

Universidad Austral de Chile

From the Selected Works of Fernando Muñoz

2017

Derecho a la seguridad social

Fernando Muñoz



Available at: <https://works.bepress.com/fernandomunoz/35/>

EL DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL EN CHILE*

Fernando Muñoz L.

Universidad Austral de Chile

Presentación: la seguridad social en contexto

Por seguridad social entenderé aquí la entrega institucionalmente organizada de un ingreso monetario determinado a aquellas personas que han perdido, ya sea temporal o definitivamente y parcial o totalmente, la capacidad de sustentar autónomamente su propia existencia y la de su núcleo familiar debido a algún hecho imprevisto o contingencia que ha interrumpido su flujo de ingresos habitual. Las contingencias que paradigmáticamente pueden crear este estado material de necesidad pueden consistir en un accidente, una enfermedad, el embarazo, la vejez, la cesantía, y también, en el caso de quienes dependen para su subsistencia del trabajo de otros, la muerte del individuo que proveía de ingresos al núcleo familiar.¹

La existencia de mecanismos que permitan a un grupo humano proporcionar asistencia a aquellos integrantes de la comunidad que se vean en una situación de carencia material debido a alguna contingencia ha acompañado a prácticamente todas las civilizaciones y sociedades humanas. Dicha asistencia ha tomado, desde luego, innumerables formas, incluyendo su provisión coordinada o centralizada por parte de autoridades religiosas y/o políticas, el involucramiento de las amistades o la parentela del sujeto afectado, y la existencia de deberes éticos de caridad dirigidos difusamente a la comunidad toda, así como mixturas y superposiciones entre todas estas formas de provisión de asistencia. En este sentido, la seguridad social corresponde a una manifestación concreta de una praxis prácticamente universal de satisfacción de necesidades humanas reconocidas también como tales de manera prácticamente universal.

Sin embargo, aquello que denominamos como seguridad social propiamente tal, así como el correlativo derecho a la misma, es, en estricto rigor, una invención institucional distintivamente moderna, que responde a problemáticas socioeconómicas también distintivamente modernas. El marco histórico específico que permite comprender la invención del derecho a la seguridad social lo ofrecen diversos procesos históricos que se desencadenan en Inglaterra durante la segunda mitad del siglo XVIII y que desde ahí

* Este texto, todavía en estado de borrador, ha sido preparado para su publicación en un texto colectivo sobre derechos fundamentales coordinado por Pablo Contreras y Constanza Salgado. Se agradecen comentarios, críticas y sugerencias a fernando.munoz@uach.cl.

¹ La provisión de un ingreso asistencial puede incluso llegar a verse dissociada de la existencia de contingencias para extenderse derechamente a todos aquellos integrantes de la comunidad que no sean capaces de proveerse por sí mismos de un nivel de ingresos socialmente considerado como adecuado, situación en la cual ya no hablaremos del derecho a la seguridad social sino del derecho a un *ingreso mínimo garantizado*. En la actualidad, se ha comenzado incluso a discutir la posibilidad de crear un *ingreso básico universal*, el cual ya no estaría focalizado hacia los sectores de menores ingresos sino que sería entregado a todos los integrantes de la sociedad respectiva.

hicieron sentir sus efectos paulatinamente a lo largo y ancho de la economía mundo: industrialización, mercantilización, proletarianización, y urbanización.

La industrialización ha consistido históricamente en un proceso orientado a incrementar y uniformar la producción de bienes y servicios mediante la combinación de la innovación tecnológica, la cual ha permitido aplicar en los procesos productivos fuentes de energía distintas de la fuerza humana y animal, con la innovación organizacional, orientada a sacar el máximo provecho de la innovación tecnológica mediante el disciplinamiento de la fuerza de trabajo (Stearns, 2012, pp. 6–8). La industrialización, por añadidura, alteró también la naturaleza de las contingencias ya mencionadas, debido al surgimiento de nuevas formas de accidentes y nuevos tipos de enfermedades. Asimismo, en cada rama del mercado del trabajo emergieron mínimos de autonomía funcional, así como umbrales de agotamiento y envejecimiento del cuerpo y la mente, más allá de los cuales el trabajador individualmente considerado pasa a ser considerado por el empleador como no apto para la realización de las labores para las que se le contrató.

La mercantilización, en tanto, ha consistido en la constante incorporación a mercados formales de cada vez más productos y servicios, para llegar a incluir prácticamente la totalidad de los productos y servicios que satisfacen necesidades, tanto básicas como suntuarias. Así, de la mano de la industrialización, la mercantilización transformó las condiciones materiales y sociales mediante las cuales los individuos satisfacen sus necesidades básicas,² haciéndoles pasar de pequeños productores a consumidores de mercado. Si en la era preindustrial la necesidad de alimentación, vestido y abrigo era por lo general satisfacía por la propia población mediante la producción directa y el intercambio a pequeña escala de alimentación y vestuario, la renovada y especializada división social del trabajo instaurada por la industrialización necesariamente lleva a que la población que ya no puede satisfacer sus propias necesidades básicas obtenga sus bienes de consumo en mercados formales y a cambio de dinero. En tal contexto, en consecuencia, resulta imprescindible para cualquier individuo contar con un ingreso monetario a fin de poder adquirir en el mercado los bienes y servicios que requiera para subsistir.

La proletarianización, por su parte, en el contexto de dicha renovación y especialización de la división social del trabajo producida por la industrialización, ha consistido en la transformación de amplios estratos sociales en fuerza de trabajo activa. Podríamos definirla, en consecuencia, como una mercantilización de la labor humana, en virtud de la cual es posible realizar determinadas tareas físicas y mentales bajo el mando de otro a cambio de dinero.³ La proletarianización de la población ha significado que la principal

² Las necesidades suntuarias, por su parte, se ve satisfechas mediante intercambios de mercado incluso en sociedades precapitalistas, debido a que la lógica misma de los bienes de lujo es que ellos sean materialmente inaccesibles para la mayor parte de la población, lo que en una sociedad no capitalista involucra que tales bienes son importados desde lugares distantes. Véase Braudel (1984), capítulos 3 (“Lo superfluo y lo necesario: comidas y bebidas”) y 4 (“Lo superfluo y lo necesario: el hábitat, el vestido y la moda”).

³ Las peligrosas consecuencias sociales de esta inevitable transformación fueron investigadas de manera crítica y detenida por primera vez por Marx (1981). Polanyi (1997), por su parte, identificó este proceso como la creación de una *mercancía ficticia*, es decir, la transformación en mercancía de algo que por su naturaleza no reviste tal carácter; mismo proceso que, a su juicio, ocurre en el caso de la tierra y del dinero.

fuente de subsistencia de individuos y familias ha pasado a ser su propia capacidad de incorporarse al mercado del trabajo, a fin de obtener allí una fuente de ingresos que les permita acceder al mercado de bienes de consumo.

Por último, si bien la urbanización, entendida como la constitución de poblaciones humanas de alta densidad, es un fenómeno que antecede históricamente a los anteriores procesos, tanto la naturaleza como la magnitud de los procesos de urbanización cambiaron radicalmente de la mano de la industrialización y sus procesos concomitantes. Al ofrecer nuevas oportunidades laborales en los núcleos urbanos, la industrialización atrajo grandes masas humanas, y multiplicó las posibilidades mismas de convivencia ordenada de dichas grandes masas mediante nuevas técnicas de urbanización; como resultado de los grandes desplazamientos campo-ciudad así desencadenados, por primera vez en la historia de la humanidad se revirtió la tendencia de la población a vivir en espacios rurales.

La industrialización y sus procesos concomitantes, cabe agregar, se desplegaron como un proceso dirigido por particulares que fueron crecientemente desarrollando la capacidad de reclutar al estado moderno para la tarea de establecer condiciones institucionales favorables a su acumulación privada. Por esto, para comprender los rasgos específicos del proceso de industrialización ‘históricamente existente’, resulta vital tener a la vista el carácter *capitalista* de dicho proceso. Particularmente, ello permite comprender que, pese al incremento en la producción y por lo tanto en la prosperidad disponible que la industrialización produjo desde un comienzo, ella haya representado en la historia de las masas populares que se incorporaron a este proceso en condiciones proletarizadas un recrudescimiento de sus condiciones de vida. Para estas masas, tales transformaciones produjeron una forma característicamente moderna de vulnerabilidad; pues en la medida en que un individuo o una unidad familiar proletarizada y urbanizada quedara al margen del mercado del trabajo, perdería prácticamente toda posibilidad de satisfacer sus necesidades básicas. Así es como la convergencia de estos procesos creó un problema conocido hacia fines del siglo XIX como la ‘cuestión social’; esto es, la existencia en los núcleos poblacionales industrializados, incapaces de ofrecer las oportunidades de autosubsistencia y de solidaridad comunitaria propias de la vida rural tradicional, de estratos sociales cuya frágil inserción en un mercado del trabajo que les ofrecía condiciones laborales degradantes y pauperizantes se veía, por añadidura, constantemente amenazada por las contingencias antes señaladas.

Una primera respuesta, surgida desde la propia clase trabajadora, fue el despliegue de iniciativas de solidaridad horizontal, expresadas en sociedades de socorro mutuo o mutuales. Pero dicha solución a los males del presente comenzó paulatinamente a coexistir con discursos críticos de la propia industrialización conducida bajo el mando capitalista y, en última instancia, del capitalismo mismo. Así fue como la ‘cuestión social’ dio paso, en las sociedades industrializadas o en tránsito hacia la industrialización, a una oleada de conflictos entre trabajadores y empleadores que a menudo, como en el caso de la recordada Matanza de Santa María de Iquique en 1907, involucraron la intervención violenta de las fuerzas policiales y militares del Estado. En Europa central y oriental, esos conflictos dieron incluso origen a esfuerzos por establecer estados proletarios; si bien algunos de esos esfuerzos fracasaron en un mar de sangre, como ocurrió con la proclamación de una república proletaria en Alemania en 1918, en Rusia

ello dio origen a un estado soviético con vocación expansionista que sirvió de constante recordatorio a las economías políticas occidentales de su endémica fragilidad social.

Desde un comienzo, sin embargo, los sectores más perspicaces de la élite capitalista comprendieron que la estrategia de represión había de ser combinada con estrategias orientadas a lograr no sólo una mayor legitimación del estado capitalista, sino también a subsidiar la necesidad del capital de contar con una población constantemente preparada para incorporarse al mercado del trabajo y con consumidores cuya capacidad de compra no se viera alterada radicalmente por los vaivenes del mismo. Dichos mecanismos tomaron la forma de sistemas de protección social, entre los que se contaron la regulación del mercado de trabajo, la provisión de servicios educacionales y médicos, y también la creación de diversos mecanismos de seguridad social tal como la hemos definido aquí. Desde la perspectiva del discurso jurídico, estos mecanismos se perciben como titularidades iusfundamentales entregadas en reconocimiento de la dignidad humana. Desde la perspectiva de la economía política, en cambio, ellos aparecen como regímenes regulatorios de carácter keynesiano, es decir, orientados a facilitar las operaciones del proceso de acumulación capitalista a través de la morigeración de sus externalidades sociales negativas. Ambas perspectivas, desde luego, describen lo mismo a partir de distintas preocupaciones teóricas y, en ese sentido, se complementan.

La primera nación en implementar medidas de aseguramiento social fue Alemania, donde, como parte de un programa de apaciguamiento social encabezado por el propio Canciller Otto von Bismarck, se promulgaron las leyes sobre seguro contra enfermedades (1883), sobre accidentes del trabajo (1884) y sobre seguro de invalidez y vejez (1889). El propio von Bismarck, hablando a nombre del Kaiser Guillermo I, expresó el objetivo político de esta legislación: en su discurso ante el Reichstag del 17 de noviembre de 1881, momento en que propuso el paquete legislativo en cuestión, expresó el propósito político que allí se perseguía declarando que “la sanación de las heridas sociales no debe ser buscada únicamente mediante la represión de los alzamientos socialdemócratas, sino también mediante la promoción positiva del bienestar de los trabajadores” (Wendt, 1995, p. 194). La protección social, de esta manera, adquirió desde sus orígenes un sentido socialmente pacificador, funcional a la preservación de la economía política capitalista.

El siguiente hito significativo en el desarrollo de la seguridad social fue el *Report to the Parliament on Social Insurance and Allied Services*, elaborado en 1942 por el economista William H. Beveridge a solicitud del Ministerio del Trabajo británico, y el cual planteó la importancia de la expansión de la cobertura de la seguridad social a toda la población, tanto como una medida de justicia social como de fortalecimiento de la capacidad productiva del país.⁴ En la misma línea, el sociólogo Thomas H. Marshall (1950, p. 11) propuso concebir al emergente conjunto de mecanismos de protección social como una manera de institucionalizar la *ciudadanía social*, el cual él entendía como la obligación estatal de garantizar “desde el derecho a un mínimo de bienestar económico y seguridad hasta el derecho a participar plenamente en la vida colectiva y llevar una vida digna de

⁴ Este texto, comúnmente conocido como el Primer Informe Beveridge, fue complementado posteriormente por otro texto, *Full Employment in a Free Society*, de 1944, conocido como el Segundo Informe Beveridge, y en el cual Beveridge argumentó que los objetivos sociales y económicos de la seguridad social exigían la adopción de medidas para asegurar una situación de pleno empleo en el mercado del trabajo, sintonizando así con el trabajo del también economista John M. Keynes.

acuerdo a los estándares sociales prevalecientes”. Como señalara Novoa (1977, p. 85), estos planteamientos expresaron la evolución desde una protección dirigida a los económicamente débiles, propia del seguro bismarckiano, pasando por un criterio laboral orientado a la protección de la fuerza laboral, hasta llegar a un criterio nacional en virtud del cual toda la población merece gozar de esta protección.

Así es como la seguridad social pasó de ser una manifestación espontánea de solidaridad entre trabajadores a ser una demanda proletaria por una transformación radical de la economía política capitalista, demanda que a su vez fue internalizada por las propias economías políticas capitalistas en la forma de estrategias de protección social expresivas de un nuevo arreglo social entre capital y trabajo. En otros términos, el conflicto entre capital y trabajo derivó en una transformación interna de la economía-mundo capitalista que resultó en el surgimiento de lo que Streeck (2011) ha denominado como el *capitalismo democrático*,⁵ prevaleciente en las sociedades altamente industrializadas entre las décadas del 30’ al 70’, y cuyo rasgo distintivo consistió en la adopción de medidas de redistribución del bienestar producido por la industrialización y la mercantilización a fin de lograr estabilidad y paz social. A su vez, la desaparición del capitalismo democrático durante los años 70’ y su reemplazo por un modelo de organización estatal neoliberal, más favorable a los intereses del capital y, en consecuencia, orientado hacia la moderación o *flexibilización* de la protección social construida en el período anterior, constituye el contexto histórico dentro del cual ha de situarse cualquier esfuerzo por comprender los desafíos que la seguridad social enfrenta en el mundo de hoy.

Las consideraciones anteriores han fijado un marco histórico y económico-político para comprender la invención de la seguridad social. A continuación examinaré la manera en que esta invención institucional es entendida desde la perspectiva del discurso jurídico, específicamente en el derecho internacional, el cual conceptualiza esta solución institucional como un derecho fundamental, de carácter social, cuyo reconocimiento y satisfacción le está exigido a los ordenamientos nacionales en virtud de exigencias político-morales recogidas positivamente en tratados internacionales sobre derechos económicos, sociales y culturales. Esta revisión nos ofrecerá, por así decirlo, un punto de apoyo normativo a partir del cual evaluar y enjuiciar la situación actual de la seguridad social en nuestro país.

La seguridad social en el derecho internacional de los derechos humanos

La I Guerra Mundial marcó el derrumbe del orden político y económico internacional basado en el predominio nacional del capital y la competencia entre las grandes potencias por su expansión colonial. Estados Unidos, como única nación que emergió política y económicamente fortalecida del conflicto, hizo un primer intento por establecer un nuevo orden internacional que permitiera reacomodar las economías políticas nacionales en un

⁵ Para referirme al caso chileno, anteriormente (Muñoz, 2016, p. 85) he adoptado la denominación de *estado de compromiso*, habitualmente empleada por sociólogos e historiadores para denominar al arreglo institucional entre clases inaugurado en la década de los 30’, misma denominación que emplearé al hablar de la historia de nuestra seguridad social.

marco internacional que neutralizara el potencial disruptivo de las demandas del movimiento internacional de los trabajadores.

La negociación misma que puso fin a dicho conflicto bélico sirvió de punto de partida para este esfuerzo a través de la creación de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), concebida como un organismo técnico asociado a la Liga de las Naciones, la institucionalidad general creada en aquel entonces con el propósito de evitar futuros conflictos armados entre las grandes potencias. El documento fundacional de la OIT fue incorporado como Parte XIII del Tratado de Versalles, firmado el 28 de junio de 1919, y declaraba que el descontento causado por condiciones de trabajo calificadas como injustas “constituye una amenaza para la paz y armonía universales”, por lo que calificó como urgente mejorar dichas condiciones en lo concerniente, entre otras materias, a asuntos relacionados con la seguridad social tal como la hemos conceptualizado aquí, incluyendo medidas tales como “garantía de un salario vital adecuado, protección del trabajador contra las enfermedades, sean o no profesionales, y contra los accidentes del trabajo”, así como el establecimiento de “pensiones de vejez y de invalidez”.

La OIT sobrevivió a la disolución formal de la Liga de las Naciones en 1946 y se incorporó a la segunda institucionalidad internacional articulada en torno a la Organización de las Naciones Unidas (ONU), creada el 24 de octubre de 1945 en San Francisco. En línea con el consenso forjado en la posguerra en torno a la importancia de la protección social, la Declaración Universal de Derechos Humanos, proclamada por la Asamblea General de la ONU reunida en París el 10 de diciembre de 1948, incluyó en su Artículo 22 el derecho a la seguridad social en los siguientes términos:

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.

Asimismo, el Artículo 25 (1) de la misma Declaración clasificó como un derecho universal el acceso a prestaciones específicas que forman parte de aquello que aquí hemos denominado como seguridad social, junto a otras que forman parte de la categoría más amplia de protección social:

Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad.

El afán de reconocerle fuerza normativa a la demanda por protección social también alcanzó a los instrumentos internacionales de carácter regional. Así, la Carta de la Organización de los Estados Americanos, firmada en la IX Conferencia Internacional Americana del 30 de abril de 1948, celebrada en Bogotá, y modificada por el Protocolo de Buenos Aires, de 27 de febrero de 1967, identificó diversos valores y objetivos de política pública que sirven de fundamento a la obligación de los estados de proveer sistemas de seguridad social, incluyendo la caracterización en su artículo 3 (j) de la

“justicia y seguridad sociales” como “bases de una paz duradera”. De la misma manera, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana realizada en Bogotá en 1948, proclama en su Artículo XVI:

Toda persona tiene derecho a la seguridad social que le proteja contra las consecuencias de la desocupación, de la vejez y de la incapacidad que, proveniente de cualquier otra causa ajena a su voluntad, la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios de subsistencia.

Uno de los instrumentos internacionales de carácter regional más relevantes en esta materia, el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, conocido como *Protocolo de San Salvador*, no ha sido ratificado hasta el momento por nuestro país. Esta carencia es significativa, pues dicho Protocolo aborda esta materia con particular precisión en su Artículo 9:

Derecho a la Seguridad Social

1. Toda persona tiene derecho a la seguridad social que la proteja contra las consecuencias de la vejez y de la incapacidad que la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa. En caso de muerte del beneficiario, las prestaciones de seguridad social serán aplicadas a sus dependientes.
2. Cuando se trate de personas que se encuentran trabajando, el derecho a la seguridad social cubrirá al menos la atención médica y el subsidio o jubilación en casos de accidentes de trabajo o de enfermedad profesional y, cuando se trate de mujeres, licencia retribuida por maternidad antes y después del parto.

Debido a que no ha sido ratificado el Protocolo de San Salvador, hasta el momento la herramienta internacional de mayor rendimiento en materia de seguridad social en nuestro país ha consistido en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 2200 A (XXI) de 16 de diciembre de 1966, y ratificado por nuestro país durante el gobierno de Salvador Allende.

El PIDESC proclama en su artículo 9 que “[l]os Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la seguridad social, incluso al seguro social”. La utilidad decisiva de este instrumento internacional radica en que contempla, en su artículo 16, que los estados que formen parte de dicho tratado se comprometen a presentar “informes sobre las medidas que hayan adoptado, y los progresos realizados, con el fin de asegurar el respeto a los derechos reconocidos en el mismo”. A fin de supervisar el cumplimiento de esta obligación, la Resolución 1985/17 del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, de 28 de mayo de 1985, creó el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CDESC). Dicho Comité, por su parte, en su segundo período de sesiones, celebrado en 1988, resolvió elaborar, a partir de su tercer período de sesiones, “observaciones generales sobre la base de los diversos artículos y disposiciones del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, con miras a prestar asistencia a los Estados Partes en el cumplimiento de sus obligaciones en materia

de presentación de informes”, en palabras del documento E/1989/22 de la misma organización.

El 23 de noviembre de 2007, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales aprobó la Observación General N° 19, sobre derecho a la seguridad social. Dicha Observación reconoce al derecho a la seguridad social como una titularidad “de importancia fundamental para garantizar a todas las personas su dignidad humana cuando hacen frente a circunstancias que les privan de su capacidad para ejercer plenamente los derechos reconocidos en el Pacto” (§1), e identifica como elemento medular del mismo “el derecho a obtener y mantener prestaciones sociales, ya sea en efectivo o en especie, sin discriminación, con el fin de obtener protección, en particular contra: a) la falta de ingresos procedentes del trabajo debido a enfermedad, invalidez, maternidad, accidente laboral, vejez o muerte de un familiar; b) gastos excesivos de atención de salud; c) apoyo familiar insuficiente, en particular para los hijos y los familiares a cargo” (§ 2). El CDESC le atribuye en dicha Observación General un carácter “redistributivo”, y señala que en virtud de tal carácter, la seguridad social “desempeña un papel importante para reducir y mitigar la pobreza, prevenir la exclusión social y promover la inclusión social” (§ 3).

Asimismo, si bien el documento reconoce la existencia de una variedad de posibles arreglos institucionales encaminados a satisfacer el derecho a la seguridad social, y en particular la posibilidad de que existan modelos *contributivos*, que implican “el pago de cotizaciones obligatorias de los beneficiarios, los empleadores y a veces el Estado, juntamente con el pago de las prestaciones y los gastos administrativos con cargo a un fondo común” y *no contributivos*, “como los planes universales (que en principio ofrecen la prestación correspondiente a toda persona expuesta a un riesgo o situación imprevista particular) o los planes de asistencia social destinados a determinados beneficiarios (en que reciben las prestaciones las personas necesitadas)”, el CDESC observa que “[e]n casi todos los Estados habrá necesidad de planes no contributivos, ya que es poco probable que pueda proporcionarse la protección necesaria a todas las personas mediante un sistema basado en un seguro” (§4).

Dado que la protección social busca subsanar o moderar las consecuencias del mercado, que premia a los económica y políticamente fuertes y castiga a los económica y políticamente débiles, la Observación hace especial énfasis en que los estados obligados por el Pacto deben “prestar especial atención a las personas y los grupos que tradicionalmente han tenido dificultades para ejercer este derecho” (§31), situación en la cual identifica en particular a la población femenina; a los trabajadores informales, precarizados y desempleados; a las personas con discapacidad; a niños y adultos mayores; a migrantes, refugiados y desplazados internos; y a las personas privadas de libertad. Asimismo, observa el Comité, la “formulación y aplicación de las estrategias y planes de acción nacionales de seguridad social” deberá tomar en consideración los principios de no discriminación, igualdad entre los géneros, y de “participación popular”, entendido este último en que forme “parte integrante de todo programa, política o estrategia en materia de seguridad social” el “derecho de las personas y los grupos a participar en la adopción de decisiones que puedan afectar a su ejercicio del derecho a la seguridad social” (§ 69).

Ahora bien, en última instancia, la exigencia más significativa que identifica la Observación General N° 19 dice relación con aquello que denomina como la “disponibilidad” de la seguridad social:

11°.- El derecho a la seguridad social requiere, para ser ejercido, que se haya establecido y funcione un sistema, compuesto ya sea de uno o de varios planes, que garantice las prestaciones correspondientes a los riesgos e imprevistos sociales de que se trate. Este sistema debe establecerse en el marco del derecho nacional, y las autoridades públicas deben asumir la responsabilidad de su administración o supervisión eficaz. Los planes también deben ser sostenibles, incluidos los planes de pensiones, a fin de que las generaciones presentes y futuras puedan ejercer este derecho.

Esta última reflexión del CDESC sobre la disponibilidad de la seguridad social nos reitera, siguiendo la tesis de Atria (2004), que la problemática de los derechos sociales no versa, paradigmáticamente, sobre la justiciabilidad de los mismos sino que sobre su gestión administrativa, realizada en el marco de decisiones económico-políticas de carácter constitucional. Dicho a la inversa, en materia de derechos sociales, la constitución económico-política es la premisa; la gestión administrativa, su concreción; y la justiciabilidad es, por lo general, una problemática más bien marginal, relacionada con la existencia de circunstancias individuales, ellas sí justiciables, que afecten el acceso a las instituciones de protección social efectivamente disponibles. Volveremos a examinar la labor del CDESC en relación a nuestro país al examinar la tensión existente en nuestro país hoy en día entre la libertad de empresa y la seguridad social.

La seguridad social en el Chile del Estado de Compromiso, 1924–1973

El nacimiento en nuestro país de la seguridad social data de 1924, cuando, en medio del colapso del régimen semiparlamentario y en un contexto generalizado de deslegitimación de las instituciones políticas nacionales, el Congreso Nacional aprobó la Ley N° 4.054, sobre Seguro Obrero Obligatorio de Enfermedad, Invalidad y Vejez, cuyo ámbito de cobertura estaba dirigido a los trabajadores manuales y contemplaba un sistema de financiamiento tripartito inspirado en el modelo bismarckiano, y la Ley N° 4.059, sobre Contrato de Empleados Particulares, el cual contempló la existencia de un fondo de retiro e indemnización por años de servicios para dichos trabajadores.⁶

Al año siguiente, la nueva Constitución Política del Estado incorporó a nuestra ley fundamental la protección social como un objetivo constitucionalmente relevante; de particular importancia, en ese sentido, fue su artículo 10 N° 14, el que garantizaba la “protección al trabajo, a la industria, y a las obras de prevision social, especialmente en cuanto se refieren a la habitacion sana y a las condiciones económicas de la vida, en forma de proporcionar a cada habitante un mínimo de bienestar, adecuado a la satisfaccion de sus necesidades personales y a las de su familia”. Como señala Obando (2012, p. 291), este precepto “marcó una ruptura clara con las dos constituciones precedentes”; las que, de acuerdo al modelo de estado en aquel entonces prevaleciente, se limitaban a atribuir a las municipalidades, al decir del artículo 128 de la Constitución

⁶ La distinción entre empleados y obreros es una constante del modelo de relaciones laborales existente entre 1924 a 1973.

Política del Estado de 1833, la tarea de “[c]uidar de la policía de salubridad, comodidad, ornato y recreo”. La constitucionalización de la protección social, así como la transformación conceptual que afectó a la protección constitucional de la propiedad –que pasó de garantizar la “inviolabilidad de las propiedades”, como rezara el texto de 1833, a establecer como límite al derecho de propiedad el cumplimiento de su “función social”– evidenciaba que no era meramente un nuevo texto constitucional lo que emergía, sino un nuevo arreglo social entre capital y trabajo, proyectado en un nuevo régimen político e institucional, y enmarcado en la transformación global de la economía-mundo capitalista.

A fin de administrar el programa de seguridad social respectivo, la propia Ley N° 4.054 creó un sistema de gestión descentralizado y administrado tripartitamente por trabajadores, empleadores y representantes estatales; y al año siguiente, los Decretos con Fuerza de Ley N° 454 y N° 767 crearon la Caja Nacional de Empleados Públicos y Periodistas, a las cuales se les irían sumando otras instituciones similares que agrupaban a otros trabajadores. Así fue como surgió el modelo de gestión de la seguridad social característico de este período en nuestro país, conocido como el modelo de “cajas” previsionales; un modelo cuya expansión se realizó históricamente de manera no programada, mediante procesos de conflicto y de diálogo entre trabajadores, empleadores y autoridades estatales a través de los cuales se fueron creando, ampliando y subdividiendo nuevas cajas de seguridad social orientadas a la atención a categorías específicas de trabajadores, así como se fueron paulatinamente aumentando las prestaciones que cada una de ellas ofrecía. Este crecimiento inorgánico permitió el surgimiento de regímenes distintos para distintas categorías de trabajadores, algunos de ellos más favorables que los demás. En particular, como observara Obando (2016, p. 608), la lógica de crecimiento del sistema “favoreció a los grupos profesionales y laborales urbanos mejor organizados, usualmente de clase media”.

Por otro lado, si bien el sistema de gestión de la seguridad social tenía como objetivo declarado el involucrar a los asegurados en la participación de la gestión, el mismo evidenció una predisposición hacia la burocratización. Como señalara Novoa al referirse a la participación de los asegurados, “el movimiento legislativo ha tendido a hacerla cada vez más insignificante”, tendencia que ya se anidaba en la gestación misma del sistema de cajas, toda vez que “el nacimiento de la ex Caja de Seguro Obrero Obligatorio significó la muerte de aproximadamente 800 sociedades mutualistas”, organizaciones cuya “experiencia y tradición”, asevera dicho autor, “no fue aprovechada y se la desestimó, no obstante que la ley 4054 permitía tal delegación”.

Así y todo, el modelo chileno de seguridad social resaltaba en el contexto regional como un ejemplo a destacar; como observara a fines de la década del 40’ el profesor de derecho de la seguridad de la Universidad de Chile, Francisco Walker Linares (1949, p. 33),

la legislación social [chilena], comprendiéndose en ella, tanto la del trabajo, como la de la previsión social, ha alcanzado en los últimos 25 años un notable progreso, que la coloca en un lugar preponderante dentro del continente americano. En ciertas materias, como la protección de los empleados particulares, las leyes chilenas son tal vez las más completas en Latino América.⁷

⁷ Como he observado anteriormente (Muñoz, 2013, p. 378), hoy la realidad es totalmente la opuesta; parafraseando a Walker, podríamos decir que la legislación social, tanto la del trabajo como la de la

Durante la vigencia de la Constitución de 1925, en definitiva, existió un proceso continuo pero no sistemático de expansión de la seguridad social, tanto en materia de su cobertura subjetiva (esto es, el aumento en la población cubierta) como objetiva (esto es, el aumento de las prestaciones garantizadas). La necesidad de alcanzar una uniformidad del sistema en estas materias, por cierto, fue indicada reiteradamente, y existieron iniciativas en ese sentido. Si bien este objetivo no se alcanzó durante el período, en 1971 la Ley de Reforma Constitucional N° 17.398, también conocida como Estatuto de Garantías Constitucionales, incorporó de manera conceptualmente clara los principios en aquel entonces considerados como fundamentales de la seguridad social. Así, el nuevo artículo 10 N° 16 incorporado a la Constitución Política del Estado pasó a contener la siguiente garantía:

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 de la dignidad humanas, para la protección integral de la colectividad y para 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 del 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 o 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.

Esta reforma constitucional, en palabras de Humeres (2016, p. 33), estableció una concepción de la seguridad social “de una notable amplitud de sus objetivos”, al establecer como horizonte de la misma propósitos “socioeconómicos y culturales, vinculados a la personalidad y dignidad humanas”, así como el “objetivo de redistribuir la renta nacional, optando así claramente por una definida posición social, política y económica respecto al sistema”.

Durante este período, los objetivos de política pública encarnados en la seguridad social se vieron cristalizadas en la doctrina jurídica mediante la elaboración de los así llamados *principios* de esta disciplina. Sintetizando las heterogéneas y a menudo divergentes posturas de diversos autores, instituciones y asociaciones involucrados en la temática, Novoa (1977, pp. 83–118) propuso entender como tales los principios de *universalidad subjetiva*, en virtud del cual la seguridad social debe proteger a todas las personas; *universalidad objetiva*, en virtud del cual ella ha de cubrir todos los riesgos o contingencias sociales; *integridad* o *suficiencia*, según el cual las prestaciones entregadas deben ser suficientes para atender la contingencia social de que se trate; *solidaridad*, expresado en que el aporte que cada quien hace al financiamiento del sistema depende de sus capacidades contributivas, sin que ello determine las prestaciones que recibe; y

previsión social, ha experimentado en los últimos 35 años un abismante retroceso, que la coloca en una posición menoscabada dentro del continente americano, y no sería aventurado sostener que en ciertas materias las leyes chilenas son tal vez las más insatisfactorias de Latinoamérica.

unidad, en virtud del cual la seguridad social es concebida como elemento de unificación de las políticas económicas orientadas al pleno empleo, las políticas de salud pública orientadas a proteger a la población, y las políticas sociales de redistribución del ingreso.

Al igual que la normativa internacional en la materia, la identificación de estos principios sirve aquí de puente conceptual entre el contexto histórico en que surge y se desarrolla la seguridad social y la regulación actualmente existente en nuestro país de este derecho.

La seguridad social en el Chile neoliberal, 1973 a la fecha

El golpe de estado de 1973 permitió a sectores críticos del modelo de estado prevaleciente hasta entonces el llevar a cabo una serie de transformaciones radicales al arreglo institucional entre capital y trabajo articulado entre las décadas del 20' y del 30', destruyendo de paso los cimientos mismos de dicho arreglo mediante la desarticulación brutal del movimiento popular y de su expresión sindical y política. El caso chileno, en este sentido, no es sino la manifestación local de un proceso más amplio, mediante el cual, en palabras de Streeck (2016, p. 38), “los propietarios y administradores del capital –y no, como hubiera imaginado y esperado la teoría de la crisis de legitimación, la gran masa de los asalariados– iniciaron una larga batalla para una reestructuración fundamental de la economía política del capitalismo de postguerra”, embarcándose en el proyecto de “liberar a la economía capitalista de los controles político burocráticos y corporativos del período de reconstrucción, recuperando márgenes de utilidad que se obtendrían a través de mercados libres y desregulación antes que por medio de políticas gubernamentales con el peligro de las obligaciones sociales que venían con ellas”.

El esfuerzo por liberar al capital de sus constreñimientos social-democráticos estuvo en todas partes respaldado por una cuidadosa elaboración técnica que, en el caso chileno, fue asumida de manera vanguardista por profesionales políticamente comprometidos con la liberación de las ataduras del capital mucho antes de que estuvieran dadas las condiciones políticas que permitirían llegar a tal resultado. De hecho, y en aquello que aquí nos ocupa, el documento conocido como *El Ladrillo*, preparado por los economistas de la Universidad Católica conocidos como *Chicago Boys* para servir como programa económico de la candidatura presidencial de Jorge Alessandri en 1970 y que posteriormente sirviera de orientación para las transformaciones económicas realizadas por la dictadura, ya delineaba de la siguiente manera el modelo de pensiones que sería implementado posteriormente:

El nuevo sistema previsional constará de dos subsistemas: uno de carácter estatal, financiado por la vía tributaria, que establecería una previsión mínima (1 vital o menos) igual para todos los chilenos que cumplieran más de 65 años y que hubieran trabajado un número mínimo de años (25 ó 30); y el otro, que sería en base a un sistema de ahorro que se depositaría mensualmente en una institución especializada, de acuerdo a un mecanismo contractual de administración delegada de esos fondos, los que podrían ser cobrados en forma de una pensión vitalicia sólo cuando se alcance la edad de retiro. La entidad administradora de estos ahorros tendría la obligación de invertirlos de manera tal, que asegurara que éstos mantendrán su valor real a través del tiempo (reajustabilidad), y que devengarán un interés. [...] Estas nuevas entidades, que para diferenciarlas de las actuales “cajas” las llamaremos Fondos de Pensión, tendrán por objeto

administrar los ahorros de sus depositantes, invertirlos en valores reajustables del mercado de capitales que se irá creando (ver capítulo respectivo), o en acciones cuya rentabilidad sea equivalente al retomo de un valor reajutable; los beneficios que los Fondos otorguen serán contractuales o no podrán recibirse si no se cumplen los requisitos mínimos de edad y número de años trabajados (De Castro, 1992, pp. 130–131).

Es importante observar que el objetivo de esta reforma radical al sistema de seguridad social buscaba no solamente crear un nuevo sistema de pensiones de carácter individual sino también solucionar un problema aludido en el párrafo reseñado: el pequeño tamaño de nuestro mercado de capitales.⁸ La creación de las Aseguradoras de Fondos de Pensiones (AFP) permitió así no solamente la transformación de las lógicas de la protección social en nuestro país, sino también la creación, o más bien la captura, de grandes fondos de inversión entregados ya no a una administración conjunta entre empleadores y trabajadoras orientada a satisfacer necesidades sociales, como en el modelo de las cajas, sino a una administración privada guiada explícitamente por el afán de lucro. Reivindicando este modelo, uno de los gestores de la creación de las AFP, José Piñera (1992, pp. 26–27), afirmaría lo siguiente:

En varios momentos, algunos plantearon la posibilidad de autorizar a cooperativas para actuar como administradoras de fondos de pensiones. O de abrir paso en este campo a entes jurídicos nuevos, constituidos por los propios cotizantes... Terminamos por descartar estos híbridos. A nuestro juicio, una previsión moderna requería antes que nada de empresas ágiles, competitivas y eficientes. De empresas con dueño. De empresas deseosas de innovación y deseosas de rentabilidad. [...] Creer que la empresa privada era buena para producir refrigeradores y zapatos, pero no para producir servicios de contenido social, tales como educación, salud, pensiones u otros... Nunca pude entender esta incongruencia. Personalmente me parecía incluso preferible la solución inversa: que el estado produjera el acero pero no, por ejemplo, la educación.

La problemática contemporánea de la seguridad social en Chile quedó, así, fijada durante la dictadura mediante la consolidación de un modelo de capitalización individual, en virtud del cual el monto de las pensiones está determinado de manera estricta por el ahorro acumulado por cada trabajador durante su vida laboral activa, y que es gestionado por empresas con afán de lucro y complementado con políticas de focalización del gasto dirigidas a otorgar pensiones asistenciales a los sectores sin capacidad de ahorro.

Cabe mencionar aquí, aunque sea de manera sumaria, la gran contradicción encerrada en esta transformación del sistema de seguridad social nacional durante la dictadura. Esta contradicción consiste en que los propios militares mantuvieron un modelo previsional de inspiración solidaria para sí mismos, esto es, para los integrantes de las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad Pública, modelo administrado por la Caja de Previsión de la Defensa Nacional (CAPREDENA) y la Dirección de Previsión de Carabineros de Chile (DIPRECA). Recientemente, el Centro de Investigación Periodístico (A. Arellano, 2017),

⁸ Esta preocupación reitera el carácter de clase del proyecto político neoliberal, pues sólo la clase propietaria puede ver esto como un problema de suyo, *per se*.

un medio de prensa investigativo, ha señalado la contradicción entre dicho sistema y el que cubre a la gran mayoría de los chilenos:

Según información entregada por Cristián Rojas, vicepresidente ejecutivo de la Caja de Previsión de la Defensa Nacional (Capredena), a la comisión de la Cámara de Diputados que investiga irregularidades en las jubilaciones de las FF.AA. y de Orden, en 2015 Capredena repartió \$911 mil millones en pensiones. El 94% de esa cifra es aporte fiscal y solo el 6% restante corresponde a las cotizaciones de los uniformados. Entre 2011-2015, el Estado ha desembolsado en total cerca de \$3,8 billones (millones de millones de pesos) para solventar el fondo de retiro de Capredena. La cifra equivale a 119 teletones (según recaudación 2016) o al costo de construcción de 42 hospitales con equipamiento de última generación, como el que se inauguró en Rancagua en abril de 2016 (\$90 mil millones).

Con los dineros de todos los chilenos se financia un sistema que atiende a casi 107 mil ex funcionarios de las Fuerzas Armadas (y sus familias a través de pensiones y montepíos). Todos ellos gozan de privilegios que desnudan las carencias del sistema de capitalización individual que rige para el resto de la población, donde a noviembre de este año la pensión promedio por vejez no supera los \$192 mil, según la Superintendencia de Pensiones.

Volvamos a la problemática general. El texto constitucional, que entró en vigencia tras el fraude realizado en 1980 por la dictadura, vino a sentar lacónicamente las bases conceptuales del nuevo modelo:

Artículo 19 N° 18°:

El derecho a la seguridad social.

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

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

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

Como ha observado Humeres (2016, p. 34), el texto constitucional de 1980 supuso una transformación de las tareas estatales en materia de seguridad social, en virtud de la cual la administración pública pasó de ser “*ejecutor* responsable de la política” a transformarse en “*formulador* de dicha política nacional, *fiscalizador* de la misma y *garante* de los afiliados para operarla”. Comentando el tenor literal de esta disposición, Humeres (2016, pp. 35–36) reflexiona que “habría sido conveniente determinar con algún grado de precisión su contenido”, particularmente “a fin de evitar cualquier eventual interpretación restrictiva del mismo”. En cuanto al inciso 2°, opina que el transformar a estas leyes en normas de quórum calificado “resguarda debidamente el contenido del

derecho a la Seguridad Social, sin exponerlo a una eventual contingencia derivada de una mayoría simple circunstancial”.⁹

Lo más significativo, desde luego, es que en el texto constitucional se establece, “por primera vez en el país”, la posibilidad “de que las prestaciones sean *otorgadas tanto a través de instituciones públicas como privadas*”, y, por añadidura, “sin distinguir entre entidades con o sin fines de lucro, abriendo así un campo absolutamente novedoso y pionero en esta materia” (Humeres, 2016, p. 37). Hasta la implementación de la arquitectura de la seguridad social contemplada en la Constitución y el Decreto Ley N° 3.500, “las entidades de este carácter que persiguiesen fines de lucro” habían estado absolutamente excluidas del sistema nacional de seguridad social, el cual estimaba el afán de lucro como “absolutamente incompatible con un sistema de esta naturaleza” (Humeres, 2016, p. 44). Desde la perspectiva del ‘usuario’ del sistema o, más claro aún, del ‘cliente’ del mismo, todo esto se traduce en el correlativo “*derecho de las personas para elegir el sistema de salud por el cual desean atenderse, ya sea estatal o privado*”, otorgándosele así “una prioridad a la *decisión personal* por sobre una acción del Estado de carácter general” (Humeres, 2016, p. 37).

Comparando el texto constitucional vigente en 1973 con aquel que subsiste desde 1980 a la fecha, Obando (2012, p. 291) observa que el segundo “constituyó una clara regresión constitucional en la perspectiva doctrinal e histórica”, debido a que “principios rectores de la seguridad social” que estaban presentes en el primero, como los de universalidad objetiva y solidaridad, están ausentes en el segundo, “el que además elevó a la categoría de principio rector de la seguridad social al principio de subsidiariedad, no obstante la opinión en contrario de la doctrina especializada”. Por ello, dicho autor califica a la consagración constitucional del derecho a la seguridad social como *un continente casi sin contenido constitucional*.

El Decreto Ley N° 3.500 dio contenido institucional a las orientaciones constitucionales a través de la regulación en detalle del nuevo modelo de pensiones. Este Decreto Ley entró en vigencia el 4 de noviembre de 1980, poco después de que el texto constitucional fuera promulgado formalmente el 21 de octubre del mismo año mediante el Decreto Ley N° 1150. Desde su entrada en vigencia, y como se desprende del programa contenido en *El Ladrillo*, el sistema nacional de pensiones ha estado estructurado en torno a los así llamados ‘tres pilares’, expresión utilizada para describir tres distintas modalidades de financiamiento y de involucramiento del beneficiario:¹⁰ un ‘pilar solidario’,

⁹ Este “resguardo”, desde luego, importa poco o nada: las leyes de quórum calificado no elevan significativamente el respaldo parlamentario que debe tener una ley, exigiendo simplemente la mayoría de todos los parlamentarios en ejercicio para aprobar o modificar leyes. El gran “resguardo” del modelo de pensiones chileno es, en realidad, el consenso político generado durante la “Transición”, expresado magníficamente en la afirmación de la Presidenta Michelle Bachelet de que “lo que es claro es que nunca más vamos a poder volver a un sistema como el de reparto”. Véase *Pensiones: Bachelet descarta sistema de reparto, pero espera avanzar “un poquito más”*, en: <http://www.cooperativa.cl/noticias/economia/sistema-previsional/afp/pensiones-bachelet-descarta-sistema-de-reparto-pero-espera-avanzar-un/2016-08-05/195825.html>.

¹⁰ Como explica Arellano (2012, p. 25), “a menudo hablamos de múltiples pilares como sistemas de protección para referirnos a una serie de diferentes mecanismos de protección: cobertura diferenciada, pagos según rentas percibidas anualmente y/o capitalizaciones, etc.”. La metáfora de ‘pilares’ pareciera

correspondiente a las pensiones mínimas de vejez, invalidez y sobrevivencia financiadas estatalmente;¹¹ un ‘pilar contributivo obligatorio’, financiado mediante las cotizaciones de los trabajadores dependientes acumuladas en los fondos de pensiones administrados por las AFP;¹² y un ‘pilar voluntario’, en virtud del cual se autorizaba a los cotizantes la posibilidad de incrementar su cobertura contra las contingencias a través de mecanismos de ahorro adicional.¹³

La Ley N° 20.255 de Reforma Previsional, constituyó, como observa Arellano (2012, p. 23), no la primera,¹⁴ pero sí la más significativa en cuanto al esfuerzo de extender la cobertura de los beneficios para la vejez. Sin embargo, la Reforma Previsional de 2008 no representó un cambio de la estructura creada por el Decreto Ley N° 3.500. Más bien, aumentó la eficiencia e integración del sistema a través de diversas medidas. Respecto al ‘pilar solidario’, la reforma incrementó el monto de la pensión de vejez mínima, ahora denominada como Pensión Básica Solidaria. Respecto al ‘pilar contributivo’, la Reforma Previsional extendió la obligación de cotizar en una AFP a los trabajadores independientes, los que hasta entonces habían estado en libertad de no afiliarse a ellas; creó un Aporte Previsional Solidario orientado a complementar las pensiones de los afiliados con menor capacidad de ahorro; y creó incentivos y subsidios focalizados orientados a incrementar los fondos de pensiones de la población joven y de las madres. Respecto al ‘pilar voluntario’, la reforma amplió las posibilidades de incrementar el ahorro individual.

Ahora bien, como queda dicho, la jerga técnica emplea la metáfora de diversos ‘pilares’ para expresar la organización del sistema; sin embargo, dicha imagen pareciera más bien obscurecer que aclarar la lógica inmanente al modelo chileno. Por ello resulta instructivo prestar atención a la observación de Arellano y Cifuentes (2016, p. 125), quienes han sostenido que “el sistema de pensiones chileno posee una lógica general: la capacidad de

haber entrado en el lenguaje transnacional de la seguridad social mediante la obra de Beveridge *Pillars of Security* (1943).

¹¹ En los términos originales del Decreto Ley N° 3.500, artículo 73, “[e]l Estado garantiza pensiones mínimas de vejez, invalidez y sobrevivencia” a los afiliados que reúnan los requisitos que señala el propio Decreto Ley.

¹² En los términos originales del Decreto Ley N° 3.500, artículo 2°, “[e]l inicio de la labor del trabajador no afiliado genera la afiliación automática al Sistema y la obligación de cotizar en una Administradora de Fondos de Pensiones”; la afiliación es “la relación jurídica entre un trabajador y el Sistema de Pensiones de Vejez, Invalidez y Sobrevivencia que origina los derechos y obligaciones que la ley establece, en especial, el derecho a las prestaciones y la obligación de cotización”; dicha afiliación “es única y permanente”, pues “[s]ubsiste durante toda la vida del afiliado, ya sea que se mantenga o no en actividad, que ejerza una o varias actividades simultáneas o sucesivas, o que cambie de Institución dentro del Sistema”.

¹³ En los términos originales del Decreto Ley N° 3.500, artículo 21, “[c]ada trabajador podrá efectuar además, voluntariamente, en su cuenta de capitalización individual”, cotizaciones “[h]asta el diez por ciento de su remuneración o renta imponible”, y “[h]asta el veinte por ciento de la parte que exceda de la remuneración o renta imponible y no exceda de ciento veinte Unidades de Fomento de la fecha señalada en el artículo 16”; y si bien se le autoriza a los cotizantes a efectuar “depósitos adicionales a los establecidos en el inciso anterior en sus cuentas”, ellos “no tendrán el carácter de cotizaciones previsionales para los efectos de la Ley sobre Impuesto a la Renta”.

¹⁴ Para un completo listado identificando las 48 reformas legislativas introducidas al modelo de pensiones entre 1981 a 2010, véase Arellano (2012, p. 23).

ahorro individual”, la cual “determina qué mecanismo es aplicable a un caso concreto”; así, continúan,

una persona sin capacidad de ahorro recibirá una pensión solidaria; una persona con una débil o una mediana capacidad de ahorro recibirá el aporte solidario; y aquellos que poseen una importante capacidad de ahorro podrán realizar aportes voluntarios y gozar de los beneficios de este. La reforma de 2008 viene a reforzar el elemento básico del sistema chileno de pensiones: el esfuerzo individual mediante el ahorro, el que es complementado de la forma indicada.

Naturalmente, un sistema diseñado de esta manera tiene como consecuencia la preservación de “la disparidad en los beneficios de las pensiones entre los ciudadanos” (P. Arellano, 2012, p. 27). Más aún, cuando la “solidaridad” contemplada en nuestro sistema, a diferencia de aquella que existe en los modelos bienestaristas europeos, sólo interviene “cuando la incapacidad de ahorro individual es parcial o inexistente” (P. Arellano, 2012, p. 28). Esto sugiere la existencia de una tensión no resuelta en materia del derecho a la seguridad social en nuestro país, y que exploraremos a continuación.

La tensión entre la libre empresa y la seguridad social, o, ¿existe derecho a la seguridad social en el estado neoliberal?

La problemática contemporánea de la seguridad social, como ha dicho, quedó fijada durante la dictadura mediante la entrada en vigencia del Decreto Ley N° 3.500, el que abrió a la empresa privada la posibilidad de lucrar gestionando los fondos de pensiones de los trabajadores chilenos. Desde aquel entonces, y hasta el día de hoy, dicha problemática sigue siendo la misma: ¿hay un derecho a la seguridad social en un modelo en que la disponibilidad de este bien reposa predominantemente en la participación de empresas con fines de lucro? ¿Existe derecho a la seguridad social cuando el acceso a dicho bien está mediado por la capacidad de pago que cada quien tenga?

Podría pensarse que los términos de la discusión cambiaron con la entrada en vigencia de la Reforma Previsional de 2008. Sin embargo, aquí se vuelve interesante retornar al nivel internacional para identificar qué ha dicho concretamente el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales sobre la realidad chilena; particularmente, a fin de comparar las observaciones emitidas por el Comité inmediatamente antes e inmediatamente después de dicha Reforma, a fin de determinar si ella ha alterado los términos de la problemática antes señalada.

En este plano, el Comité, tras examinar el tercer informe periódico elaborado por el estado de Chile sobre la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, emitió en su sesión celebrada el 26 de noviembre de 2004 un informe de Observaciones en el cual criticó que “el régimen de pensiones privado, basado en cotizaciones individuales, no garantice una seguridad social adecuada a un gran sector de la población que no trabaja en la economía estructurada o no puede hacer contribuciones suficientes al régimen” (§ 19). Esta preocupación llevó a que el Comité formulara la siguiente recomendación:

42°.- El Comité recomienda al Estado Parte que adopte medidas efectivas para que todos los trabajadores gocen de prestaciones de seguridad social adecuadas, con inclusión de medidas especiales para

prestar asistencia a los grupos que actualmente no pueden hacer cotizaciones al régimen privado de seguridad social, prestando particular atención a la situación de desventaja de la mujer y del gran número de trabajadores temporales y de temporada y de trabajadores de la economía no estructurada.

Ahora bien, con posterioridad a la Reforma Previsional, el Comité examinó el cuarto informe periódico de Chile sobre la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y aprobó en su sesión de 19 de junio de 2015, las siguientes observaciones finales:

Sistema de seguridad social

20º.- El Comité acoge con satisfacción las reformas iniciadas al sistema de seguridad social que incluyen la creación y financiamiento de un pilar solidario. Sin embargo, le preocupa que un gran sector de la población aún esté fuera del sistema previsional y que el Estado parte aún no cuente con un sistema de protección social universal que brinde niveles mínimos de protección a toda la población (art. 9).

Teniendo en cuenta su observación general núm. 19 (2008), sobre el derecho a la seguridad social y su declaración sobre niveles mínimos de protección social (2015), el Comité insta al Estado parte a que:

- a) Intensifique sus esfuerzos por elaborar un sistema de seguridad social que garantice una amplia cobertura social que asegure las prestaciones adecuadas a todos los trabajadores y a todas las personas, incluidos los grupos más desfavorecidos y marginados a fin que puedan tener condiciones de vida dignas;
- b) Redoble sus esfuerzos en la determinación de niveles mínimos de protección social que incluyan garantías básicas de seguridad social;
- c) Tome las medidas necesarias para asegurar que el sistema de seguridad social funcione de forma efectiva, aun cuando la responsabilidad de hacer efectivo este derecho, particularmente en el sistema de pensiones se haya delegado a entes no estatales.

¿Qué ha cambiado, a ojos del CDESC, con la Reforma Previsional del 2008? Al parecer, nada realmente importante. Las críticas del Comité siguen siendo las mismas tras dicha reforma; de hecho, se han hecho más precisas y elaboradas en el intertanto. Esto nos sugiere que la Reforma Previsional del 2008 no alteró los términos de la problemática antes señalada, esto es, la tensión, si es que no abierta contradicción, entre las lógicas mercantiles del derecho a la libre empresa, y las lógicas protectoras y bienestaristas de la seguridad social.¹⁵

Esta tensión entre libre empresa y derecho a la seguridad social ha sido abordada por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en la que quizás sea la sentencia de dicho órgano de mayor interés en materia de derechos sociales: aquella dictada en la causa Rol Nº 1710, del 6 de agosto de 2010. Dicha sentencia cuestionó la provisión del derecho a la salud mediante las Instituciones de Salud Previsional (ISAPRE), materia que está regida por la misma problemática que el derecho a la seguridad social, esto es, su

¹⁵ Dicha reforma tampoco acogió todas las observaciones, indicaciones y exigencias de la Comisión de Expertos de la OIT. Para un análisis en detalle de dichas indicaciones, véase Arellano y Cifuentes (2016).

incompatibilidad con un modelo mercantilizado de provisión del bien social en cuestión. Por añadidura, allí se contienen afirmaciones centrales sobre la seguridad social:

131.- Que el contenido esencial de la seguridad social se revela en una interpretación sistemática del texto constitucional en el que se recogieron los principios de solidaridad, universalidad, igualdad y suficiencia y unidad o uniformidad, sobre todo si se ven conjuntamente el derecho a la salud (artículo 19, N° 9°) y el derecho a la seguridad social (artículo 19, N° 18°). Así, en primer lugar, el principio de solidaridad se expresa en el deber que tiene el Estado, es decir, la comunidad políticamente organizada, de garantizar económicamente el goce de estos derechos. Las expresiones de la Constitución son claras en este sentido, toda vez que se obliga al Estado a “garantizar” el goce de los derechos; asimismo, se faculta al legislador para establecer cotizaciones obligatorias (numerales 9° y 18° del artículo 19 de la Constitución);

132.- Que, por otra parte, la Constitución incorpora el principio de universalidad subjetiva, pues estos derechos se encuentran asegurados a todas las personas, sin distinciones de ninguna especie. La expresión “todas las personas” no sólo forma parte del encabezado del artículo 19 constitucional, sino que se refleja en el uso de los términos “cada persona”, que utiliza su numeral 9°, “prestaciones básicas uniformes” y “todos los habitantes”, contenidos en su numeral 18°;

133.- Que también la Constitución acoge el principio de universalidad objetiva, pues asegura estos derechos a las personas frente a un rango amplio de riesgos individuales. En el derecho a la protección de la salud se otorgan “acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y de rehabilitación del individuo” y la “ejecución de las acciones de salud” (artículo 19, N° 9°). En el derecho a la seguridad social, se asegura “el acceso de todos los habitantes al goce de prestaciones básicas uniformes” (artículo 19, N° 18°);

134.- Que nuestra Constitución, a su vez, establece claramente que las prestaciones que envuelven los derechos en cuestión han de ser igualitarias y suficientes, sea que se otorguen por el Estado o por agentes privados. Las expresiones que en tal sentido emplea el texto constitucional son: “libre e igualitario acceso” (artículo 19, N° 9°) y “prestaciones básicas uniformes” (artículo 19, N° 18°). Por su parte, por mandato de la misma Carta Fundamental, el Estado debe “garantizar” los derechos (artículo 19, N° 9°, inciso cuarto, y N° 18°, inciso tercero) y/o “supervigilar” (artículo 19, N° 18°, inciso cuarto), o incluso “coordinar y controlar” (artículo 19, N° 9°);

135.- Que, finalmente, la Constitución ha previsto normativamente la unidad del sistema de protección en materia de seguridad social. Dicha unidad está dada por el deber del Estado de “garantizar” el goce del derecho a la protección de la salud y a la seguridad social, sea que lo preste por sí mismo o por sujetos privados (artículo 19, N° 9°, inciso cuarto, y N° 18°, inciso tercero). Su papel es el de dirección y regulación de los privados. En materia de salud, le corresponde “coordinar y controlar” las prestaciones (artículo 19, N° 9°, inciso tercero) y en seguridad social, específicamente le compete “supervigilar” el sistema (artículo 19, N° 18°, inciso cuarto).

[...]

159.– Que, en tercer lugar, en relación al derecho a la seguridad social garantizado en el artículo 19, N° 18°, de la Constitución, en íntima relación con el derecho a la protección de la salud ya analizado, es necesario resaltar que también resulta infringido por los preceptos legales en análisis. Lo anterior ocurre, toda vez que, no estableciéndose en la fijación de la relación máxima entre el más alto y el más bajo de los factores de cada tabla que surge del número 4 del inciso tercero del artículo 38 ter, ninguna precisión ni regla especial para las personas que se encuentran en situación de obtener las prestaciones de seguridad social, se vulnera su propósito esencial: “La Seguridad Social tiene su razón de ser en que los administrados están sujetos a contingencias sociales. La necesidad de proteger de estas contingencias al ser humano y a los que de él dependen emana de su derecho a la existencia; de la obligación de conservar su vida y hacerlo en un nivel digno y acorde con su condición de tal” (Héctor Humeres Noguer: Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Tomo III, ob. cit., p.23);

161.– Que de la vigencia de los números 1, 2, 3 y 4 del inciso tercero del artículo 38 ter citado, se desprende una situación contraria a los principios de solidaridad y de equidad que informan no sólo la seguridad social, sino todo el conjunto de derechos fundamentales sociales garantizados en nuestra Constitución, lo que exige de esta Magistratura declararlos como contrarios a ella.

Esta sentencia ha sido celebrada por ciertos sectores de la academia como una intervención decisiva a favor de los derechos sociales, y criticada por otros sectores como un acto de activismo judicial. Ambos sectores, sin embargo, parecieran sobreestimar la importancia de esta sentencia; ella no desencadenó cambios significativos en el modelo de provisión de prestaciones de salud (ni, tampoco, cabe agregar, en el modelo de pensiones). Hasta el momento, ella permanece como un recurso útil cuya utilización efectiva en la reformulación conceptual del mercantilizado sistema de derechos sociales chileno está pendiente.

Una problemática adicional que ha involucrado a la seguridad social en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha tomado la forma de una tensión entre interpretaciones formalistas e interpretaciones finalistas del entramado legislativo existente.¹⁶ Así ha ocurrido en la Sentencia Rol N° 1260, dictada el 7 de mayo de 2009. Esta sentencia resulta particularmente interesante, ya que ella terminó por un empate de votos que llevó al rechazo del recurso y a la dictación de una sentencia integrada por dos votos. El Tribunal describe así la litis:

Señala la requirente que con fecha 20 de diciembre de 2007 ha interpuesto demanda en juicio ordinario civil de cobro de pensión de orfandad, con el objeto de que se declare que el Instituto de Normalización Previsional (INP) está obligado a pagarle la pensión de orfandad de que es titular en virtud de la Ley N° 16.229, con motivo de la muerte de su padre, acaecida el 24 de diciembre de 1989. Plantea que la pensión debe ser pagada a partir de la misma fecha del fallecimiento de su padre o, en el peor de los casos, a partir del 5 de mayo de 1998,

¹⁶ Entiendo por interpretación *formalista* aquella que, frente a la tensión entre el bien cuyo goce busca maximizar una determinada institución jurídica y las exigencias jurídicas para gozar de dicho bien, privilegia la observancia de dichas exigencias; y por interpretación *finalista* aquella que realiza la elección opuesta.

en que falleció su madre, y hasta el 7 de mayo de 2007, día anterior a aquél en que la prestación comenzó a serle efectivamente pagada. Su pretensión judicial se originó en una resolución del INP de 10 de julio de 2007, N° B-1138, a través de la cual éste dispuso que el referido beneficio sólo le sería pagado a contar de la fecha en que la beneficiaria lo pidió formalmente, esto es, a partir del 8 de mayo de 2007, y no desde el fallecimiento de su padre o, en su defecto, de su madre. El Instituto contestó la demanda oponiendo como principal excepción la circunstancia de que la demandante solicitó la pensión de orfandad después de haber transcurrido más de dos años desde el fallecimiento de su madre, lo que, por disposición del artículo 4° de la Ley N° 19.260, sólo la habilitaba para cobrar tal pensión a partir de la fecha de solicitud de la misma.

Como he señalado, frente a esta problemática el Tribunal se dividió en dos votos. El primero de ellos incluyó a los jueces Juan Colombo, Jorge Correa, Marisol Peña y Enrique Navarro y Francisco Fernández, y optó por el rechazo del recurso mediante la siguiente argumentación, redactada por Correa:

32°.- Que no puede estimarse, como supone el requerimiento, que *per se* una persona quede privada de su derecho a la seguridad social por el hecho de que, para obtener el pago de una pensión desde el fallecimiento del causante o de quien le precedía en el orden de titularidad, tenga que ser solicitado el beneficio dentro de un plazo y que, en caso contrario, su pago proceda sólo desde la fecha en que se solicita. Una concepción del derecho a la seguridad social como equivalente al acceso a cualquier beneficio, sin limitaciones ni requisitos, no es simplemente imaginable en este mundo imperfecto que, por requerir de certezas, limita, como una regla general, el ejercicio de los derechos a ciertos plazos de caducidad o prescripción, mismos que dotan de seguridad a las situaciones jurídicas constituidas, por el solo hecho de prolongarse en el tiempo. El derecho occidental y ciertamente el nuestro han aceptado, con limitaciones, que la prescripción sirva para adquirir la propiedad, extinguir derechos en ella y para extinguir acciones penales y civiles de la más diversa naturaleza. En consecuencia, no puede sostenerse que la sola existencia de un plazo de caducidad para la obtención de un beneficio previsional prive a las personas que quedan sujetas a ese plazo del derecho a la seguridad social.

El segundo voto, suscrito por José Cea, Raúl Bertelsen, Hernán Vodanovic, Mario Fernández y Marcelo Venegas, argumentó en favor de aceptar el recurso, enfatizando el carácter imprescriptible de las pensiones de seguridad social:

5°.- Que la seguridad social tiene por finalidad proporcionar el disfrute efectivo, y no meramente nominal, de prestaciones –generalmente dinerarias- que reparen, aunque sea parcialmente, la carencia de ingresos para hacer frente a necesidades vitales.

De ahí que la regulación legal del ejercicio del derecho constitucional a la seguridad social, una de cuyas especies son las pensiones de montepío, ha de estar encaminada a facilitar el pago de las mensualidades en que se traduce la respectiva pensión y no a dificultarlo, y menos, pues es mucho más grave para el titular del derecho, a disponer la caducidad en el cobro de las mismas.

No ha de olvidarse, al respecto, que los titulares del derecho a la seguridad social son, muchas veces, personas que por su edad, estado de salud e incluso ignorancia del derecho de que son titulares, no siempre están en condiciones de cumplir oportunamente las exigencias legales que les son aplicables. De ahí que su pasividad para actuar en la presentación de la respectiva solicitud no puede ser interpretada como renuncia tácita a su derecho, sino como un comportamiento explicable por la situación en que se encuentran.

Mal puede, entonces, la ley sancionar a los beneficiarios de la seguridad social que no actúan dentro de un plazo más bien breve, como es el de dos años, con la caducidad del derecho a cobrar sus mensualidades, y es por ello que ha de estimarse a la disposición legal que así lo prescribe como constitutiva de un requisito o condición que impide el libre ejercicio de un derecho, y que, en la especie, resulta contraria a la Constitución;

[...]

7º.- Que no se divisa cómo la norma legal impugnada en su aplicación judicial en el presente recurso de inaplicabilidad contribuye a cumplir los deberes del Estado en materia de seguridad social, sino que, al contrario, obstaculiza la debida satisfacción del derecho a la seguridad social de las personas beneficiadas con una pensión de montepío según la Ley N° 16.229.

En efecto, de aplicarse el inciso segundo del artículo 4º de la Ley N° 19.260 en el proceso en que incide el recurso interpuesto, la consecuencia es que la demandante en el juicio que sigue contra el Instituto de Normalización Provisional no podrá cobrar su pensión de montepío en la parte correspondiente a las mensualidades anteriores a la fecha en que presentó su solicitud de reconocimiento, y todo ello en virtud de la disposición legal cuya inaplicabilidad se solicita.

El Estado legislador, podemos decir, en lugar de dar protección a la población que padece alguna carencia de recursos, dificulta e incluso impide el acceso a las prestaciones dinerarias que la benefician. Una tal normativa legal no se ajusta, por consiguiente, a la actitud de respeto y promoción que los órganos estatales han de tener respecto al derecho a la seguridad social, sino que, al contrario, revela cierta indiferencia ante un sector de la población y un olvido de la misión servicial que el inciso cuarto del artículo 1º de la Ley Fundamental impone al Estado, para cumplir la 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”;

Conclusión: el modelo chileno de pensiones como desconocimiento de necesidades humanas fundamentales

En estas líneas, hemos revisado las principales líneas de desarrollo institucional de la provisión de seguridad social en Chile, situándolas en su contexto histórico. El saldo de esta revisión es negativo. El modelo chileno de pensiones está funcionalmente diseñado en la actualidad como un mecanismo de creación de fondos de inversión, añadiendo a la desprotección en que deja a gran parte de la población el insulto de que sus cotizaciones sirvan de plataforma financiera para empresas gestionadas discrecionalmente por sus

directores. Como señala Obando (2016, p. 630), la revisión del marco legal y la gestión de riesgos y contingencias sociales en nuestro modelo

sugiere la existencia de déficits normativos a la luz del derecho internacional de la persona humana que integra la constitución material chilena y promueve dudas sobre la observancia real del respeto de la dignidad de la persona humana, como norma rectora del orden constitucional.

Estas líneas han sido escritas en momentos en que el movimiento social *No + AFP* ha logrado movilizar a amplios sectores sociales en torno a la crítica al modelo de pensiones diseñado por los Chicago Boys, implementado por la dictadura, y legitimado por la Concertación. La demanda social por una nueva Constitución, todavía abierta en este momento, se presenta como una oportunidad valiosa para la rediscusión de este modelo. El tiempo dirá si ese movimiento y esa demanda lograrán sus propósitos.

Bibliografía

Arellano, A. (2017). El exorbitante gasto fiscal por jubilaciones de FF.AA.: \$3,8 billones entre 2011 y 2015. Recuperado 18 de enero de 2017, a partir de <http://ciperchile.cl/2017/01/16/el-exorbitante-gasto-fiscal-por-jubilaciones-de-ff-aa-38-billones-entre-2011-y-2015/>

Arellano, P. (2012). Marco de análisis del sistema de pensiones chileno después de la reforma de 2008. *Revista de derecho (Coquimbo)*, 19(2), 21–43.

Arellano, P., & Cifuentes, H. (2016). Legislación chilena de pensiones e indicaciones de la Comisión de Expertos de la OIT. *Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 1(1), 123–130.

Atria, F. (2004). ¿Existen Derechos Sociales? *Discusiones*, 4, 15–59.

Braudel, F. (1984). *Civilización material, economía y capitalismo, siglos XV-XVIII* (Vol. I). Madrid: Alianza.

De Castro, S. (Ed.). (1992). *El Ladrillo: Bases de la Política Económica del Gobierno Militar Chileno*. Santiago: Centro de Estudios Públicos.

Humeres, H. (2016). El Derecho a la Seguridad Social en las constituciones políticas de Chile: una visión panóptica (1833-2012). *Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 2(4).

Marshall, T. H. (1950). *Citizenship and social class, and other essays*. Cambridge: Cambridge University Press.

Marx, K. (1981). *El capital: crítica de la economía política*. Siglo XXI.

Muñoz, F. (2013). Ciudadanía laboral: crítica y defensa de un concepto jurídico-político. *Revista de Derecho (Coquimbo)*, 20(2), 373–404.

Muñoz, F. (2016). *Hegemonía y Nueva Constitución: Dominación, Subalternidad y Proceso Constituyente* (1 edition). Valdivia: Ediciones Universidad Austral de Chile.

- Novoa, P. (1977). *Derecho de la seguridad social*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Obando, I. (2012). El derecho a la seguridad social en el constitucionalismo chileno: un continente en busca de su contenido. *Estudios constitucionales*, 10(1), 289–338.
- Obando, I. (2016). El régimen jurídico del derecho fundamental a la seguridad social en Chile: un análisis crítico desde la perspectiva del derecho internacional de la persona humana. *Espaço Jurídico: Journal of Law [EJLL]*, 17(2), 607–648.
- Piñera. (1992). *El cascabel al gato: la batalla por la reforma previsional*. Santiago: Zig-Zag.
- Polanyi, K. (1997). *La gran transformación: crítica del liberalismo económico*. La Piqueta.
- Stearns, P. N. (2012). *The Industrial Revolution in World History* (4 edition). Boulder: Westview Press.
- Streeck, W. (2011). The Crises of Democratic Capitalism. *New Left Review*, (71), 5–29.
- Streeck, W. (2016). *Comprando tiempo. La crisis pospuesta del capitalismo democrático*. Buenos Aires: Katz Editores.
- Walker, F. (1949). Legislación Social de Chile. *Anales de la Facultad de Derecho*, XIII.
- Wendt, W. R. (1995). *Geschichte der sozialen Arbeit*. Stuttgart: Lucius & Lucius.