una nueva posición respecto de su rol en la Constitución de 1980, dando un giro en el concepto que lo llevó a tener las funciones ya anotadas de diseñador de la política de seguridad social, controlador de su operación y garante del otorgamiento de sus prestaciones básicas.

B) La subsidiariedad

Concordantemente con lo expuesto con antelación, se encuentra la aplicación de este principio estimado como básico por los constituyentes de 1980, ya que él sirve de sustento no tan sólo 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 éstos 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 ir retrayendo 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 éste 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 sólo se había aplicado en iniciativas sin reconocimiento constitucional.

Ello dió 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)–; y de *salud* –la que generó la creación de las Instituciones de Salud Previsional (ISAPRES).

Asimismo, ello significó el reconocimiento a nivel de Carta Fundamental de instituciones que ya se encontraban operando 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 Mutuales de Seguridad de Accidentes del Trabajo y Enfermedades Profesionales–. También es del caso mencionar a las compañías de seguros de vida, por su íntima raigambre con las prestaciones de varias de las entidades mencionadas anteriormente, 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 previsional, debiendo destacarse al efecto la fuerte expansión que ha tenido el sistema de pensiones (AFP), que ha alcanzado una afiliación superior al 95% de la fuerza laboral y se ha transformado en una eficaz palanca de desarrollo económico para el país. Similares efectos se han producido respecto de las Isapres, las CCAF, las mutuales y las compañías de seguros de vida, todas las cuales existían con anterioridad a la dictación de la Constitución de 1980, no debiendo olvidarse que la incorporación a éstos últimos sistemas privados es absolutamente voluntaria.

De igual manera, debe 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 y compañías de seguros de vida al primer grupo, y las CCAF y las mutuales al segundo.

El principio en comentario 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 figuró en el Acta Constitucional N° 3*, la que, como ya hemos señalado anteriormente, sirvió de antecedente necesario para la Carta Fundamental de 1980.

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 muchas 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 sistema de pensiones antiguo, que denota un efectivo desvirtuamiento de algunas de sus bases, cuyos resultados prácticos, en lugar de favorecer a los más desposeídos, facilitaron la consumación de injusticias que favorecieron a los grupos que tenían mayor poder político o económico para alcanzar mejores beneficios.

Ello produjo como consecuencia que el texto constitucional prefiriese 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 del nuevo sistema de salud privado –en el que no existe más incentivo que el esfuerzo individual–,

pasando por puntos intermedios como el sistema de pensiones –en el que existen muestras menores pero decisivas del mismo–, y otros en que se ha mantenido una solidaridad básica, como es el caso del Sistema de Accidentes del Trabajo y Enfermedades Profesionales, y el Sistema de Prestaciones Familiares.

Una ley de reciente data representa de buena forma este equilibrio que se pretende obtener: nos referimos a la Ley N° 19.728,⁶ sobre Seguro de Desempleo y cuyo planteamiento operativo recoge en gran medida el tema de la solidaridad en la base, mediante la instauración de un Fondo Solidario.⁷

La vigencia de este esquema –veinte años a la fecha– impide por ahora formarse un juicio definitivo acerca de su real alcance y éxito; no obstante ello, ha de establecerse que hasta ahora, los resultados obtenidos avalan esta concepción.

Puede citarse al efecto un caso ejemplar: la amplia aceptación que tenido el concepto del ahorro voluntario para obtener mejores pensiones, ya que, a la fecha, existen en el país más de 900.000 cuentas abiertas con tal propósito; ello habla claramente de que las personas han entendido que la seguridad de mayores beneficios se encuentra íntimamente vinculada al mayor esfuerzo de carácter individual que se realice.

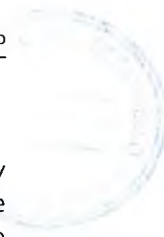
Sobre el particular, cabe destacar que de mantenerse esta línea de acción, se alejará paulatinamente la posibilidad de que muchas personas deban utilizar el mecanismo de pensiones mínimas que otorga el Estado; ello, implícitamente, involucra un grado de solidaridad importante, ya que éste utilizaría los fondos necesarios en personas que realmente no han podido ahorrar lo suficiente en su vida laboral activa.

D) La acción privada

Como un claro y necesario corolario de lo expuesto anteriormente se desprende la consagración, a nivel constitucional, que ha tenido la opción a participar por parte del sector privado, el que había estado prácticamente marginado de intervenir en la operatoria de la seguridad social. Sólo 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.

⁶ Publicada en el Diario Oficial del 14 de mayo de 2001; su entrada en vigor está prevista para el segundo trimestre del año 2002.

⁷ El financiamiento es tripartito, constituido sobre la base de cotizaciones mensuales aportadas por empleadores y trabajadores, y un aporte del Estado; éste se financia con una cotización de un 0.8% aportada por el empleador y por un aporte fiscal estimado en 225.792 U.T.M. anuales.



En efecto, 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 1º 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:⁸

PRESTACIONES	ORGANISMO	
	ESTADO	PRIVADO
Pensiones	INP	AFP
Salud	INP SNS	ISAPRE
Accidentes del trabajo	INP SNS	ISAPRE
Prestaciones familiares	Estado	CCAF

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 veintena de ISAPRES, tres MUTUALIDADES, cinco CCAF y una treintena de

⁸ Significado de las siglas:

INP : Instituto de Normalización Previsional (fusionó ex Cajas de Pensiones).

SNS : Servicio Nacional de Salud.

AFP : Administradoras de Fondos de Pensiones.

ISAPRES : Instituciones de Salud Previsional.

MUTUALES: Mutualidades de Empleadores.

CCAF : Cajas de Compensación de Asignación Familiar.

COMPAÑIAS DE SEGUROS, las que al actuar conjuntamente, han dado origen a una *Federación de Instituciones Privadas de Seguridad Social (FIS)*.

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 propietarios.

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, dada su innegable vinculación al sistema económico, el cual registra más de cuarenta leyes modificatorias desde 1981 a la fecha.

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 Normalización Previsional*, 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. No obstante, en otros sectores, como la salud, dicha puesta al día aún se encuentra postergada, fundamentalmente por un aspecto de falta de recursos de carácter crónico y una administración que no ha realizado aún el esfuerzo suficiente como para lograr su puesta al día.

En síntesis, y fuera del discutible aspecto del fin de lucro que tiene la actividad privada –con el que algunos sectores más ortodoxos pueden no concordar–, es innegable que, a la fecha, esta característica ha representado un avance bastante destacable en el sistema de seguridad social chileno, el cual se encuentra hoy día impregnado de los postulados de eficiencia y eficacia a favor de los afiliados y sus beneficiarios.

E) El financiamiento

La Constitución Política consideró en esta materia una amplia libertad, dejando sentada la premisa de que sólo por ley se podrían establecer cotizaciones obligatorias; ello, a la vez, dejó un amplio campo al legislador para que éste 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 anteriores, 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:

BENEFICIO	PORCENTAJE SOBRE REMUNERACIONES IMPONIBLES⁹	RESPONSABLE PAGO COTIZACIONES
Pensión de vejez	10 % ¹⁰	Trabajador
Pensión de invalidez y sobrevivencia	2,3 % ¹¹	Trabajador
Salud	7 % ¹²	Trabajador
Seguro accidentes del trabajo y enfermedades profesionales	0,95 % ¹³	Empleador
Prestaciones familiares	0 % ¹⁴	Estado

El trabajador que permanece adscrito al antiguo sistema de pensiones se encuentra sujeto a las mismas tasas que se han indicado en dicho acápite, con la sola salvedad de que el porcentaje total de cotización va a ser mayor (sobre un 22% hasta arriba, según la ex Caja a que pertenecía) y va a ser

⁹ La remuneración imponible oscila entre un ingreso mínimo y 60 unidades de fomento aproximadamente.

¹⁰ El trabajador puede efectuar cotizaciones voluntarias en su cuenta de capitalización individual, con la finalidad de anticipar la pensión de vejez o aumentar su monto.

¹¹ Este porcentaje es un promedio del Sistema e incluye el costo de la comisión que cobra la AFP por administrar la cuenta de capitalización individual perteneciente al trabajador.

¹² El trabajador puede celebrar contratos de salud con mejores prestaciones, a base de un mayor esfuerzo de ahorro de su parte; el Estado subsidia a los trabajadores de escasos ingresos, según la cantidad de cargas de familia que tengan acreditadas.

¹³ Este porcentaje es el básico, el cual es adicionado por una tasa variable –que puede llegar al 3,4%- y que está determinada por el riesgo que tiene la actividad a la que pertenece la empresa.

¹⁴ Se desea indicar con esto que el 100% del costo lo absorbe el Estado.

soportado mayoritariamente por el empleador, y en menor proporción por el Estado y el trabajador respectivo.

Como es dable observar, la estructura anotada significó un vuelco de importancia en lo que se había aplicado en el país por más de 45 años, lo que motivó no pocos reclamos por parte de los afectados.

El constituyente pretendió con esta medida 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 integro en la entidad previsional correspondiente.¹⁵

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.¹⁶

E) 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 redundante; en Chile sólo se le contempló a este nivel a partir del Acta Constitucional N° 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 Reforma de los 80 estuviesen dotadas de importantes atribuciones; ellas eran la Contraloría General de la República y la Superintendencia de Seguridad Social.

La etapa post reforma ha traído consigo una nueva visión, la que se ha caracterizado por un fuerte sello de especialización de parte de los orga-

¹⁵ Rige en el país una legislación sumamente severa en la materia (Ley N° 17.322), la que inclusive contempla la pena de privación de libertad para aquel empleador que se apropia indebidamente de estas cotizaciones y no paga cuando ha sido requerido judicialmente.

¹⁶ Al momento de instaurarse el nuevo sistema de pensiones, se determinó un reajuste de las remuneraciones de aquellos trabajadores que optasen por éste, a fin de cubrir la diferencia que se iba a introducir al hacerse cargo de las cotizaciones del mismo.

nismos fiscalizadores, habiéndose creado dos nuevas entidades con control único del sector: la Superintendencia de Administradoras de Fondos de Pensiones y la Superintendencia de Instituciones de Salud Previsional.

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 operatoria.

Conclusiones

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:

1º El rol del Estado, el cual se estableció como regulador general, garante de prestaciones básicas y fiscalizador del sistema.

2º La intervención de entidades privadas en la operación del sistema.

3º La consagración del principio de subsidiariedad.

4º La disminución relativa del principio de solidaridad.

5º 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.

